

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2769/2016-FPUBL

ATA/36/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 17 janvier 2017

dans la cause

Madame A_____

représentée par Me Christian Bruchez, avocat

contre

**HAUTE ECOLE SPÉCIALISÉE DE SUISSE OCCIDENTALE (HES-SO
GENÈVE)**

représentée par Me Daniel Peregrina, avocat

EN FAIT

1. Madame A_____ a été engagée par contrat du 7 octobre 2010 en qualité de professeure HES par la Haute école de santé de Genève (ci-après : HEDS, intégrée depuis lors à la Haute école spécialisée de Suisse orientale Genève (ci-après : HES-SO Genève). Son taux d'activité était de 80 %. Elle a été nommée fonctionnaire en septembre 2013.
2. Le 21 janvier 2015, Mme A_____, assistée d'un avocat, a participé à un entretien de service auquel elle avait été convoquée le 16 décembre 2014. Il a porté sur des griefs formulés par la hiérarchie de Mme A_____ concernant des insuffisances de prestations et de comportement contestées par l'intéressée. À l'issue de l'entretien, la direction de la HEDS a informé Mme A_____ qu'elle demanderait vraisemblablement à la direction de la HES-SO Genève de résilier les rapports de service pour le 31 mai 2015. À cette période, Mme A_____ était « principale requérante » d'un projet de recherche financé par le Fond national suisse de la recherche scientifique (ci-après : projet FNS).
3. La HES-SO Genève et Mme A_____ sont entrés en négociations en vue de conclure une convention mettant fin aux rapports de service pour le 30 septembre 2015. Le projet initial de convention a été adressé le 23 janvier 2015 à Mme A_____. Cette dernière a demandé plusieurs modifications dont l'ajout d'une clause pour solde de tout compte, ainsi formulée : « Moyennant bonne et fidèle exécution de la présente convention, les parties déclarent n'avoir plus de prétentions à faire valoir l'une à l'égard de l'autre ». Cette clause a été acceptée par la HES-SO Genève.
4. Le 20 février 2015, Mme A_____ a été mise en incapacité de travail à 100 % par son médecin en raison d'une grave atteinte à sa santé. Cela a entraîné une reprise des discussions entre celle-ci et la HES-SO Genève sur la détermination de la date de la fin des rapports de service prévue par la convention. L'employeur a été d'accord de repousser la date au 31 décembre 2015, correspondant à l'échéance du projet FNS. Mme A_____ a accepté mais a demandé que son droit au salaire en cas de maladie soit garanti jusqu'à la fin de son arrêt maladie, mais au maximum pendant sept-cent trente jours civils, si cet arrêt devait perdurer au-delà du 31 décembre 2015. La HES-SO a refusé cette prolongation de couverture salariale au-delà de la durée des rapports de service, celle-ci n'étant pas prévue par la législation applicable. Les parties se sont finalement accordées sur une formulation prévoyant la fin des rapports de service au 31 décembre 2015, cette échéance étant repoussée à la fin de l'arrêt maladie mais au plus tard sept-cent trente jours civils à partir du 20 février 2015, si Mme A_____ était alors encore en incapacité totale ou partielle de travailler.

5. La version finale de la convention a été signée en juillet 2015. Elle prévoyait que Mme A_____ était libérée de toute charge d'enseignement pour les années académiques 2014-2015 et 2015-2016 au regard de son absence pour raison de santé et pour la bonne réalisation du projet FNS. Mme A_____ renonçait à toute contestation relative à la fin des rapports de service, à ses éventuels droits liés à la procédure de licenciement, notamment en matière de reclassement, ainsi qu'à mener toute procédure ou action à l'encontre de la direction de la HEDS ou de la HES-SO Genève. Un certificat de travail intermédiaire sur la teneur duquel les parties s'étaient accordées était joint. Elles s'étaient également mises d'accord sur la teneur du certificat de travail à la fin des rapports de service. Les questions des droits d'auteur, de confidentialité, de protection contre les propos dénigrants, et d'amendements à la convention étaient réglées. Enfin, la clause de solde de tout compte demeurait.
6. Mme A_____ a recouvré une capacité de travail à 40 % dès le 1^{er} août 2015.
7. Par courrier du 23 décembre 2015, la HES-SO Genève a informé Mme A_____ qu'une expertise médicale du 3 décembre 2015 ayant établi qu'elle avait une capacité de travail à 100 %, la fin des rapports de service interviendrait le 31 décembre 2015.
8. Le 23 décembre 2015, avant d'avoir reçu le courrier susmentionné, Mme A_____ a adressé un courriel à la HES-SO aux termes duquel, selon certificat médical relatif au mois de janvier 2016, sa capacité de travail était de 50 %, de sorte que son salaire devait lui être versé en conséquence. Par ailleurs, au vu de son arrêt de travail depuis le mois de février 2015, elle disposerait d'un solde important de vacances non prises, soit au total 43,5 jours depuis l'année académique 2014-2015. Ils devaient lui être payés à la fin des rapports de travail.
9. Par courriel du 3 février 2016, Mme A_____ a informé la HES-SO Genève qu'elle avait reçu l'expertise médicale du 3 décembre 2015. Bien que le contenu de ce document soit contestable, elle acceptait néanmoins que la fin des rapports de service soit intervenue le 31 décembre 2015. Elle n'avait pas reçu le paiement du solde de vacances et demeurait dans l'attente de son règlement.
10. Par courriel du 4 février 2016, la HES-SO Genève a répondu à Mme A_____ pour le solde de vacances, la renvoyant à la clause pour solde de tout compte de la convention.
11. Par courrier recommandé du 2 mars 2016 adressé au directeur de la HEDS et au directeur RH de la HES-SO Genève, Mme A_____ a contesté la position de la HES-SO Genève concernant le paiement du solde de vacances qu'elle réclamait. Lors des négociations de la convention, il n'avait jamais été question qu'elle renonce au solde de vacances qu'elle n'aurait pas pu prendre avant la fin

des rapports de travail. En la matière, les règles ordinaires devaient donc s'appliquer. La HES-SO Genève était invitée à revoir sa position. Si elle devait persister dans sa position de refus, elle était invitée à lui notifier une décision motivée avec indication des voies de recours.

12. Le 8 mars 2016, par pli recommandé, la HES-SO, sous la signature du directeur RH avec copie au directeur de la HEDS, a répondu que ces éléments avaient été discutés avant la signature de la convention et renvoyait à nouveau à la clause pour solde de tout compte. Elle précisait que son courrier n'était pas une décision au sens des dispositions de procédure administrative cantonale ou fédérale.
13. Le 7 avril 2016, par courrier recommandé aux mêmes destinataires que le 8 mars 2016, Mme A_____ a contesté qu'il ait été question d'une renonciation anticipée à un solde de vacances durant les négociations de la convention. L'accord portait sur la date de la fin des rapports de service et jusqu'à cette date, les droits et obligations des parties subsistaient. Elle invitait à nouveau la HES-SO à procéder au paiement de son solde de vacances ou à lui confirmer sa position dans une décision motivée, notifiée avec indication des voies de recours. Le refus de rendre une décision formelle constituerait un déni de justice qui la contraindrait à saisir, pour ce motif, la juridiction compétente.
14. Le 7 juin 2016, Mme A_____ a, par courrier recommandé aux mêmes destinataires que le 8 mars 2016, relancé la HES-SO Genève, en lui fixant un délai au 20 juin 2016 pour statuer sur sa demande par une décision formelle, à défaut de quoi elle se verrait contrainte de saisir la juridiction compétente d'un recours pour déni de justice.
15. Le 17 juin 2016, sous la signature du directeur RH avec copie au directeur de la HEDS, la HES-SO a répondu que Mme A_____ avait déjà reçu sa détermination. Elle confirmait que la clause du solde de tout compte couvrait la renonciation au solde de vacances, point qui avait été abordé lors des négociations. Son courrier n'était pas une décision, son contenu étant comme « de bonne foi, de part et d'autre ».
16. Par acte du 22 août 2016, Mme A_____ a recouru auprès de la Chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le refus de statuer par voie de décision de la HES-SO Genève concernant sa demande relative au paiement de son solde de jours de vacances non prises en nature. Elle a conclu à ce que la chambre administrative constate que la HES-SO Genève avait commis un déni de justice en refusant de lui notifier une décision formelle quant à sa prétention en paiement de son solde de vacances et renvoie le dossier à la HES-SO Genève en lui ordonnant de rendre la décision sollicitée, subsidiairement condamne la HES-SO à procéder au paiement de ce solde.

La convention signée avec la HES-SO Genève ne traitant pas de la question des vacances, le refus de cette dernière de rendre une décision quant au paiement du solde de vacances non pris constituait un déni de justice. Dans la mesure où la HES-SO Genève contestait les prétentions relatives au paiement de ce solde, il se justifiait, par économie de procédure de statuer sur lesdites prétentions.

17. Le 14 octobre 2016, la HES-SO Genève a conclu à l'irrecevabilité du recours et, au fond, à son rejet et subsidiairement, au renvoi du dossier afin qu'elle prenne une décision formelle sur les prétentions de Mme A_____.

Le recours était tardif car Mme A_____ savait depuis le 8 mars 2016 que la HES-SO Genève n'allait pas rendre de décision concernant ses prétentions en paiement d'un solde de vacances, car elle considérait que cette question avait été réglée par la convention. La HES-SO Genève n'avait pas répondu au courrier de relance du 7 avril 2016 et Mme A_____ avait adressé un nouveau courrier le 7 juin 2016. Au plus tard à cette date, elle devait savoir que la HES-SO n'entendait pas rendre de décision formelle.

Au fond, la HES-SO Genève n'était pas tenue de rendre une décision sur les prétentions de Mme A_____, dès lors que cela était déjà réglé par la convention, contrat de droit administratif, dont l'exécution devait faire l'objet d'une action devant la chambre administrative.

Si la chambre administrative estimait malgré tout que la HES-SO Genève devait rendre une décision formelle, le dossier devrait alors lui être renvoyé du moment que les prétentions de Mme A_____ n'avaient fait l'objet d'aucune instruction.

18. Le 15 novembre 2016, Mme A_____ a contesté que son recours soit tardif. Le courrier du 8 mars 2016 n'émanait pas d'une personne compétente pour rendre une décision formelle sur l'objet en cause, soit le directeur RH. Si la position de ce dernier semblait claire tel n'était pas le cas s'agissant de la HES-SO. S'il devait être considéré qu'il avait cette compétence, alors le courrier du 7 avril 2016 aurait dû être considéré comme un recours et transmis alors à la chambre administrative. Enfin, si cette dernière devait considérer que seule la voie d'action était ouverte, le recours du 22 août 2016 devait être considéré comme une action pécuniaire.
19. Le 2 décembre 2016, la HES-SO Genève a persisté dans son argumentation, en précisant que le responsable des ressources humaines disposait d'une délégation de signature de la part du conseil de direction de la HES-SO Genève en matière d'engagements et de congés lui permettant notamment de rendre la décision sollicitée par Mme A_____. Le courrier du 17 juin 2016 sur lequel le recours était fondé était d'ailleurs signé par la même personne.
20. Le 19 décembre 2016, Mme A_____ a persisté dans son recours.

21. Le 4 janvier 2017, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. a. La chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 132 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05). Elle examine d'office sa compétence, qui est déterminée par la loi et ne peut être créée par accord entre les parties (art. 11 al. 1 et 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

Sauf exceptions prévues par la loi ou lorsque le droit fédéral ou une loi cantonale prévoit une autre voie de recours (art. 132 al. 8 LOJ), elle statue sur les recours formés contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6 al. 1 let. a et e et 57 LPA (art. 132 al. 2 LOJ).

- b. Lorsqu'une autorité mise en demeure refuse sans droit de statuer ou tarde à se prononcer, son silence est assimilé à une décision (art. 4 al. 4 LPA).

Une autorité qui n'applique pas ou applique d'une façon incorrecte une règle de procédure, de sorte qu'elle ferme l'accès à la justice au particulier qui, normalement, y aurait droit, commet un déni de justice formel. Il en va de même pour l'autorité qui refuse expressément de statuer, alors qu'elle en a l'obligation. Un tel déni constitue une violation de l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101 ; ATF 135 I 6 ; 134 I 6 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_409/2013 du 27 mai 2013 consid. 5.1 ; 5A_279/2010 du 24 juin 2010 consid. 3.3).

2. Il convient en premier lieu d'examiner si le recours a été interjeté en temps utile, la HES-SO Genève soutenant qu'il serait tardif.

- a. Une partie peut recourir en tout temps pour déni de justice ou retard non justifié si l'autorité concernée ne donne pas suite rapidement à la mise en demeure prévue à l'art. 4 al. 4 LPA (art. 62 al. 6 LPA).

- b. Le principe de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.) impose toutefois une limite. En effet, si un acte ou une déclaration de l'autorité fonde objectivement un recours pour déni de justice ou retard non justifié, celui-ci doit être interjeté dans un délai raisonnable, lequel se détermine selon les circonstances concrètes du cas d'espèce, notamment le devoir de diligence que l'on peut exiger du recourant. Lorsque l'autorité compétente refuse expressément de rendre une décision, le recours doit être interjeté dans le délai légal, sous réserve éventuelle d'une fausse indication quant audit délai (arrêt du Tribunal fédéral 2P.16/2002 du 18 décembre 2002

consid. 2.2 ; ATAF 2008/15 consid. 3.2 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral D-1191/2015 du 1^{er} juillet 2015 consid. 3.1 ; E-1315/2015 du 2 avril 2015 consid. 1.3 ; ATA/230/2016 du 15 mars 2016 consid. 3).

c. En l'espèce, il ressort du dossier que la recourante a interpellé l'intimée sur la question du paiement du solde de vacances non prises dans un courriel du 23 décembre 2015. Elle a obtenu une première réponse dans un courriel du 4 février 2016 la renvoyant à la clause de solde de tout compte de la convention. Dans un courrier du 2 mars 2016, elle a contesté la position de l'intimée et lui a demandé de rendre une décision formelle avec indication des délai et voie de recours. Le 8 mars 2016, la HES-SO Genève a persisté dans sa détermination initiale, tout en précisant que son courrier n'était pas une décision. Le 7 avril 2016, la recourante a une nouvelle fois contesté la position de l'intimée et a réitéré sa demande de notification formelle d'une décision avec indication des délai et voie de recours. Sans réponse de l'intimée, la recourante lui a adressé une nouvelle relance le 7 juin 2016, lui impartissant un délai au 20 juin 2016 pour statuer par voie de décision sur sa demande. Le 17 juin 2016, la HES-SO Genève a maintenu l'entier de son argumentation, y compris quant au fait que son courrier n'était pas une décision. Le recours a été déposé le 22 août 2016, tenant compte de la suspension de délai du 15 juillet au 15 août (art. 63 al. 1 let. b LPA).

La recourante a ainsi eu connaissance de la position de l'intimée sur le bien-fondé de sa demande de paiement du solde de vacances dès le 4 février 2016 et de son refus de rendre une décision dès le 8 mars 2016. Sa relance du 7 avril 2016 étant demeurée sans réponse, elle ne pouvait attendre deux mois pour une relance dans laquelle elle ne développait aucune argumentation nouvelle plutôt que d'interjeter recours pour déni de justice, car elle était alors en possession de tous les éléments pour le faire, y compris les délai et voie de recours en la matière dès lors qu'elle était assistée d'un avocat.

Enfin, on ne saurait retenir l'argument de la recourante relatif à sa volonté de recevoir une décision formelle signée par une personne compétente pour engager l'intimée, ce que ne serait pas le directeur RH. Cette argumentation n'est apparue qu'au stade du recours devant la chambre de céans, lorsque la HES-SO Genève a soutenu que le recours était tardif. Il n'a jamais été esquissé lors des échanges de correspondance avec l'intimée ni dans le recours lui-même, alors que le signataire du courrier du 17 juin 2016 était le même que pour le courrier du 8 mars 2016 et le courriel du 4 février 2016. Par ailleurs, le directeur de la HEDS a toujours été mis en copie des courriers adressés à Mme A_____ sans que celle-ci ne réagisse à cette manière de procéder. Le directeur RH est en outre au bénéfice d'une délégation de signatures dont Mme A_____ ne s'est pas préoccupée antérieurement. Elle ne s'est pas davantage préoccupée des compétences du directeur de la HEDS.

Dans ce contexte et au vu de l'ensemble des circonstances particulières du cas d'espèce, la recourante a agi au-delà du délai raisonnable en attendant le 22 août 2016 pour saisir la chambre administrative.

Tardif, le recours sera déclaré irrecevable.

3. Vu l'issue du litige, un émoluments de CHF 750.- sera mis à la charge de la recourante. Une indemnité de procédure de CHF 750.- sera allouée à la HES-SO Genève, à la charge de la recourante.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 22 août 2016 par Madame A_____ contre le refus de statuer par voie de décision de la Haute école spécialisée de Suisse occidentale (HES-SO GENÈVE) ;

met à la charge de la recourante un émoluments de CHF 750.- ;

alloue une indemnité de CHF 750.- à la HES-SO Genève, à la charge de la recourante ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Christian Bruchez, avocat de la recourante, ainsi qu'à Me Daniel Peregrina, avocat de la Haute école spécialisée de Suisse occidentale (HES-SO Genève).

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, M. Verniory, Mme Payot Zen-Ruffinen,
M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :