

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3499/2013-FPUBL

ATA/97/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 18 février 2014

dans la cause

Madame X _____

représentée par Me Pierre Louis Manfrini, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE, DE LA CULTURE ET DU
SPORT**

EN FAIT

1) Par arrêté du 27 avril 2005, se référant notamment à 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), le Conseil d'Etat a, avec effet au _____ 2005, nommé Madame X_____ directrice d'établissement secondaire, en l'occurrence de l'école de commerce Z_____, promotion lui conférant la qualité de cadre supérieur de l'administration cantonale, avec traitement en classe 26, position 07.

2) Mme X_____ allègue avoir été auditionnée, en date du 18 avril 2013 et dans le cadre d'un « examen préalable informel », par le groupe de confiance, lequel a rendu le 4 juillet 2013 un rapport, transmis à la secrétaire générale du département de l'instruction publique, de la culture et du sport (ci-après : le département ou le DIP), mais non à elle-même.

Après quelques échanges de courriels, Monsieur A_____, _____ auprès de la direction générale de l'enseignement secondaire II post-obligatoire (ci-après : DGPO), a, par courriel du 18 septembre 2013, reproché à Mme X_____ de graves dysfonctionnements à l'égard du personnel de son établissement et envisagé différentes conséquences professionnelles pour celle-ci.

3) Par lettre recommandée du 30 septembre 2013, reçue le 2 octobre suivant et se référant à des entretiens des 17 et 24 septembre 2013 ainsi qu'à « la situation de crise grave qui [régnait] au sein de [l'établissement] », il a informé Mme X_____ de ce qu'elle était libérée de son obligation de travailler jusqu'à nouvel ordre dès réception du courrier, mais qu'elle continuerait à recevoir son traitement. Il lui a demandé de ne plus avoir de contact avec le personnel de l'école (enseignants ainsi que personnel administratif et technique), de lui remettre les clés et d'organiser avec lui la manière dont elle pourrait récupérer ses affaires personnelles en toute discrétion. Enfin, il l'a informée qu'elle serait sous peu convoquée pour un entretien de service, dans le respect de son droit d'être entendu.

4) Par courrier du 30 septembre 2013 également, répondant à une lettre du même jour du conseil nouvellement constitué de Mme X_____, le _____ de la DGPO a informé celle-ci que la libération de l'obligation de travailler constituait une mesure de gestion au sens de la jurisprudence de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) et du Tribunal fédéral et qu'une convocation à un entretien de service lui serait adressée prochainement.

5) Par acte déposé le 1^{er} novembre 2013 au greffe de la chambre administrative, cause A/3499/2013, Mme X_____ a formé recours contre la

décision de la libérer de son obligation de travailler prise le 30 septembre 2013, concluant principalement à la constatation de sa nullité, subsidiairement à son annulation.

Cette mesure l'avait atteinte dans sa réputation et stigmatisée à l'égard du personnel administratif et technique de l'école, ce qui portait atteinte à sa personnalité. Ce procédé d'éloignement était intervenu alors qu'aucune enquête administrative n'avait été ouverte par le Conseil d'Etat et sans qu'elle ait pu prendre connaissance des plaintes écrites à son encontre ou encore de l'identité des plaignants. Vu le grave préjudice qui lui était ainsi causé, elle avait un intérêt digne de protection à saisir la juridiction administrative, de sorte que son recours était recevable.

Sur le fond, la suspension d'un fonctionnaire de l'instruction publique relevant de la compétence exclusive du Conseil d'Etat en vertu des art. 130 de la loi sur l'instruction publique du 6 novembre 1940 (LIP - C 1 10) et 58 du règlement fixant le statut des membres du corps enseignant primaire, secondaire et tertiaire ne relevant pas des hautes écoles du 12 juin 2002 (RStCE - B 5 10.04), M. A_____ était radicalement incompétent pour prononcer la mesure adoptée le 30 septembre 2013. En outre, la décision contenue dans la lettre du 30 septembre 2013 n'était pas motivée en fait et en droit et n'indiquait pas les voies et délais de recours, en violation de l'art. 46 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

Son droit d'être entendu avait été violé (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101 ; 40 al. 2 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 - Cst.-GE - A 2 00), étant donné qu'elle n'avait pas pu faire valoir ses moyens (art. 41 LPA), participer à l'administration des preuves (art. 42 LPA) et consulter le dossier (art. 44 LPA), en particulier dans le cadre de la procédure diligentée par le groupe de confiance. Cette manière d'agir violait le règlement relatif à la protection de la personnalité à l'Etat de Genève du 18 juin 2008 (aRPPers - B 5 05.10), en vigueur jusqu'au 31 mars 2013, en particulier ses art. 13, 20 al. 1 et 2 ainsi que 22 al. 1.

Enfin, la décision de suspension avait été prise sans entretien de service préalable et avant même qu'une enquête administrative ne soit ordonnée (art. 130A al. 2 et 130B al. 1 LIP), l'enquête informelle menée par le groupe de confiance s'étant substituée à une enquête administrative en bonne et due forme.

- 6) Dans la réponse de son secrétariat général du 12 décembre 2013, le département a conclu à l'irrecevabilité du recours, vu l'absence de décision formelle et de préjudice irréparable au sens de l'art. 57 let. c LPA, subsidiairement au rejet du recours.

Il a entre autres produit des témoignages écrits de collaborateurs de l'école Z_____ se plaignant du comportement de Mme X_____, ainsi que des lettres des 10 décembre 2012 et 23 septembre 2013 de doyens faisant part au _____ de la DGPO de problèmes rencontrés avec Mme X_____ et de leurs inquiétudes, des certificats médicaux d'arrêt de travail de collaborateurs établis entre la fin du mois d'août et le mois de septembre 2013, enfin des avis du service de santé du personnel de l'Etat (ci-après : SSPE) autorisant la reprise du travail au 28 octobre 2013 d'une secrétaire en arrêt-maladie à 100 % depuis le 2 septembre 2013.

- 7) Le 20 décembre 2013, la chambre administrative a imparti à la recourante un délai au 31 janvier 2014 pour lui faire parvenir ses éventuelles réquisition et observations complémentaires.
- 8) Dans ses observations complémentaires du 30 janvier 2014, accompagnées de nouvelles pièces, Mme X_____ a maintenu ses conclusions, en reprenant pour l'essentiel les griefs de son recours, après quoi la cause a été gardée à juger.
- 9) Par courrier du 5 février 2014, le département a fait part à la chambre de céans de ce qu'à sa connaissance, les observations et pièces de la recourante du 30 janvier 2014 constituaient des écritures spontanées et de ce que, dans l'hypothèse où elles seraient acceptées, il sollicitait un droit de dupliquer.

Le juge délégué lui a répondu, par lettre du 10 février 2014, que ces écritures et pièces n'avaient pas été déposées de manière spontanée, mais dans l'exercice du droit de réplique de la recourante expressément prévu par la chambre de céans dans sa lettre du 20 décembre 2013. Le courrier du département du 5 février 2014 n'indiquait pas les motifs qui le poussaient à demander de pouvoir dupliquer, étant en outre rappelé que, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit à la réplique était réservé aux justiciables, non à l'Etat. Dans ces conditions, il n'y avait pas lieu à autoriser le département à dupliquer.

- 10) Les arguments des parties seront repris en tant que de besoin dans la partie en droit.

EN DROIT

- 1) Le recours est recevable relativement à la compétence de la chambre administrative (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).
- 2) L'intimé considère que la libération de l'obligation de travailler décidée le 30 septembre 2013 par le _____ de la DGPO n'est pas une décision, pas même une décision de suspension provisoire au sens des art. 130 LIP et 28 LPAC. Il s'agit selon lui d'une mesure de gestion, interne à l'administration et non sujette à

recours, tandis que pour la recourante, il s'agit d'une décision attaquable au sens des art. 4 et 57 LPA.

Plus précisément, d'après l'intimé, contrairement à ce que soutient la recourante, il ne s'agit pas d'une décision de suspension au sens de l'art. 130 LIP dans la mesure où, en raison de son statut de directrice d'établissement, la recourante est clairement soumise à la LPAC, de sorte que la LIP ne pourrait en aucun cas, même par analogie, s'appliquer à sa situation. Toujours de l'avis de l'intimé, il ne s'agit pas non plus d'une application de l'art. 28 LPAC concernant la suspension provisoire et donc pas d'une décision, car il n'y a ni enquête administrative, ni information pénale, ni procédure disciplinaire.

L'intimé allègue, pièces à l'appui, que la libération de l'obligation de travailler a été prise afin de préserver rapidement non seulement les intérêts de l'administration devant l'ampleur des plaintes des collaborateurs et le nombre d'absences grandissant, mais également la recourante elle-même, compte tenu de la situation de tension au sein de l'établissement évoquée par les collaborateurs et les associations professionnelles. Dans ce contexte extrêmement tendu où un travail serein n'était plus envisageable, la DGPO a dû gérer la gestion de l'école, libérant ainsi la recourante de son obligation de travailler. Le SSPE a ainsi permis, à la suite de cette mesure de gestion, que certains collaborateurs reprennent leurs activités au sein de l'établissement.

- 3) En vertu de l'art. 4 LPA – correspondant pour l'essentiel à l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021) (T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 786) –, sont considérées comme des décisions au sens de l'art. 1 LPA, les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal, communal et ayant pour objet : a) de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations ; b) de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits ; c) de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (al. 1) ; sont également considérées comme décisions les décisions incidentes, les décisions sur réclamation ou recours, les décisions prises en matière de révision et d'interprétation (al. 2).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, deux critères permettent généralement de déterminer si on a affaire à une décision ou à un acte interne. D'une part, l'acte interne n'a pas pour objet de régler la situation juridique d'un sujet de droit en tant que tel et, d'autre part, le destinataire en est l'administration elle-même, dans l'exercice de ses tâches. Ainsi, un acte qui affecte les droits et obligations d'un fonctionnaire en tant que sujet de droit, par exemple la fixation de son salaire, d'indemnités diverses ou encore de sanctions disciplinaires, est une décision. En revanche, un acte qui a pour objet l'exécution même des tâches qui lui incombent en déterminant les devoirs attachés au service, telles que la

définition du cahier des charges ou des instructions relatives à la manière de trancher une affaire, est un acte interne juridique (ATF 136 I 323 consid. 4.4).

Contrairement à ce que soutient l'intimé, le Tribunal fédéral ne considère pas que la libération de l'obligation de travailler est une mesure de gestion ou de nature purement organisationnelle ou de service, mais simplement qu'elle est de nature non pécuniaire comme les mesures de nature purement organisationnelle ou de service (Arrêt du Tribunal fédéral 8C_166/2011 du 13 juillet 2011 consid. 2.3.1.1).

- 4) Aux termes de l'art. 130B LIP (suspension provisoire pour enquête) – repris par l'art. 58 RStCE pour les seuls membres du personnel enseignant –, dans l'attente du résultat d'une enquête administrative ou d'une information pénale, le Conseil d'Etat peut, de son propre chef ou à la demande de l'intéressé, suspendre provisoirement le membre du personnel auquel une faute, de nature à compromettre la confiance ou l'autorité qu'implique l'exercice de sa fonction, est reprochée (al. 1) ; cette décision est notifiée par lettre motivée (al. 2).

En vertu de l'art. 28 LPAC (suspension provisoire pour enquête), dans l'attente du résultat d'une enquête administrative ou d'une information pénale, le Conseil d'Etat, la commission de gestion du pouvoir judiciaire ou le conseil d'administration peut, de son propre chef ou à la demande de l'intéressé, suspendre provisoirement un membre du personnel auquel il est reproché une faute de nature à compromettre la confiance ou l'autorité qu'implique l'exercice de sa fonction ; au sein de l'établissement, le président du conseil d'administration peut procéder, à titre provisionnel et sans délai, à la suspension de l'intéressé (al. 1) ; cette décision est notifiée par lettre motivée (al. 2).

A teneur de l'art. 129A al. 5 LIP (résiliation des rapports de service pour motif fondé), lorsque l'intérêt des élèves l'exige, la conseillère ou le conseiller d'Etat chargé du département, agissant d'entente avec l'office du personnel de l'Etat (ci-après : OPE), peut prendre des mesures provisoires et en particulier éloigner le membre du corps enseignant de son lieu de travail ; ces mesures ne peuvent entraîner une diminution de traitement de l'intéressé.

- 5) Dans le cas présent, quelle que soit la loi applicable – LIP ou LPAC – à la recourante au regard notamment de sa fonction de directrice, question qui peut souffrir de demeurer indécise, on ne voit pas ce qui différencierait, relativement aux effets sur ses droits et obligations, la libération – imposée – de l'obligation de travailler de la suspension provisoire. La libération, comme la suspension provisoire, est susceptible d'affecter la situation juridique du fonctionnaire en tant que titulaire de droits et d'obligations à l'égard de l'Etat (*cf.* ATF 136 I 323 consid. 4.5), à l'instar d'une privation de toute direction d'un dicastère prise à l'encontre d'un élu communal par ses collègues (Arrêt du Tribunal cantonal

neuchâtelois CDP.2013.269 du 25 novembre 2013, publié notamment sur le site internet « jurisprudence.ne.ch/scripts/omnisapi.dll?OmnisPlatform »).

En l'occurrence, la mesure litigieuse touche non seulement l'obligation de travailler de la recourante, mais aussi sa présence dans son bureau et ses relations avec le personnel de l'établissement scolaire, de sorte que cette mesure doit être considérée comme une décision, au même titre que la suspension provisoire visée par les art. 130B LIP et 28 LPAC.

- 6) Selon la jurisprudence constante rendue par la chambre de céans, une décision de suspension provisoire d'un fonctionnaire est une décision incidente contre laquelle un recours est ouvert dans les dix jours (art. 62 al. 1 let. b LPA ; ATA/735/2013 du 5 novembre 2013 consid. 1 ; ATA/839/2012 du 18 décembre 2012 ; ATA/415/2012 du 3 juillet 2012 ; ATA/458/2011 du 26 juillet 2011).

En l'espèce, le recours a été interjeté le 1^{er} novembre 2013, soit trente jours dès le lendemain de la notification de la décision querellée (art. 62 al. 3 LPA), et serait donc tardif.

Toutefois, cette décision n'indique pas les voies et délais de recours, en violation de l'art. 46 al. 1 *in initio* LPA. Conformément à l'art. 47 LPA, cette notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour la recourante. Celle-ci ayant agi dans un délai convenable, correspondant au délai de recours contre les décisions finales (art. 57 let. a LPA), son recours est recevable quant à la forme.

- 7) Cela étant, il est des cas où les vices affectant une décision sont si graves et si évidents qu'ils empêchent celle-ci d'avoir une existence - et donc des effets quelconques. La décision nulle est censée n'avoir jamais existé. L'écoulement des délais de recours non utilisés n'a aucun effet guérisseur. Une décision nulle n'a que l'apparence de la décision. La nullité renverse ainsi la présomption de validité des décisions formellement en force. Elle n'est reconnue que si le vice dont la décision est entachée est particulièrement grave, s'il est manifeste ou du moins facilement décelable, et si en outre, la constatation de la nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit. Ces conditions sont cumulatives et elles ont pour conséquence que la nullité n'est que très rarement admise. Par ailleurs, des vices de fond n'entraînent que très exceptionnellement la nullité d'une décision alors que de graves vices de procédure, ainsi que l'incompétence qualifiée, fonctionnelle ou matérielle, de l'autorité qui a rendu la décision sont des motifs de nullité (ATF 132 II 21 consid. 3.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_270/2011 du 29 août 2011 consid. 5.1 ; ATA/107/2013 du 19 février 2013 consid. 7 ; ATA/773/2011 du 20 décembre 2011 consid. 2 et les références citées ; T. TANQUEREL, *op. cit.*, n. 908 ss). Enfin, la nullité d'une décision peut être constatée en tout temps et d'office par n'importe quelle autorité, y compris en instance de recours (ATF 136 II 415 consid. 1.2 ; 132 II 342 consid. 2.1).

- 8) Selon l'intimé, la mesure litigieuse ne constituant pas une suspension provisoire au sens des art. 130 (*recte* : 130B) LIP et 58 RStCE, le Conseil d'Etat n'était pas compétent pour la prendre. S'agissant d'une mesure de gestion, seul le _____ de la DGPO, supérieur hiérarchique, était compétent.
- 9) Il découle des art. 130B LIP et 28 LPAC que la suspension provisoire ne peut être prononcée, concernant les fonctionnaires du DIP, que par le Conseil d'Etat. On ne voit pas pour quels motifs pertinents le Conseil d'Etat serait seul compétent lorsqu'il s'agit d'attendre le résultat d'une enquête administrative ou d'une information pénale et non dans les autres cas de libération de l'obligation de travailler.

En l'espèce, le Conseil d'Etat n'a pas pris la décision du 30 septembre 2013 de libérer la recourante de son obligation de travailler, ni même ratifié ultérieurement et d'une quelconque manière cette décision. C'est le seul _____ de la DGPO qui a libéré la recourante de l'obligation de travailler, alors que la compétence pour le faire appartenait uniquement au Conseil d'Etat.

L'intimé n'a pas fait valoir une urgence particulière de libérer immédiatement, le 30 septembre 2013, la recourante de son obligation de travail, sans attendre ou même requérir une décision du Conseil d'Etat, si tant est que l'urgence puisse justifier une telle dérogation aux règles de compétence applicables, question qui peut souffrir de demeurer indécise. Les intérêts en jeu et les tensions invoqués par l'intimé et nécessitant selon lui une mesure prise rapidement ne constituent pas, au vu du dossier, une urgence qui aurait empêché le _____ de la DGPO de saisir préalablement le Conseil d'Etat. Au demeurant, même si une telle urgence avait existé, elle n'aurait pas déchargé le _____ de son obligation de requérir sans délai l'approbation du Conseil d'Etat, ce qu'il n'a pas fait.

Même dans l'hypothèse où l'art. 129A al. 5 LIP était applicable – ce qui peut demeurer indécis –, le _____ de la DGPO n'était pas compétent pour prendre la mesure litigieuse. On ne voit en particulier pas pour quels motifs pertinents l'éloignement d'un membre du corps enseignant de son lieu de travail relèverait de la compétence de la conseillère ou du conseiller d'Etat chargé du département, agissant d'entente avec l'OPE, alors que l'éloignement d'une directrice ou d'un directeur d'établissement serait de la compétence de son seul supérieur hiérarchique direct. Dans cette hypothèse également, le raisonnement développé ci-dessus relativement à l'urgence s'applique, par analogie.

- 10) En conséquence, la décision querellée, ayant été prise par une autorité incompétente, est nulle, ce que la chambre de céans devra constater.

- 11) En cas de constat de nullité, le recours n'a pas ou plus d'objet, ce qui conduit en principe à son irrecevabilité (ATF 136 II 415 précité consid. 1.2 ; ATA/412/2013 du 2 juillet 2013).

Le recours sera dès lors déclaré irrecevable.

- 12) Vu l'issue du litige, aucun émoulement ne sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Vu la nullité de la décision attaquée, une indemnité de procédure lui sera allouée à concurrence de CHF 1'000.-, à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

constate la nullité de la décision prise le 30 septembre 2013 par Monsieur A_____, _____ auprès de la direction générale de l'enseignement secondaire II post-obligatoire, de libérer Madame X_____ de son obligation de travailler ;

déclare irrecevable le recours interjeté le 1^{er} novembre 2013 par Madame X_____ contre cette décision ;

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

alloue à Madame X_____ une indemnité de CHF 1'000.-, à la charge de l'Etat 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 ; 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 Pierre Louis Manfrini, avocat de la recourante, ainsi qu'au département de l'instruction publique, de la culture et du sport.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, MM. Dumartheray, Verniory et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :