Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.181/2006 /viz

Arrêt du 28 novembre 2006
IIe Cour de droit public

Composition
MM les juges Merkli, président,
Wurzburger et Berthoud, suppléant.
Greffière: Mme Kurtoglu-Jolidon.

Parties
A._____,
recourante, représentée par Me Yves Bertossa, avocat,

contre

Office du personnel de l'Etat de Genève,
rue du Stand 26, case postale 3937, 1211 Genève 3,
Tribunal administratif du canton de Genève, rue du Mont-Blanc 18, case postale 1956, 1211 Genève 1.

Objet
Art. 8 et 9 Cst.; résiliation des rapports de service,

recours de droit public contre l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Genève du 30 mai 2006.

Faits :
A.
A._____ a été engagée à partir du 1er août 2003 en qualité de collaboratrice scientifique par le Département de l'action sociale et de la santé du canton de Genève, devenu le Département de l'économie et de la santé (ci-après: le Département cantonal), à un taux d'activité de 70%. Son poste était rattaché à la Direction générale de la santé, section des programmes de prévention et de promotion de la santé.

A la requête de la Direction générale de la santé, l'Office du personnel de l'Etat de Genève (ci-après: l'Office du personnel), par décision du 16 mars 2005, a mis fin aux rapports de service de A._____, qui était alors encore en période probatoire, pour le 30 juin 2005. Invoquant une rupture du lien de confiance, il a fait valoir que l'attitude de l'intéressée était de nature à porter préjudice à l'image du service pour lequel elle travaillait et aux relations que celui-ci se devait d'entretenir avec ses partenaires associatifs. Les reproches formulés à l'encontre de A._____ tenaient aux liens d'amitié qu'elle avait entretenus avec le Professeur B._____ et aux propos qu'elle avait tenus au sujet des deux défenseurs genevois de la lutte contre le tabagisme. Ceux-ci étaient les directeurs d'associations avec lesquelles le Département cantonal collaborait régulièrement et avaient dénoncé des liens occultes du Professeur B._____, auteur de publications scientifiques sur le tabagisme passif, avec la société X._____.
B.
Le 18 avril 2005, A._____ a recouru auprès du Tribunal administratif du canton de Genève (ci-après: le Tribunal administratif) contre la décision précitée de l'Office du personnel du 16 mars 2005. Elle a conclu à la reconnaissance du caractère abusif de son licenciement et à sa réintégration, subsidiairement au paiement d'une indemnité correspondant à 18 mois de salaire brut avec intérêts à 5% dès le 1er juillet 2005.
C.
Dans son arrêt du 30 mai 2006, le Tribunal administratif a partiellement admis le recours de A._____. Il

a constaté que la résiliation des rapports de service était contraire au droit et a proposé la réintégration de l'intéressée. Il a précisé que si l'autorité compétente refusait de réintégrer A._____, l'intéressée ne pouvait prétendre, comme employée en période probatoire, au versement d'une indemnité, celle-ci étant réservée aux seuls fonctionnaires.

Par courrier du 28 juin 2006, le Directeur général de l'Office du personnel a rejeté la proposition de réintégration.
D.
Agissant par la voie du recours de droit public, A._____ demande au Tribunal fédéral, avec suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt du Tribunal administratif et de renvoyer la cause à cette autorité pour une nouvelle décision. Elle dénonce la violation des principes de la protection contre l'arbitraire, de l'égalité de traitement et de la force dérogatoire du droit fédéral. En substance, elle critique la législation cantonale dans la mesure où celle-ci ne prévoit pas, pour les employés de l'Etat, de sanction financière en cas de licenciement injustifié alors que les fonctionnaires placés dans la même situation ont droit à une indemnité pouvant osciller entre l'équivalent d'un mois à vingt-quatre mois de traitement brut.

Le Tribunal administratif s'en rapporte à justice quant à la recevabilité du recours et persiste dans les considérants et le dispositif de son arrêt. Le Conseiller d'Etat, Chef du Département des finances du canton de Genève, conclut au rejet du recours dans la mesure où il est recevable.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 132 III 291 consid. 1 p. 292 et les arrêts cités).
1.1 L'objet du recours consiste à déterminer si l'absence légale de dédommagement pécuniaire, en cas de licenciement contraire au droit d'une employée non réintégrée, est arbitraire et contraire au principe de l'égalité. Dans cette mesure, la recourante est habilitée à saisir le Tribunal fédéral selon l'art. 88 OJ.
1.2 Sous réserve d'exceptions non réalisées en l'espèce, le recours de droit public ne peut tendre qu'à l'annulation de la décision attaquée (ATF 132 III 291 consid. 1.5 p. 294; 131 I 166 consid. 1.3 p. 169). Les conclusions de la recourante qui sortent de ce cadre sont dès lors irrecevables.
1.3 Pour le surplus, déposé en temps utile et dans les formes prescrites par la loi, le présent recours est recevable au regard des art. 84 ss OJ.
2.
La recourante reproche à l'autorité intimée d'avoir fait preuve d'arbitraire en lui déniant d'avance une quelconque indemnité, en dépit de l'illégalité de son licenciement, au motif qu'une telle réparation n'était prévue par l'art. 31 al. 3 LPAC qu'en faveur des fonctionnaires et non des employés. Elle se plaint également de la violation du principe de l'égalité, le traitement plus favorable réservé aux fonctionnaires par ladite disposition n'étant pas justifié par des motifs objectifs et fondés.

La recourante met ainsi en cause la constitutionnalité de la disposition susmentionnée.
2.1 La constitutionnalité de la norme critiquée ne peut être examinée qu'à titre préjudiciel, dans le cadre d'un contrôle concret (sur ce type de contrôle et le contrôle abstrait, cf. ATF 113 Ia 257 consid. 3b p. 261). Si la norme s'avérait inconstitutionnelle, le Tribunal fédéral pourrait uniquement casser la décision qui l'applique (ATF 132 I 153 consid. 3 p. 154): il n'aurait pas la possibilité d'annuler la norme qui subsisterait en tant que telle, bien qu'elle devienne ipso facto inapplicable dans le sens critiqué (ATF 121 I 102 consid. 4 p. 103/104; 115 Ia 224 consid. 7a) p. 227 ).
2.2 Le principe de l'égalité (art. 8 Cst.) et celui de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) sont étroitement liées (ATF 110 Ia 7 consid. 2b p. 13, 132 I 157 consid. 4.1 p. 162/163). Un arrêté de portée générale viole le principe de l'interdiction de l'arbitraire lorsqu'il ne repose pas sur des motifs sérieux et objectifs ou s'il est dépourvu de sens et de but. Il viole le principe de l'égalité lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement

différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 132 I 157 consid. 4.1 p. 162/163; 129 I 1 consid. 3 p. 3 et les arrêts cités).
2.3 Le statut du personnel du canton de Genève est régi par la loi générale genevoise du 4 décembre 1997 relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux (ci-après: LPAC ou la loi relative au personnel de l'administration cantonale) et par le règlement genevois d'application du 24 février 1999 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux (ci-après: RLPAC). Ladite loi distingue le temps d'essai, qui dure trois mois au plus (art. 20 al. 1 LPAC), de la période probatoire, qui est en principe de trois ans (art. 45 al. 1 let. a RLPAC). Selon l'art. 6 LPAC, est un employé le membre du personnel régulier qui accomplit une période probatoire. Est fonctionnaire le membre du personnel régulier nommé pour une période indéterminée après avoir accompli, comme employé, un période probatoire au cours de laquelle il a donné satisfaction (art. 5 LPAC et 45 al. 1 let. a RLPAC). Pendant le temps d'essai et la période probatoire, chacune des parties peut mettre fin aux rapports de service en respectant le délai de résiliation; l'employé est entendu par l'autorité compétente et peut demander que le motif de résiliation lui soit communiqué (art.
21 al. 1 LPAC). Il faut, par contre, un motif objectivement fondé pour mettre fin aux rapports de service du fonctionnaire (art. 21 al. 2 let. b LPAC). Sous le titre Ëecours contre une décision de résiliation des rapports de service, l'art. 31 LPAC prévoit:
-:-
Ï Peut recourir au Tribunal administratif pour violation de la loi tout membre du personnel dont les rapports de service ont été résiliés.

2 Si le tribunal retient que la résiliation des rapports de service est contraire au droit, il peut proposer à l'autorité compétente la réintégration.

3 En cas de décision négative de l'autorité compétente concernant un fonctionnaire, le tribunal fixe une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à 1 mois et supérieur à 24 mois du dernier traitement brut à l'exclusion de tout autre élément de rémunération.¨
Le droit cantonal confère donc aux employés et fonctionnaires de l'Etat la faculté de contester la résiliation de leurs rapports de service auprès du Tribunal administratif. Si cette instance constate que le licenciement est contraire au droit, il peut proposer la réintégration du collaborateur concerné. Si l'autorité compétente la refuse, aucune indemnité n'est due à l'employé licencié illégalement, alors que le fonctionnaire placé dans la même situation y a droit - différence voulue par le législateur: cf. Mémorial des séances du Grand Conseil, 53e législature, 1996, no 43/VI, ad. art. 30 p. 6363 -. Il ressort du texte légal, d'une part, que le Tribunal administratif peut renoncer à proposer la réintégration, d'autre part, que l'autorité compétente n'est pas tenue d'y procéder. Dans les deux hypothèses, l'employé de l'Etat, s'il a certes obtenu la reconnaissance du caractère infondé de son licenciement - satisfaction toute symbolique -, est dépourvu de tout moyen d'obtenir réparation. Cette réglementation est insatisfaisante dans la mesure où le défaut de conséquence économique d'un licenciement contraire au droit vide le recours au Tribunal administratif d'une part significative de son sens et le comportement illégal de l'Etat
n'est pas sanctionné.

En l'espèce, l'autorité intimée a jugé que le licenciement de la recourante était arbitraire. Il ne ressort toutefois pas du dossier que la recourante ait perçu son salaire au-delà de l'échéance du délai de résiliation des rapports de service. En fait, il a suffi que l'Office du personnel refuse laconiquement la réintégration de la recourante, sans même indiquer, par exemple, s'il avait tenté de trouver un autre poste correspondant aux capacités de l'intéressée, pour que le licenciement arbitraire soit dépourvu de toute réparation pour la recourante et de toute sanction pour l'Etat. Un tel résultat, qui heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité, doit être qualifié d'arbitraire et l'art. 31 al. 3 LPAC, en tant qu'il dénie aux employés de l'Etat tout droit à une réparation, doit être considéré comme inconstitutionnel.
2.4 En principe, lors d'un contrôle concret, le juge constitutionnel ne peut appliquer une loi qu'il a reconnue comme non conforme à la Constitution et doit ainsi annuler la décision attaquée (ATF 116 V 198 consid. II/3a

p. 212; 112 Ia 311 consid. 2c p. 313). Il peut cependant, dans certains cas, constater l'inconstitutionnalité de la décision entreprise mais renoncer à l'annuler et rejeter le recours, le cas échéant dans le sens des considérants (ATF 110 Ia 7 consid. 6 p. 26/27 s'agissant d'un contrôle abstrait; ZBl 88/1987 p. 306 consid. 5 p. 313/314 et 87/1986 p. 482 consid. 2c p. 485/486 s'agissant d'un contrôle concret). Une telle décision est usuellement nommée Äppellentscheid (décision incitative), car elle comporte un appel plus ou moins précis et directif à l'égard du législateur afin qu'il élabore une réglementation conforme à la Constitution (Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Berne 1994, 2e éd., p. 403). Une décision incitative a ainsi pour conséquence, d'une part, de maintenir une décision viciée et de débouter un recourant qui obtient gain de cause et, d'autre part, de légitimer les autorités à continuer à appliquer, au moins temporairement, une norme reconnue comme n'étant pas conforme à
la Constitution jusqu'à ce que le législateur adopte une nouvelle réglementation (cf. Andreas Auer, L'effet des décisions d'inconstitutionnalité du Tribunal fédéral, in PJA 5/92 p. 559 ss, n. 23, p. 564). Une décision incitative ne peut-elle être admise qu'exceptionnellement et pour de justes motifs (ATF 112 Ia 311 consid. 2c p. 313; RDAF 1998 2 148 consid. 3b/aa p. 153/154). L'abandon de la norme jugée inconstitutionnelle ne devrait, ainsi, pas seulement entraîner un manque relativement insignifiant, mais un véritable vide juridique (cf. ATF 123 I 56 consid. 3c p. 61). Il faut, en outre, d'une part, que l'intéressé ou la collectivité risque de subir un préjudice excessif car, par exemple, toute une réglementation serait bouleversée, une tâche publique importante ne pourrait provisoirement plus être accomplie - du moins plus de façon satisfaisante - ou une règle antérieure également inconstitutionnelle serait remise en vigueur, en raison de l'annulation de la norme en cause. Il faut, d'autre part, que le juge ne puisse pas, dans le cadre de ses compétences, remplacer la norme défectueuse par une réglementation particulière valable jusqu'à ce que le législateur ait agi (arrêt non publié 2P.106/2003 du 23 décembre 2003 consid.
3.2).
2.5 Dans le cas particulier, les conditions au prononcé d'une décision incitative ne sont pas remplies. L'annulation de l'arrêt entrepris n'entraînerait pas de vide juridique important et ne bouleverserait pas l'application de la loi relative au personnel de l'administration cantonale; il n'empêcherait pas l'accomplissement des tâches publiques que cette loi réglemente. En outre, le Tribunal administratif pourrait aisément, dans le cadre de ses compétences, faire de l'art. 31 al. 3 LPAC une application conforme à la Constitution en allouant à la recourante une indemnité pour licenciement non conforme au droit, comme la loi le prévoit pour les fonctionnaires. A cet égard, le principe de l'égalité de traitement ne commande pas que le montant de l'indemnité soit identique. En effet, la loi relative au personnel de l'administration cantonale distingue clairement les employés et les fonctionnaires, dont le statut est différent. Il n'y a donc pas violation du principe de l'égalité dans le fait de traiter différemment deux catégories de collaborateurs présentant des caractéristiques différentes. Bien que l'art. 336a CO ne soit pas directement applicable en l'espèce, en vertu de l'art. 342 al. 1 let. a CO - de ce point de vue, le grief du
recourant tiré d'une violation du principe de la primauté du droit fédéral est infondé -, le Tribunal administratif pourrait s'inspirer de la réglementation qu'il contient, globalement moins favorable que celle réservée aux fonctionnaires genevois, pour régler la situation des employés illégalement licenciés et non réintégrés. Finalement, dans le cas d'espèce, le Tribunal administratif, en fixant le montant de l'indemnité, devra tenir compte du fait que la recourante a ou non touché son salaire au-delà du 30 juin 2005, date de la fin des rapports de service.
3.
Vu ce qui précède, le recours doit être admis dans la mesure où il est recevable et l'arrêt entrepris annulé.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 156 al. 2 OJ). Le canton de Genève doit verser à la recourante une indemnité pour ses dépens (art. 159 al. 1 OJ).
Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est admis dans la mesure où il est recevable et l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Genève du 30 mai 2006 est annulé.
2.
Il n'est pas perçu d'émolument judiciaire.
3.

Le canton de Genève versera à la recourante une indemnité de 2'000 fr. à titre de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire de la recourante, à l'Office du personnel et au Tribunal administratif du canton de Genève.
Lausanne, le 28 novembre 2006
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: