

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3184/2017-FPUBL

ATA/548/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 5 juin 2018

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Catherine Hohl-Chirazi, avocate

contre

B_____

représentée par Me Sandro Vecchio, avocat

EN FAIT

- 1) Par acte du 19 mai 2016, la B_____ a engagé Monsieur A_____ en qualité de directeur général, dès le 1^{er} juin 2016.

Il était précisé que, après le temps d'essai, le délai de résiliation était, de part et d'autre, d'un mois pour la fin d'un mois pendant la première année de service, puis de trois mois pour la fin d'un mois.

- 2) Le 29 mars 2017, M. A_____ a écrit à Madame C_____, présidente du Conseil d'administration de la B_____, le courrier suivant :

« Comme convenu lors de notre entretien en présence de Monsieur D_____ du 29 mars 2017, je confirme ma volonté de mettre fin à ma collaboration avec l'EMS B_____.

Je salue votre volonté de trouver un accord de fin de rapports de travail qui ne nuise ni à l'établissement, ni à ma personne, et vous en remercie.

Je vous ferai parvenir ma lettre de démission après accord des deux parties : soit à la signature d'un nouveau contrat de travail de ma part, soit selon les besoins de la B_____, mais au plus tard le 30 novembre 2017, je quitterai mes fonctions comme convenu. Je compte sur votre engagement de chercher une solution compensatoire de ma perte financière en cas de chômage (deux mois de pénalité). De plus, ma signature au registre du commerce devra être radiée avant mon départ pour préserver mes droits au chômage. D'autre part, je vous remercie de me faire parvenir si possible avant Pâques, un certificat de travail intermédiaire pour mes recherches d'emploi.

J'ai pris note de vos priorités concernant mes activités pour ces prochains mois : (...) ».

- 3) Le 4 avril 2017, la B_____, sous la signature de Mme C_____, a accusé réception du courrier précité dans les termes suivants :

« J'accuse bonne réception de votre courrier du 29 mars courant, m'informant de votre intention de démissionner de votre poste de Directeur général de notre institution et en prends acte.

Je tiens toutefois à vous rappeler au regard de la *Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux* (LPAC) à son art. 20 al. 2 et 3 *Délais de résiliation*, votre délai de résiliation est d'un mois pour la fin d'un mois, et ce jusqu'au 30 mai 2017 et ensuite de trois mois pour la fin d'un mois dès le 1^{er} juin

2017, de ce fait il nous est tout à fait impossible d'accepter votre demande de résiliation des rapports de travail pour le 30 novembre 2017.

Comme cela vous a été signifié en séance du 29 mars courant lors de votre ultime évaluation, un accord de rupture de contrat est toujours possible pour autant qu'aucune des parties ne soit lésée.

À cet effet, l'accord ne portera que si l'une ou l'autre des parties arrive avec une proposition, soit de la part de la B_____ avec l'engagement d'un nouveau directeur général, soit de votre part avec un contrat d'embauche. Votre démission sera, dès lors, considérée comme effective, nonobstant, la fin de vos rapports de service ne pourra excéder le 31 août 2017. Ledit accord de rupture des rapports de service sera établi en négociation bilatérale.

(...) ».

- 4) Le 16 mai 2017, la B_____ a adressé à M. A_____ un courrier dont la teneur est la suivante :

« En date du 3 mai courant, le Conseil d'administration s'est réuni en séance plénière et a donné mandat au bureau du Conseil d'administration de reprendre ad intérim la direction générale de la B_____ et ce, dès le 10 mai 2017.

D'entente avec vous, dans notre courrier du 4 avril 2017, votre démission est considérée comme effective pour le 30 juin 2017, au vu de votre solde de vacances actuel, votre dernier jour de travail sera le 19 mai 2017.

(...) ».

- 5) Le 12 juin 2017, M. A_____ a été mis en arrêt de travail à 100 %, pour une durée indéterminée, par son médecin traitant.

- 6) Le 15 juin 2017, M. A_____, par la plume de son conseil, a écrit à la B_____.

Cette dernière avait, de manière unilatérale, annoncé à l'intéressé la fin de ses rapports de travail pour le 30 juin 2017, par courrier du 16 mai 2017.

Toutefois, l'intéressé n'avait pas résilié son contrat de travail. L'intention de le faire, indiquée le 29 mars 2017, ne s'était pas concrétisée, aucun accord n'ayant été trouvé.

M. A_____ était en état d'épuisement à cause de son activité au sein de la B_____ et était en arrêt de travail. L'employeur devait confirmer qu'il continuerait à verser le salaire de l'intéressé jusqu'à nouvel avis.

- 7) Le 20 juin 2017, la B_____ a répondu par la plume de son propre conseil. Ce dernier devait prendre connaissance de l'intégralité du dossier avant de répondre. Toutefois, M. A_____ avait clairement indiqué qu'il mettait fin à ses rapports de service. Il ne pouvait prétendre le contraire sans être de mauvaise foi.
- 8) Le 21 juin 2017, M. A_____ a maintenu sa position : il n'avait jamais résilié le contrat de travail.
- 9) Le 10 juillet 2017, le médecin traitant de M. A_____ a confirmé l'incapacité de travail de l'intéressé à 100 % pour une durée indéterminée dès le 11 juillet 2017.

Ce document a été transmis à la B_____ le 12 juillet 2017. Il était demandé à cette dernière de confirmer qu'elle verserait l'indemnité pour incapacité de travail, le cas échéant, déclarait le cas à son assurance perte de gain en cas de maladie.

- 10) Le 14 juillet 2017, la B_____ a indiqué à M. A_____ qu'elle estimait que ce dernier ayant valablement donné son congé, il ne pouvait être protégé contre un licenciement en temps inopportun et aucune indemnité pour perte de gain en raison de sa maladie ne lui était due après le 30 juin 2017.

Si l'intéressé estimait que les rapports de service n'avaient pas été résiliés, il n'aurait pas dû accepter d'être libéré de ses obligations de travail dès le 19 mai 2017.

- 11) Le 14 juillet 2017, M. A_____ a mis en demeure la B_____ de revoir sa prise de position et d'annoncer le cas de maladie à son assurance maladie perte de gain et de confirmer le maintien de la prise en charge par l'assurance-accident.
- 12) Ce pli étant resté sans réponse, M. A_____ a mis en demeure la B_____ de notifier sa décision, sujette à recours, avant le 21 juillet 2017.
- 13) Le 19 juillet 2017, la B_____ a maintenu sa position : M. A_____ n'avait plus droit à son traitement ou à d'autres indemnités dès le 30 juin 2017.
- 14) Le 27 juillet 2017, M. A_____ a remis à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) un recours avec requête de mesures super provisionnelles et mesures provisionnelles.

Tant sur mesures superprovisionnelles que sur mesures provisionnelles, la B_____ devait être condamnée à lui verser une indemnité pour incapacité de travail de CHF 13'186,40 brut par mois jusqu'à ce que l'assurance perte de gain verse les prestations dues, et à ce que l'assurance-accident soit prolongée pour une durée indéterminée. Au fond, il devait être constaté que le contrat de travail du

19 mai 2016 était en vigueur pour une durée indéterminée et que la B_____ devait l'exécuter.

Il concluait également au versement de CHF 63'912.- en rétribution des heures supplémentaires effectuées. Des décomptes d'heures étaient produits.

Subsidiairement, il concluait au droit de prendre des conclusions complémentaires relatives à son certificat de travail, au paiement de solde de jours de vacances ainsi qu'au paiement d'une indemnité pour licenciement et plus subsidiairement, au renvoi de la cause à la B_____ pour qu'elle prenne une décision formelle sujette à recours sur l'état des rapports de service ainsi que tous les droits liés à ses rapports de service.

M. A_____ avait annoncé son intention de résilier son contrat de travail dans le cas d'un accord de fin de collaboration qui devait être trouvé, ce qu'il avait confirmé par écrit. Or, aucun accord n'avait été trouvé. Ni le courrier du 16 mai ni celui du 14 juillet 2017 ne constituaient des décisions ou elles devaient être considérées comme nulles.

- 15) Le 7 août 2017, la B_____ s'est opposée à l'octroi de mesures provisionnelles et de mesures super provisionnelles.
- 16) Le 10 août 2017, dans le cadre de l'exercice de son droit à la réplique, M. A_____ a maintenu sa position. La lettre du 29 mars 2017 n'était en aucun cas une lettre de démission.
- 17) Par décision sur mesures provisionnelles du 18 août 2017, la chambre administrative a admis partiellement la demande de mesures provisionnelles et ordonné à la B_____ de maintenir les droits d'employé (salaire, cas échéant indemnité de remplacement du salaire, assurance-accident) de M. A_____ jusqu'au 30 novembre 2017.
- 18) Le 25 août 2017, la B_____ a répondu au recours, concluant à son irrecevabilité vu l'absence d'obligation de sa part de rendre une décision, M. A_____ ayant lui-même valablement démissionné. Le recours contre le courrier du 14 juillet 2017 était irrecevable, celui-ci ne pouvant être considéré comme une décision. Quant au recours contre la lettre du 16 mai 2017, il était irrecevable, celui-ci ne faisant que confirmer les accords intervenus entre les parties. De plus, le recours était tardif.

Lors d'une séance du bureau du Conseil d'administration le 5 avril 2017, M. A_____ et le bureau avaient pris acte de la démission selon les modalités énoncées dans la lettre remise le 4 avril 2017. Lors d'une séance du Conseil d'administration, l'après-midi du 5 avril 2017, le bureau avait informé les participants que M. A_____, présent, avait donné son congé. Le courrier du 29 mars ainsi que la réponse du 4 avril 2017 avaient été lus lors de cette séance.

L'employé avait confirmé qu'il quitterait son poste à la suite de sa démission pour le 31 août 2017, ce qu'attestait l'enregistrement de la séance du Conseil d'administration : M. A_____ avait déclaré : « je quitterai comme j'ai annoncé effectivement mon poste de direction générale au 31 août comme (cela) a été négocié avec Mme C_____ ». L'accord conclu est également enregistré et se résume ainsi : Si l'employé trouve un travail, il est autorisé à partir même tout de suite, si la B_____ trouve un directeur général aussi, mais au plus tard, le contrat doit arriver à sa fin le 31 août 2017.

Une note interne datée du 5 avril 2017, adressée à tous les collaborateurs, a été envoyée laquelle indiquait que M. A_____ avait fait part de sa démission, qu'une décision allait être prise très prochainement quant au futur du poste de directeur général et que la présidente du Conseil d'administration et son bureau étaient disposés à assurer la fonction de directeur général ad intérim. Lors des séances du bureau du 25 avril et du Conseil d'administration du 26 avril 2017, l'employé n'avait pas effectué la moindre remarque ni élevé la moindre opposition lors de l'approbation du procès-verbal du 5 avril 2017.

Le 3 mai 2017, le Conseil d'administration s'était réuni hors la présence de M. A_____, tous les membres avaient voté pour un départ de l'employé au 30 juin 2017.

Le 16 mai 2017, le bureau s'était réuni avec M. A_____ et dès lors qu'il avait été décidé que le bureau du Conseil d'administration allait reprendre la direction générale ad intérim, la démission de M. A_____ était considérée comme effective pour le 30 juin 2017. Le 19 mai 2017, tous les collaborateurs avaient été informés de la démission de l'employé ainsi que de son départ le jour même en raison de son droit aux vacances. L'employé n'avait plus donné de nouvelles avant le 15 juin 2017, date à laquelle il avait transmis un certificat d'arrêt de travail et contesté une résiliation unilatérale et contraire au droit des rapports de travail.

Le 20 juin 2017, le mandataire de la B_____ avait indiqué que l'employé avait clairement et en toute connaissance de cause indiqué qu'il mettait fin à ses rapports de service et ne saurait prétendre le contraire sauf à vouloir être de parfaite mauvaise foi. Puis, l'employé avait remis des certificats d'arrêt de travail continu et, le 21 juin, son mandataire avait indiqué qu'il estimait que le contrat n'avait pas été résilié par l'employé mais qu'il entendait qu'un accord soit trouvé qui permette la résiliation du contrat. Celui-ci était toujours en cours.

Des échanges épistolaires ont eu lieu entre les mandataires des parties qui indiquent que le 14 juillet 2017, la B_____ considérait que le contrat s'était terminé le 30 juin 2017, l'incapacité de travail n'ayant pas pour effet de le prolonger. L'employé estimant, le même jour, que le contrat n'était pas résilié et que les obligations de l'employeur persistaient après le 30 juin 2017 et notamment

la prise en charge de ses indemnités par l'assurance maladie perte de gain. Le 19 juillet 2017, M. A_____ a invité la B_____ à rendre une décision sujette à recours dans les formes requises, d'ici au 21 juillet 2017.

- 19) Le 28 septembre 2017, M. A_____ a répliqué et déposé une requête complémentaire contenant des conclusions nouvelles, telles qu'une indemnité de fin des rapports de service CHF 85'711.- ainsi que la délivrance d'un certificat de travail final élogieux.

Il détaillait son argumentation visant à démontrer que les rapports de service n'avaient pas été valablement résiliés et que les courriers de son employeur ne constituaient pas des décisions ou étaient nuls.

- 20) Le 23 octobre 2017, lors d'une audience de comparution personnelle, M. A_____ a confirmé les termes de son recours. Il avait eu, depuis le début, une importante surcharge de travail, en raison de la situation existant à son arrivée et d'un certain nombre de départs de collaborateurs dont il avait repris le cahier des charges. Il n'arrivait plus à gérer cette surcharge depuis le mois de février 2017. Les propositions de mesures qu'il avait faites au Conseil d'administration n'avaient pas abouti. Il avait évoqué la possibilité de terminer le contrat et des négociations avaient été envisagées avec le Conseil d'administration mais n'avaient pas abouti. Il était toujours en arrêt de travail. Le 29 mars 2017, il avait voulu ouvrir les négociations en vue de son départ. La date du 30 novembre 2017 indiquée, était celle à laquelle il espérait avoir retrouvé un nouveau poste. À cette époque, son médecin lui avait conseillé un arrêt de travail mais il avait le sentiment de pouvoir s'en sortir seul, ce qui faisait partie des symptômes de l'épuisement. La lettre esquissait les termes de la négociation.

Mme C_____ a souligné que la lettre du 4 avril 2017 indiquait que le délai au 30 novembre 2017 n'était pas envisageable. M. A_____ devait partir au plus tard le 31 août 2017. M. A_____ avait confirmé, devant le Conseil d'administration dans son intégralité et devant plusieurs membres du personnel, qu'il partirait pour le 31 août 2017. Il ressortait du procès-verbal d'une réunion du personnel du 25 avril 2017 que son départ, sans date précise, avait été annoncé.

Monsieur D_____, vice-président du Conseil d'administration, a relevé qu'avant la séance du 29 mars 2017, qui était la troisième séance d'évaluation de l'intéressé, ce dernier n'avait jamais évoqué de problèmes de fatigue psychologique ou physique. Il ne l'avait pas non plus fait au cours de cette séance qui avait pour but d'avancer dans l'élaboration du cahier des charges et de l'organigramme. M. A_____ n'avait jamais saisi les propositions d'aide ou de soutien. Le 29 mars 2017, M. A_____ avait dit qu'il ne pouvait pas mener à bien sa mission et indiqué qu'il démissionnait. La date du 30 novembre 2017 avait été mentionnée. Il lui avait été demandé de remettre sa lettre de démission pour le vendredi 31 mars 2017.

- 21) a. Le 11 décembre 2017, M. A_____ a déposé une requête de mesures provisionnelles portant sur la prolongation des effets de la décision sur mesures provisionnelles du 18 août 2017 jusqu'à droit jugé au fond.
- b. Le 21 décembre 2017, la B_____ a répondu à la requête de mesures provisionnelles en concluant à son rejet.
- 22) a. Le 18 décembre 2017, lors d'une audience d'enquêtes, le Docteur E_____, médecin traitant de M. A_____, a été entendu. Il a confirmé avoir délivré des arrêts de travail à son patient depuis juin 2017. Au printemps 2017 déjà, celui-ci était extrêmement épuisé et aurait dû bénéficier d'un arrêt de travail. Depuis juin 2017, il était incapable de travailler que ce soit à la B_____ ou dans un autre emploi. Le fait de ne pas reconnaître l'épuisement et de vouloir continuer à travailler était malheureusement habituel dans ce genre de poste. Son patient avait peut-être fait des actes irréflechis, en lien avec son épuisement, car il voulait sortir de cet emploi. Cela ne signifiait pas encore qu'il n'avait pas été capable de discernement.
- b. Madame F_____, assistante de la direction générale à la B_____ depuis mars 2014, a expliqué son activité qui consistait à travailler pour le directeur général, à s'occuper de son agenda, de la gestion de ses mails, de sa correspondance. Une partie de son activité était dédiée au Conseil d'administration. Elle avait déjà travaillé pour l'ancien directeur général. Pendant la vacance de quelques mois entre les deux directeurs généraux, la direction générale avait été assumée par la présidence du Conseil d'administration, avant l'engagement et après le départ de M. A_____. Mme C_____ avait informé le Conseil d'administration, lors d'une séance dont elle prenait le procès-verbal, que M. A_____ avait donné son congé. Celui-ci avait alors exposé les motifs de son départ qui résidaient dans la gestion du passif de la B_____ de même que celle des procédures judiciaires, trop lourdes pour lui. Pour elle, la situation n'était pas claire quant à la date de départ. Il y avait eu des négociations à ce sujet dont elle ne connaissait pas le détail. M. A_____ lui avait annoncé, de même qu'il l'avait fait à des collègues et au forum des résidents, qu'il partait pour le 31 août 2017.
- 23) Par acte du 2 février 2018, la B_____ a déposé des conclusions après enquêtes. Ces dernières avaient confirmé sa thèse. M. A_____ avait annoncé sa démission le 29 mars 2017 et celle-ci avait été acceptée. Les modalités avaient été discutées et la date butoir du 31 août 2017 avait été fixée puis, la direction générale ayant été reprise ad intérim, la fin des rapports de travail avait été fixée au 30 juin 2017. Par la suite, un nouveau directeur général était entré en fonction au 1^{er} novembre 2017. Les heures supplémentaires, non prouvées, au paiement desquelles l'employé avait renoncé, n'avaient jamais été ordonnées par le supérieur hiérarchique de l'employé et leur paiement n'était pas dû.

24) Par décision sur mesures provisionnelles du 7 février 2018, la chambre administrative a rejeté la requête de M. A_____ du 11 décembre 2017.

25) Le 9 mars 2018, M. A_____ a répliqué. Il persistait intégralement dans les termes et conclusions de son recours, de sa réplique et de sa requête complémentaire.

Les enquêtes avaient permis de mettre en évidence que la B_____ ne prétendait pas l'avoir licencié et qu'il n'avait pas donné sa démission. En conséquence, il était toujours l'employé de la B_____ avec les droits qui se rattachaient à ce statut. Il était toujours en arrêt de travail complet, pour une durée indéterminée en raison du « burn out » dont il souffrait. Il joignait des rapports d'examens neuropsychologiques des 4 décembre 2017 et 28 février 2018 d'une psychologue ainsi que les rapports d'un psychiatre et de son médecin traitant.

26) Par envoi du 16 mars 2018, la B_____ a relevé que dans un rapport du 2 octobre 2018, du Docteur G_____, expert mandaté par l'assureur perte de gain, produit par l'employé, le médecin concluait à un état dépressif léger, voire à l'absence d'état dépressif. Bien que les critères de diagnostic d'un syndrome de « burn out » semblent remplis, le diagnostic d'un trouble de l'adaptation était à privilégier.

27) Le 19 avril 2018, M. A_____ a transmis un article de presse dans lequel il était indiqué que le directeur général engagé en novembre 2017 par la B_____ était en arrêt de travail, quatre mois après son engagement.

L'assurance perte de gain était finalement d'accord de prendre en charge à 50 % les indemnités perte de gain après avoir cessé les paiements pendant quatre mois. Celle-ci l'invitait à s'inscrire au chômage, alors qu'il était médicalement toujours en incapacité totale de travail.

28) La cause a ensuite été gardée à juger, ce dont les parties avaient été informées le 12 mars 2018.

EN DROIT

1) a. La chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05), correspondant à l'art. 56A al. 1 de l'ancienne loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - aLOJ, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010).

Le recours y est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6 al. 1 let. a et e et 57 de la loi sur la

procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). Sont réservées les exceptions prévues par la loi (art. 132 al. 2 LOJ, correspondant à l'art. 56A al. 2 aLOJ).

Elle connaît en instance cantonale unique des actions fondées sur le droit public qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision au sens de l'art. 132 al. 2 LOJ et qui découlent d'un contrat de droit public. Les dispositions de la LPA en matière de recours s'appliquent par analogie à ces actions (art. 132 al. 3 LOJ, correspondant à l'art. 56G aLOJ).

b. Avant le 1^{er} janvier 2009, la chambre administrative n'était compétente pour connaître des recours contre les décisions concernant le statut et les rapports de service des fonctionnaires et autres membres du personnel de l'État que dans la mesure où une disposition légale, réglementaire ou statutaire le prévoyait (art. 56B al. 4 aLOJ). Quant à l'art. 56G aLOJ qui réglementait l'ancienne action pécuniaire largement utilisée pour régler le contentieux financier de la fonction publique, sa teneur a été modifiée. Tout d'abord intitulé « action contractuelle » depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 de la modification législative du 18 septembre 2008, et réservé aux prétentions fondées sur le droit public qui ne pouvaient pas faire l'objet d'une décision et qui découlaient d'un contrat de droit public, il est devenu depuis le 1^{er} janvier 2011 l'art. 132 al. 3 LOJ.

Le but du législateur était de simplifier le contentieux administratif de la fonction publique. Désormais, la voie du recours à la chambre administrative est ouverte en cas de litige entre un agent public et une collectivité publique portant sur des prétentions pécuniaires, dans tous les cas où la détermination relative à celles-ci peut sans difficulté faire l'objet d'une décision ordinaire (MGC 2007-2008/VIII A 6501 p. 6549). La conséquence de cette modification est importante. Le fonctionnaire ne peut plus intenter une action pécuniaire pour des prétentions fondées sur les rapports de service. Il doit formuler ses prétentions auprès de l'autorité qui, selon lui, viole ses droits (art. 4A LPA). L'autorité ouvre alors une procédure qui est régie par la LPA. Après avoir instruit la cause, l'autorité concernée prend une décision sujette à recours. La juridiction administrative n'intervient plus que sur recours contre cette décision. De son côté, l'action contractuelle de l'art. 132 al. 3 LOJ n'est plus une voie de droit ouverte pour ce type de contentieux, étant désormais réservée à celui des contrats de droit public (ATA/1301/2015 précité consid. 2b et les références citées).

Pour que l'action soit recevable, il faut ainsi que les conclusions prises par le demandeur ne puissent faire l'objet d'une décision (ATA/119/2013 du 26 février 2013 consid. 2).

- 2) L'acte déposé par le recourant devant la chambre de céans le 27 juillet 2017 contient des conclusions en paiement d'heures supplémentaires, et plus subsidiairement sur la possibilité de prendre des conclusions complémentaires

relatives à un solde de jours de vacances et de congé, d'une indemnité pour licenciement ainsi qu'au certificat de travail.

Ces différentes conclusions sont irrecevables, aucune décision à leur égard n'ayant été prise par l'intimée alors qu'elles pourraient faire l'objet de décisions et aucune demande n'ayant été formulée par le recourant auprès de l'intimée en vue d'obtenir de telles décisions.

3) Subsidiairement, l'acte contient un recours contre la lettre de l'intimée du 14 juillet 2017 indiquant que les rapports de service ayant pris fin le 30 juin 2017, tout versement de traitement ou d'indemnité avait cessé à cette date.

a. Aux termes de l'art. 4 al. 1 LPA, sont considérées comme des décisions les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal ou communal et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits et des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (let. c). À teneur de l'art. 4 al. 2 LPA, les décisions incidentes sont également considérées comme des décisions.

b. En droit genevois, la notion de décision est calquée sur le droit fédéral (art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 - PA - RS 172.021), ce qui est également valable pour les cas limites, soit les actes dont l'adoption n'ouvre pas de voie de recours. Ainsi, de manière générale, les communications, opinions, recommandations et renseignements ne déploient aucun effet juridique et ne sont pas assimilables à des décisions, de même que les avertissements ou certaines mises en demeure (arrêts du Tribunal fédéral 1C_593/2016 du 11 septembre 2017 consid. 2.2 ; 8C_220/2011 du 2 mars 2012 consid. 4.1.2 ; ATA/1502/2017 du 21 novembre 2017). En outre, ce n'est pas la forme de l'acte qui est déterminante, mais son contenu et ses effets (ATA/180/2018 du 27 février 2018 et les références citées).

Toute décision administrative au sens de l'art. 4 LPA doit avoir un fondement de droit public. Il ne peut en effet y avoir décision que s'il y a application, au travers de celle-ci, de normes de droit public. De nature unilatérale, une décision se réfère à la loi dont elle reproduit le contenu normatif de la règle. Une décision tend à modifier une situation juridique préexistante. Il ne suffit pas que l'acte visé ait des effets juridiques, encore faut-il que celui-ci vise des effets juridiques. Sa caractéristique en tant qu'acte juridique unilatéral tend à modifier la situation juridique de l'administré par la volonté de l'autorité, mais sur la base et conformément à la loi (ATA/1502/2017 précité et les références citées).

c. Les décisions doivent être désignées comme telles, motivées et signées, et indiquer les voies et délais de recours (art. 46 al. 1 LPA). Une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 47 LPA ; ATA/766/2016 du 13 septembre 2016).

La jurisprudence n'attache pas nécessairement la nullité à l'existence de vices dans la notification, la protection des parties étant suffisamment garantie lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré cette irrégularité (ATF 132 II 21 consid. 3.1). Il y a lieu d'examiner, d'après les circonstances du cas concret, si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de la notification et a, de ce fait, subi un préjudice, selon les règles de la bonne foi ; ainsi l'intéressé doit agir dans un délai raisonnable dès qu'il a connaissance, de quelque manière que ce soit, de la décision qu'il entend contester (ATF 122 I 97 consid. 3a/aa ; ATA/180/2018 précité).

En l'espèce, la lettre du 14 juillet 2017 reprend le contenu de la lettre remise en main propre par l'intimée au recourant le 16 mai 2017. Aucune n'indique constituer une décision ni ne contient d'indication de voie ou délai de recours. Toutefois, l'intimée, dans ces lettres, fixe unilatéralement la date de fin des rapports de service, modifiant ainsi la situation juridique du recourant, en suspendant le versement du traitement ou des indemnités après le 30 juin 2017. Le recourant n'a toutefois subi aucun préjudice résultant de l'absence d'indication des voie et délai de recours, puisqu'il a porté ce courrier devant la chambre de céans par acte du 27 juillet 2017, ce qui doit être considéré, même par rapport à la décision du 16 mai 2017, comme un recours interjeté dans un délai raisonnable, compte tenu du fait que l'intimée conteste avoir pris cette décision qui résulterait uniquement de la volonté du recourant (ATA/387/2014 du 27 mai 2014 ; ATA/640/2013 du 1^{er} octobre 2013).

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est par conséquent recevable (art. 132 LOJ ; art. 62 al. 1 let. a LPA).

- 4) Le litige porte sur la question de savoir si les rapports de service entre la B_____ et l'employé sont toujours en vigueur pour une durée indéterminée où s'ils ont pris fin et, le cas échéant, à quelle date.
- a. La B_____ est un établissement de droit public, doté de la personnalité juridique (art. 1 et 2 de la loi concernant « La B_____ » du 21 mai 2001 entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2001 – LMV).
- b. Le personnel de l'établissement est soumis au statut de la fonction publique, tel que défini par la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05 ; art. 10 LMV ; art. 2 du règlement du personnel

de la B_____ du 27 mai 2008 adopté par le Conseil d'administration de la B_____ en application des art. 6 al. 2 let. c et 3 ainsi que 10 LMV).

c. Est employé le membre du personnel régulier qui accomplit une période probatoire, le Conseil d'administration arrête la durée et les modalités de la période probatoire (art. 6 LPAC).

d. Pendant la période probatoire, chacune des parties peut mettre fin aux rapports de service ; le membre du personnel n'ayant pas qualité de fonctionnaire est entendu par l'autorité compétente ; il peut demander que le motif de résiliation lui soit communiqué. Le fonctionnaire peut mettre fin aux rapports de service en respectant le délai de résiliation (art. 21 al. 1 et 2 LPAC applicables aux employés vu le titre de la section 2 : Fonctionnaires et employés).

e. Le Conseil d'administration est l'autorité compétente pour signifier la fin des rapports de service et il peut déléguer cette compétence à la direction générale de l'établissement. Pour les membres du personnel n'ayant pas la qualité de fonctionnaire, le Conseil d'administration peut autoriser la sous-délégation de cette compétence en faveur des services de l'établissement (art. 17 al. 1, al. 4 et al. 6 LPAC).

f. Pendant la première année d'activité et après le temps d'essai d'une durée de trois mois au plus, le délai de résiliation est d'un mois pour la fin d'un mois. Lorsque les rapports de service ont duré plus d'une année, le délai de résiliation est de trois mois pour la fin d'un mois.

g. La possibilité d'une résiliation conventionnelle n'est pas exclue pour les parties à un rapport de service de droit public. En revanche, la doctrine estime que la résiliation d'un commun accord ne doit pas servir à éluder des dispositions protectrices du statut de la collectivité publique, comme cela est prévu en droit privé à l'art. 341 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220) qui prévoit que le travailleur ne peut pas renoncer, pendant le durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective, s'agissant d'un standard minimum en droit de la fonction publique (Héloïse ROSELLO, Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, 2016, p. 234).

h. Conformément au principe de la confiance, qui s'applique aux procédures administratives, les décisions, déclarations et comportements de l'administration doivent recevoir le sens que l'administré pouvait raisonnablement leur attribuer en fonction des circonstances qu'il connaissait ou aurait dû connaître (arrêt du Tribunal fédéral 2P.170/2004 du 14 octobre 2004 consid. 2.2.1 = RDAF 2005 I 71). L'interprétation selon le principe de la confiance s'applique non seulement aux déclarations de personnes privées, mais également aux

décisions administratives ; d'après cette règle, une décision doit être comprise dans le sens que son destinataire pouvait et devait lui attribuer selon les règles de la bonne foi, compte tenu de l'ensemble des circonstances qu'il connaissait ou aurait dû connaître (ATF 2A.453/2002 du 6 décembre 2002, consid. 3.1 in fine; ATF 121 III 118 cons. 4b.aa). Le principe de la confiance est toutefois un élément à prendre en considération et non un facteur donnant en tant que tel naissance à un droit. La protection de la bonne foi ne s'applique pas si l'intéressé connaissait l'inexactitude de l'indication ou aurait pu la connaître en consultant simplement les dispositions légales pertinentes (ATF 135 III 489 consid. 4.4 ; 134 I 199 consid. 1.3.1 ; ATA/1115/2017 du 18 juillet 2017 consid. 9b ; Thierry TANQUEREL, op. cit., 2011, p. 193 ss n. 568 ss).

i. Les parties ont le droit d'être entendues par l'autorité compétente, en principe, avant que ne soit prise une décision. Elles ne peuvent prétendre à une audition verbale sauf dispositions légales contraires (art. 41 LPA). En matière de rapports de travail de droit public, il n'est pas admissible, sous l'angle du droit d'être entendu, de remettre à l'employé une décision de résiliation en se contentant de lui demander de s'exprimer s'il le désire. Sauf cas d'urgence, le collaborateur doit pouvoir disposer de suffisamment de temps pour préparer ses objections (arrêt du Tribunal fédéral 8C_541/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.2). L'omission pour un employeur public d'entendre le fonctionnaire auquel elle veut signifier son congé constitue une violation de droit d'être entendu dont la gravité empêche toute réparation devant l'autorité de recours (arrêt du Tribunal fédéral 8C_541/2017 précité consid. 2.5).

- 5) En l'espèce, il est patent que les parties divergent sur la question de savoir si et quand les rapports de service ont été résiliés.

Le recourant considère que ceux-ci perdurent et qu'il est toujours employé par la B_____, n'ayant pas donné sa démission et n'ayant pas été licencié.

L'employeur, quant à lui, estime ne pas avoir résilié les rapports de service mais que ceux-ci ont été valablement résiliés par l'employé pour le 30 juin 2017. Ainsi, encore lors de son audition devant la chambre de céans, la présidente du Conseil d'administration a réitéré cette position dans ces termes : « Il s'agissait d'un départ lié à une démission et non à un licenciement ».

L'absence de résiliation de la part de l'employeur se confirme à l'examen des pièces figurant au dossier. Aucun des courriers envoyés à l'employé ne constitue une décision formelle de résiliation des rapports de service répondant aux exigences de la procédure administrative rappelées ci-dessus.

La lettre du 4 avril 2017 de la présidente du Conseil d'administration indique qu'elle refuse le délai dans lequel la résiliation a été donnée par l'employé. Cette missive contient encore la phrase : « Votre démission sera, dès

lors, considérée comme effective, nonobstant, la fin de vos rapports de service et ne pourra excéder le 31 août 2017 » qui, quel que soit le sens que la rédactrice a voulu lui donner, ne saurait constituer une décision de résiliation au 31 août 2017. Cette interprétation est encore confirmée par la phrase suivante de la lettre : « Ledit accord de rupture des rapports de travail sera établi en négociation bilatérale ».

Quant à la lettre du 16 mai 2017, toujours signée par la présidente du Conseil d'administration, qui indique : « D'entente avec vous dans notre courrier du 4 avril 2017, votre démission est considérée comme effective pour le 30 juin 2017... », elle semble entériner un accord dont l'existence est contredite par l'employé et n'est attestée par aucune autre pièce ou témoignage. En tant que décision unilatérale, elle ne répond pas aux exigences de forme et l'employé n'a pas pu exercer son droit d'être entendu avant qu'elle ne soit prise.

Finalement, le courrier du 14 juillet 2017 du mandataire de l'intimée réitère la position de cette dernière quant à une démission valablement donnée par l'employé pour le 30 juin 2017.

En conséquence, il appert que les rapports de service liant le recourant et l'intimée n'ont pas été valablement résiliés par cette dernière.

- 6) Il s'agit ensuite de déterminer si l'employé a résilié les rapports de service et, le cas échéant, pour quel terme.

Par courrier du 29 mars 2017, l'employé a indiqué sa volonté de mettre fin à la collaboration avec l'intimée. Cette volonté avait déjà été communiquée oralement à la présidente et au vice-président du Conseil d'administration le même jour, de même que celle de trouver un accord de fin de rapports de travail ne nuisant à aucune des parties. L'employé précisait également dans cette lettre qu'il ne ferait parvenir sa « lettre de démission » qu'après un accord et à certaines conditions. Toutefois, il précise également « ...mais au plus tard le 30 novembre 2017, je quitterai mes fonctions comme convenu ». Il demande également un certificat de travail intermédiaire pour effectuer des recherches d'emploi.

Le recourant soutient que ce courrier est une proposition contenant les conditions d'un accord qui pourrait lui convenir avec une fin de contrat au 30 novembre 2017 au plus tard, mais qu'en l'absence d'accord trouvé, ce courrier ne constitue pas une démission. La date y figurant ne constituerait donc que la date à laquelle il estimait qu'il aurait retrouvé un emploi.

Interprétée selon le principe de la bonne foi, la communication de l'employé ne laisse aucun doute sur sa volonté de mettre fin à ses rapports de service au plus tard pour le 30 novembre 2017. Une démission avec un préavis plus long que celui prévu légalement est valable, selon la jurisprudence développée en droit

privé, reprise en droit public (ATA/141/2014 du 11 mars 2014 et les références citées).

En conséquence, à ce stade, il appert que les rapports de services ont été valablement résiliés par l'employé au 30 novembre 2017.

- 7) Toutefois, la détermination de la date de fin des rapports de service suppose encore d'examiner les décisions et actes subséquents des parties.

Même si l'on envisage une résiliation de l'employé au 30 novembre 2017, l'employeur restait libre de résilier à son tour les rapports de service pendant le délai de congé, en se conformant à la procédure prévue et en respectant les délais et termes prévus par la loi, sans qu'un tel comportement de l'employeur puisse être qualifié de congé-représailles (ATA/141/2014 précité et les références citées). Toutefois, il a déjà été vu ci-dessus qu'il ne l'a pas fait valablement.

Reste à examiner l'existence d'un accord qui aurait été trouvé dans ce même délai, s'agissant de la fin des rapports de service, comme le soutient l'intimée. Il convient donc d'examiner les différents éléments de preuve produits par l'intimée. Le recourant estime quant à lui ne pas avoir donné son accord à une fin des rapports de service, que ce soit pour le 30 juin ou le 31 août 2017.

- a. S'agissant d'une fin des rapports de service au 30 juin 2017, l'intimée se prévaut du vote du Conseil d'administration du 3 mai 2017, par lequel le départ du recourant a été fixé au 30 juin 2017.

Si le procès-verbal de la séance du 3 mai 2017 établit bien la volonté de l'employeur de mettre fin aux rapports de service à la prochaine échéance contractuelle, soit au 30 juin 2017, cette décision n'a jamais été notifiée à l'employé dans les formes et selon les exigences prévues par la procédure administrative (art. 46 LPA). Il était de plus absent lors de ladite séance. L'intimée allègue que l'employé a été informé de cette décision à la séance du bureau du Conseil d'administration le 16 mai 2017 qui s'est tenue de 16h à 17h50 et à laquelle il assistait dès 17h30. Le procès-verbal indique que l'employé « ayant donné sa démission fin mars, son contrat prendra fin le 30 juin 2017 », ce qui ne peut être interprété comme un accord entre les parties sur le terme des rapports de travail mais constitue la communication faite par le bureau d'une décision du Conseil d'administration et cela même si l'employé n'a pas formulé d'observation ni ne s'est opposé à cette communication. L'intimée ne démontre notamment pas que l'employé a eu l'occasion de s'exprimer au sujet de cette décision devant le Conseil d'administration. Comme déjà vu, cette décision n'a pas été prise ni communiquée dans les formes.

En conséquence, il ne saurait être retenu qu'un accord entre les parties ait existé sur la fin des rapports de service au 30 juin 2017.

b. S'agissant d'un terme au 31 août 2017, un accord aurait été trouvé, selon l'intimée, début avril 2017. À l'appui de sa thèse, l'intimée produit les lettres échangées les 29 mars et 4 avril 2017 ainsi que les procès-verbaux des séances du bureau du Conseil d'administration et du Conseil d'administration du 5 avril 2017.

Le premier procès-verbal mentionne que l'employé s'est exprimé sur les motivations qui l'avaient conduit à accepter le poste ainsi que sur les difficultés rencontrées. À cette occasion, la lettre de démission a été lue ainsi que la réponse de l'intimée, indiquant le terme au 31 août 2017. Le second procès-verbal mentionne que l'employé a confirmé oralement devant le Conseil d'administration « qu'il quittera son poste au 31 août au plus tard », ce que l'employé admet, se fondant également sur l'enregistrement de la séance, précisant même que ce terme résulte de la négociation avec la présidente du Conseil d'administration. L'accord trouvé prévoit que, si l'employé trouve un travail et qu'il doit commencer tout de suite, l'employeur le laisserait partir et si la B_____ trouvait un directeur général aussi, mais au plus tard, le contrat devait arriver à échéance le 31 août 2017.

En conséquence, il faut considérer que les parties ont conclu un accord sur un terme au 31 août 2017.

- 8) L'intimée estime que, du fait que le bureau du Conseil d'administration avait repris la direction générale ad interim, l'une des conditions prévues dans l'accord pour que le terme fixé au 31 août 2017 subsiste, n'était plus remplie dès le 1^{er} juin 2017. La fin des rapports de service étant alors fixée au 30 juin 2017.

Le raisonnement de l'intimée ne saurait être suivi. En effet, en prenant une mesure d'organisation interne visant à suppléer l'absence du directeur général qu'elle avait libéré de l'obligation de travailler dès le 19 mai 2017, elle n'a pas « trouvé un directeur général » selon le sens qui peut être donné à ces termes en application du principe de la confiance. De plus, même s'il fallait suivre l'intimée dans son raisonnement, la fixation unilatérale d'un nouveau terme sans qu'une décision formelle soit valablement prise et notifiée à l'intéressé ne permet pas de retenir que les rapports de service ont pris fin au 30 juin 2017 et l'existence d'un accord sur ce terme a déjà été rejetée ci-dessus.

En conséquence, à ce stade, un terme des rapports de service au 31 août 2017, par accord des parties, doit être retenu.

- 9) Reste à déterminer si l'arrêt du travail de l'employé dès le 12 juin 2017 a modifié le terme des rapports de service.

a. Les art. 336c et 336d CO sur la résiliation en temps inopportun sont applicable par analogie aux rapports de service des employés soumis à la LPAC (art. 44A du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de

l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 24 février 1999 - RPAC - B 5 05.01).

b. Est notamment définie comme donnée en temps inopportun, la résiliation du contrat par l'employeur, pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputable à la faute du travailleur, et cela, durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service (art. 336c al. 1 let. b CO).

Lorsque le congé a été donné avant une telle période de protection et s'il n'a pas expiré avant cette période, le délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période de protection (art. 336c al. 2 CO).

c. Bien qu'en cas de résiliation des rapports de service par l'employé, les dispositions sur la résiliation en temps inopportun ne s'appliquent pas, par définition, comme déjà vu, la doctrine estime qu'un accord mutuel ne doit pas permettre d'éviter des dispositions protectrices du statut de la collectivité publique. Les normes sur la résiliation en temps inopportun sont de telles dispositions protectrices, visant notamment à ce que l'employé, lorsqu'il se trouve dans une période pendant laquelle il ne pourrait que difficilement rechercher (et conclure) un nouvel emploi, bénéficie d'une prolongation du délai de congé (art. 336c al. 2 CO ; Christiane BRUNNER, Jean-Michel BÜHLER, Jean-Bernard WAEBER, Christian BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} éd. 2004, p. 264 et 265).

En l'espèce, un accord des parties portant sur le terme des rapports de travail au 31 août 2017 a été établi. Une incapacité de travail de longue durée, pour raison de maladie, existait dès le 12 juin 2017, alors que l'employé se trouvait dans sa deuxième année de service et que le délai de congé qui est de trois mois (juin, juillet, août) n'avait couru que pendant onze jours. Le délai de congé était donc suspendu pendant nonante jours pour recommencer à courir le 10 septembre 2017 et, compte tenu du délai de congé non couru de trois mois moins onze jours, s'est terminé au prochain terme, soit le 30 novembre 2017.

En conclusion, il appert que les rapports de travail entre l'intimée et le recourant ont pris fin le 30 novembre 2017 ainsi que l'obligation de l'employeur de verser un traitement ou des indemnités pour incapacité de travail en application des art. 58 al. 2, 59 al. 3 et 55 RPAC qui prévoient que le traitement est dû jusqu'au jour où l'employé cesse d'occuper son emploi pour cause de démission ou pour toute autre cause et que le droit à des indemnités pour incapacité de travail cesse également ce jour-là (ATA/387/2014 du 27 mai 2014).

- 10) Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis et la fin des rapports de service liant le recourant et l'intimée étant fixée au 30 novembre 2017,

les « décisions » des 16 mai 14 juillet 2017 de l'intimée fixant la fin des rapports de service au 30 juin 2017 seront annulées.

- 11) Vu l'issue du recours, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la B_____ (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée à M. A_____, à la charge de la B_____ (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare irrecevable la demande en paiement du 27 juillet 2017 déposée par Monsieur A_____ ;

déclare recevable le recours interjeté le 27 juillet 2017 contre les « décisions » de la B_____ des 16 mai et 14 juillet 2017 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule les « décisions » de la B_____ des 16 mai et 14 juillet 2017 en tant qu'elles fixent la fin des rapport de service au 30 juin 2017 ;

arrête la fin des rapports de service de Monsieur A_____ au 30 novembre 2017 ;

met à la charge de la B_____ un émolument de CHF 1'000.- ;

alloue à Monsieur A_____ une indemnité de procédure de CHF 2'000.- à la charge de la B_____ ;

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, s'il porte sur les rapports de travail entre les parties et que la valeur litigieuse n'est pas inférieure à CHF 15'000.- ;

- par la voie du recours en matière de droit public, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- et que la contestation porte sur une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- ;

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, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, 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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Catherine Hohl-Chirazi, avocate du recourant, ainsi qu'à Me Sandro Vecchio, avocat de la B_____.

Siégeant : Mme Junod, présidente, M. Thélin, Mme Krauskopf, M. Pagan, Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :