

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/619/2018-FPUBL

ATA/985/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 25 septembre 2018

dans la cause

Mme A_____

représentée par Me Christian Dandrès, avocat

contre

DÉPARTEMENT DES FINANCES ET DES RESSOURCES HUMAINES

EN FAIT

1. Mme A_____ a été engagée en qualité d'employée à compter du _____ 2007 puis a été nommée fonctionnaire le _____ 2010, en qualité de chargée du contrôle interne départemental – du département des finances, devenu le département des finances et des ressources humaines (ci-après : département).
2. À l'issue d'un entretien de service du 24 janvier 2017 lors duquel plusieurs reproches ont été faits à Mme A_____, l'employeur a informé cette dernière qu'il envisageait de résilier ses rapports de service pour motif fondé, conformément aux art. 21 al. 3 et 22 let. a et b de 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).
3. Le 4 mai 2017, une procédure de reclassement a été ouverte.
4. Après des échanges de courriers avec le conseiller d'État alors en charge du département, le Conseil d'État et la Cour des comptes, Mme A_____ a, le 13 juillet 2017, fait l'objet d'un entretien lors duquel le département lui a fait part de ce que, les démarches de reclassement n'ayant pas abouti, il envisageait de clore la procédure de reclassement, en vertu de l'art. 46A al. 6 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), et de reprendre la procédure de résiliation des rapports de service.

Par écrit de son conseil du 18 juillet 2017, l'intéressée a sollicité la prolongation de la procédure de reclassement.
5. Par décision du 25 juillet 2017, déclarée exécutoire nonobstant recours, le département, sous la plume du conseiller d'État, a résilié les rapports de service de Mme A_____, pour motif fondé selon ce qui lui avait été communiqué, notamment lors de l'entretien de service du 24 janvier 2017, ce avec effet au 31 octobre 2017.
6. Par décision du 28 juillet 2017, le département a annulé sa décision du 25 juillet précédent et l'a remplacée par une nouvelle décision de résiliation, avec la même date d'effet.
7. Par lettre du 29 août 2017, le conseiller d'État a indiqué à Mme A_____ que cette dernière décision s'avérait avoir été notifiée alors qu'elle était en arrêt de travail, de sorte qu'elle était nulle et sans effet.

Il lui notifierait la décision en temps opportun, étant donné qu'elle était en incapacité de travail pour cause de maladie depuis le 12 juillet 2017.

8. Par décision du 18 janvier 2018, déclarée exécutoire nonobstant recours, le département, sous la signature du conseiller d'État, a résilié les rapports de service de Mme A_____, pour motif fondé, avec effet au 30 avril 2018.
9. Par acte expédié le 21 février 2018 par son avocat au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre administrative), Mme A_____ a formé recours contre cette décision, concluant, « avec suite de frais et dépens », préalablement à son audition et à celle de témoins, principalement à l'annulation de ladite décision, subsidiairement à sa réintégration, plus subsidiairement à la constatation que la décision était contraire au droit, à la proposition à faire au département de la réintégrer, en cas de refus, à la condamnation de celui-ci au versement d'une indemnité équivalant à vingt-quatre mois de son dernier traitement.

Les motifs invoqués à l'appui de la décision querellée étaient intégralement contestés. Elle devait bénéficier de la protection accordée aux lanceurs d'alerte. En outre, son droit d'être entendue n'avait pas été respecté et le principe de l'interdiction de l'arbitraire avait été violé.

10. Dans sa réponse du 23 mars 2018, le département, représenté par l'office du personnel de l'État (ci-après : OPE), a conclu à l'irrecevabilité du recours pour tardiveté, sa décision ayant été notifiée à l'intéressé en courrier A+ le 20 janvier 2018 et le délai de recours de trente jours ayant ainsi été dépassé, subsidiairement au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité.
11. Par écriture du 23 avril 2018, Mme A_____ a attiré l'attention de la chambre administrative sur le fait que la décision attaquée avait été prise et notifiée alors qu'elle se trouvait en incapacité de travail pour des motifs découlant de son état de santé.

Étaient annexés un courriel du 18 janvier 2018 par lequel elle avait informé le secrétaire général du département que son arrêt maladie était prolongé avec la précision « Vous le recevrez prochainement par voie postale », un certificat du 16 janvier 2018 du Dr B_____, médecin généraliste, attestant « travail à 50 % » jusqu'au 16 février 2018 inclus, de même qu'une attestation du 19 avril 2018 de la Dresse C_____, médecin remplaçant le Dr B_____, certifiant que Mme A_____ avait consulté le 15 novembre 2017 pour une pathologie hépatobiliaire, ayant motivé un arrêt de travail, et consulté à nouveau le 16 janvier 2018 pour le même problème, et précisant que cette pathologie avait nécessité des bilans complémentaires, un avis spécialisé ainsi qu'un nouvel arrêt de travail.

Le département n'avait émis aucun doute sur la réalité de l'incapacité de travail attestée par le certificat médical du 16 janvier 2018 précité, ni n'avait sollicité un avis médical auprès du service de santé du personnel de l'État et encore au moins auprès d'un médecin-conseil.

Partant, la décision de résiliation du 18 janvier 2018 était nulle, en vertu de l'art. 336c al. 1 let. b et al. 2 du la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220), applicable par analogie par renvoi de l'art. 44A RPAC.

Par ailleurs, la décision querellée devait être également tenue pour nulle dans la mesure où elle était intervenue avant l'échéance de son droit à bénéficier de son traitement en cas de maladie, de sept cent trente jours civils selon l'art. 54 RPAC. Était à cet égard invoquée une fiche du mémento des instructions de l'OPE (ci-après : MIOPE).

Enfin, le département avait violé l'égalité de traitement en lui adressant sa décision de résiliation par pli prioritaire, étant donné qu'une autre fiche du MIOPE, valant pratique administrative, prévoyait l'utilisation du pli recommandé. Il convenait donc de la placer dans la situation qui aurait été la sienne si le département l'avait traitée comme il le préconisait pour ses autres collaborateurs.

12. Par écriture spontanée du 20 avril 2018, le département a relevé que la recourante, qui ne contestait pas la tardiveté de son recours, avait pris, au stade de sa réplique du 23 avril 2018, des conclusions nouvelles qui étaient irrecevables.

Le Dr B_____ et sa remplaçante avaient attesté des arrêts de travail de l'intéressée à 50 % du 12 juillet 2017 au 16 février 2018. Compte tenu du délai de protection de cent quatre-vingts jours prévu par l'art. 336c al. 1 let. b CO, l'employeur était légitimé à lui notifier la décision litigieuse dès le 8 janvier 2018, de sorte que sa décision ne prêtait pas le flanc à la critique sous cet angle.

Les deux autres griefs de la recourante étaient écartés. Au demeurant, si la décision contestée était contraire aux dispositions et directives invoquées par l'intéressée, elle ne saurait être déclarée nulle, mais seulement contraire au droit.

13. Par pli du 11 juin 2018, Mme A_____ a persisté dans ses griefs et conclusions.

14. Par décision du 28 juin 2018 – communiquée à la chambre administrative par la recourante par pli du 2 juillet 2018 et transmise par courrier de l'intimé du 4 juillet 2018 en tant que « la nouvelle décision de résiliation des rapports de service » –, déclarée exécutoire nonobstant recours, le département, sous la signature de la nouvelle conseillère d'État qui en avait la charge, a résilié les rapports de service de Mme A_____, pour motif fondé – les mêmes motifs que

ceux qui avaient été invoqués dans les précédentes décisions de résiliation –, avec effet au 30 septembre 2018.

Le contenu du courriel de Mme A_____ du 18 janvier 2018, en lien avec le fait qu'elle avait attendu plus de trois mois après la notification de la décision de résiliation du 20 (recte : 18) janvier 2018 pour alléguer l'existence d'une cause rendant nulle ladite décision – l'attestation du 19 avril 2018 de la Dresse C_____ produite le 23 avril 2018 – violait gravement son obligation de fidélité et de loyauté envers son employeur, la question de savoir si ce comportement violait aussi les règles de la bonne foi pouvant demeurer ouverte. Partant, il était constaté que la décision du 20 (recte : 18) janvier 2018 précitée avait été notifiée en temps inopportun à l'intéressée, ce en vertu des art. 44A RPAC et 336c CO.

15. Par courrier du 6 juillet 2018, Mme A_____ a demandé la confirmation par le département que la décision du 20 janvier 2018 était bien nulle, et a sollicité une indemnité de procédure.
16. Par acte déposé le 12 juillet 2018 au greffe de la chambre administrative et enregistré sous numéro de cause A/2401/2018, Mme A_____ a interjeté recours contre la décision du département du 28 juin 2018, prenant des conclusions similaires à celles formées contre la décision du 18 janvier 2018.
17. Par écrit du 16 juillet 2018, le département a confirmé que sa décision du 18 janvier 2018 était nulle et que le recours était effectivement devenu sans objet.

La recourante devait supporter entièrement les frais et dépens, vu la violation de son obligation de fidélité et de loyauté.
18. Par écrit du 25 juillet 2018, Mme A_____ a contesté une telle violation.
19. Le 27 juillet 2018, la chambre administrative a informé les parties qu'une décision mettant fin à la procédure et se prononçant sur la question de l'indemnité de procédure serait prochainement rendue.
20. Par écriture du 10 août 2018 dans la présente cause, le département s'est adressé spontanément à la chambre administrative.

Dans le cadre de la préparation de ses observations concernant la cause A/2401/2018, il était apparu que son médecin-conseil ne s'était pas explicitement prononcé sur le bien-fondé de l'arrêt de travail de Mme A_____ du 25 novembre 2017 au 16 février 2018 pour une pathologie hépatobiliaire.

À sa demande du 22 juin 2018, son médecin-conseil lui avait, à une date non mentionnée, indiqué que l'origine médicale de l'arrêt de travail datant de juillet 2017 n'avait aucun lien avec une pathologie hépatobiliaire. Par avis médical du 28 juin 2018 faisant suite à un courriel de l'employeur du 26 juin

2018, ledit médecin-conseil lui avait fait part de ce qui suit : après discussion le même jour avec le médecin traitant de Mme A_____, le Dr B_____, ce dernier lui avait confirmé qu'actuellement sa patiente présentait depuis environ six mois des symptômes hépatobiliaires ; ce problème était en cours d'investigation et il n'y avait actuellement pas de diagnostic ; le Dr B_____ lui avait répondu par la négative à la question de savoir si cette pathologie était en rapport avec l'arrêt de travail de l'année 2017. Par avis médical du 9 août 2018 faisant suite à un entretien de la veille, le médecin-conseil, se référant à des entretiens téléphoniques avec le Dr B_____ les 28 juin et 25 juillet 2018, a confirmé que les arrêts de travail de Mme A_____ n'avaient jamais été occasionnés par une pathologie hépatobiliaire.

Partant, aucune période de protection de cent quatre-vingts jours n'avait commencé dès le 15 novembre 2017, de sorte que sa décision de résiliation du 20 (recte : 18) janvier 2018 n'était pas nulle puisqu'elle n'avait pas été notifiée en temps inopportun. En conséquence, cette décision déployait tous ses effets, la constatation de sa nullité le 28 juin 2018 étant sans effet.

Il était donc persisté dans ses conclusions et observations du 23 mars 2018.

21. Par écrit du 31 août 2018, Mme A_____ a contesté l'appréciation du médecin-conseil du département et a conclu à la constatation que son recours était devenu sans objet vu la nullité de la décision du 18 janvier 2018, ainsi qu'à un prononcé sur le sort des frais et dépens.
22. Par lettre du 11 septembre 2018, la chambre administrative a informé les parties que la cause était gardée à juger.
23. Il est précisé que, dans le cadre de la cause A/2401/2018, le département a sollicité le 21 août 2018 la suspension de ladite procédure jusqu'à droit connu dans la présente cause, ce à quoi Mme A_____ s'est opposée le 31 août 2018.
24. Pour le reste, les arguments des parties seront, en tant que de besoin, repris dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

1. a. Aux termes de l'art. 67 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), intitulé « effet dévolutif du recours », dès le dépôt du recours, le pouvoir de traiter l'affaire qui en est l'objet passe à l'autorité de recours (al. 1) ; toutefois, l'autorité de première instance peut, en cours de procédure, reconsidérer ou retirer sa décision ; en pareil cas, elle notifie, sans délai, sa nouvelle décision aux parties et en donne connaissance à l'autorité de

recours (al. 2) ; l'autorité de recours continue à traiter le recours dans la mesure où la nouvelle décision ne l'a pas rendu sans objet (al. 3).

b. La jurisprudence et la doctrine dominante utilisent le terme de révocation dans un sens large, qui comprend la modification de la décision aussi bien avant qu'après qu'elle est entrée en force. Il convient alors d'avoir à l'esprit que la révocation avant l'entrée en force de la décision n'exige en principe pas que des conditions particulières soient remplies (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 938).

c. Dans un arrêt relativement récent, il a été considéré, sous l'angle de l'art. 67 LPA, que, de par le retrait, par l'autorité intimée, de sa décision de licenciement, la recourante avait de facto été placée dans la même situation que celle dans laquelle elle se serait trouvée si elle avait obtenu le plein de ses conclusions principales, en constatation de la nullité du licenciement, formulées tant avant qu'après ledit retrait, de sorte que le recours était devenu sans objet et était, partant, irrecevable (ATA/1043/2016 du 13 décembre 2016).

d. Le contenu de l'art. 67 LPA se rapproche de celui de l'art. 58 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021), à teneur duquel l'autorité inférieure peut, jusqu'à l'envoi de sa réponse, procéder à un nouvel examen de la décision attaquée (al. 1) et notifie sans délai une nouvelle décision aux parties et en donne connaissance à l'autorité de recours (al. 2), celle-ci continuant à traiter le recours, dans la mesure où la nouvelle décision de l'autorité inférieure ne l'a pas rendu sans objet (al. 3 1^{ère} phr.).

À tout le moins une partie de la doctrine n'exclut pas qu'une décision révoquant une décision initiale dans le cadre de l'art. 58 PA fasse elle-même ultérieurement l'objet d'une décision la révoquant (Andrea PFLEIDERER, in Bernhard WALDMANN/Philippe WEISSENBERGER, Praxiskommentar Vewaltungsverfahrensgesetz, 2016, n. 37 ad art. 58 PA). Cela étant, une modification de la décision initiale en défaveur du recourant par l'autorité intimée lite pendente n'est en principe pas possible (Andrea PFLEIDERER, op. cit., n. 39 ad art. 58 PA). La nouvelle décision rendue dans le cadre de l'art. 58 PA remplace la décision attaquée (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6111/2010 du 11 septembre 2014 consid. 1.1.2 ; Andrea PFLEIDERER, op. cit., n. 44 ad art. 58 PA).

2. En l'espèce, par sa décision du 28 juin 2018, l'intimé a constaté que la décision de résiliation attaquée du 18 janvier 2018 avait été rendue en temps inopportun et a, à nouveau, résilié les rapports de service de la recourante, pour les mêmes motifs mais avec une nouvelle date de prise d'effet, à savoir le 30 septembre 2018 au lieu du 30 avril 2018.

La nouvelle décision du 28 juin 2018 ne précise pas expressément qu'elle annule ou révoque celle, initiale, du 18 janvier 2018. Cependant, la constatation de la nullité de cette dernière, confirmée par le département dans son courrier du 16 juillet 2018, ne saurait avoir des effets moins importants qu'une simple annulation. Ceci équivaut à un retrait de la décision initiale, au sens de l'art. 67 al. 2 LPA, cette dernière ayant en conséquence cessé d'avoir des effets juridiques.

Par la nouvelle décision du 28 juin 2018, l'intéressée a vu la prise d'effet de la résiliation de ses rapports de service reportée à une date ultérieure, ce qui implique que pour la période du 30 avril au 30 septembre 2018, elle a été rétablie en sa qualité de fonctionnaire. Du reste, à la fin de cette nouvelle décision, le département « rappelle que vous devez respecter votre obligation de fidélité et de loyauté envers votre employeur jusqu'à la fin de vos devoirs de service ».

Il s'ensuit que la décision du 28 juin 2018, au surplus déclarée exécutoire nonobstant recours, a remplacé et privé d'effets celle du 18 janvier 2018.

L'intimé n'a pas cherché à révoquer sa décision du 28 juin 2018, en invoquant par exemple un motif analogue à un motif de révision (Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 946). Au demeurant, une telle révocation n'aurait en tout état de cause pas été possible car au détriment de la justiciable.

C'est donc en vain que le département fait valoir que la nullité d'une décision ne se décide pas, mais se constate (Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 919), en d'autres termes, que la constatation d'une nullité inexistante serait sans effet sur la validité de ladite décision. Cette question n'a en effet plus de pertinence, puisque l'intimé a retiré sa décision initiale du 18 janvier 2018 et a rendu une nouvelle décision la remplaçant.

3. Vu ce qui précède et compte tenu du fait que le recours interjeté contre la nouvelle décision du 28 juin 2018 est traité dans le cadre d'une autre et nouvelle procédure (A/2401/2018), il y a lieu de constater que le recours formé contre la décision initiale du 18 janvier 2018 a perdu son objet.
4. En vertu de l'art. 87 LPA, la juridiction administrative qui rend la décision statue sur les frais de procédure et émoluments ; en règle générale, l'État, les communes et les institutions de droit public ne peuvent se voir imposer de frais de procédure si leurs décisions font l'objet d'un recours (al. 1) ; la juridiction administrative peut, sur requête, allouer à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause, une indemnité pour les frais indispensables causés par le recours (al. 2).
5. En l'occurrence, l'intimé a reçu le courriel du 18 janvier 2018 de la recourante le même jour que le prononcé de sa décision initiale et n'a pas allégué qu'il n'aurait pas reçu le certificat du 16 janvier 2018 d'arrêt de travail à 50 %

jusqu'au 16 février 2018 dans les jours qui ont suivi. Il aurait donc été en mesure d'en tirer toutes conséquences utiles, notamment en interpellant la fonctionnaire ou son conseil sur la portée dudit certificat, ce avant le prononcé de sa nouvelle décision du 28 juin 2018, par exemple peu de temps avant ou après l'acte de recours. À juste titre, il ne soutient pas que cette dernière décision aurait fait suite à une tromperie de la part de l'intéressée.

Au regard de ces circonstances particulières et sans qu'il importe de savoir si la résiliation prononcée le 18 janvier 2018 était nulle ou pas, il ne sera pas perçu d'émolument et une indemnité de procédure, légèrement réduite, sera allouée à la recourante à hauteur de CHF 800.-, à la charge de l'État de Genève.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

constate que le recours interjeté le 21 février 2018 par Mme A_____ contre la décision du département des finances et des ressources humaines du 18 janvier 2018 est devenu sans objet ;

raye la cause du rôle ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à Mme A_____ une indemnité de procédure de CHF 800.-, à la charge de l'État de Genève ;

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 Christian Dandrès, avocat de la recourante, ainsi
qu'au département des finances et des ressources humaines.

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

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :