

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2278/2012-FPUBL

ATA/117/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 25 février 2014

dans la cause

Madame X_____

représentée par Me Christian Bruchez, avocat

contre

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

EN FAIT

- 1) Madame X_____, née le _____ 1955, a été nommée, dès le 1^{er} septembre 1993, à la fonction de maîtresse dans l'enseignement secondaire, par arrêté du Conseil d'Etat du 19 mai 1993.
- 2) Après un arrêt complet de travail pour raison de santé entre août et décembre 2010, l'intéressée a repris le travail à 50 % en 2011. Elle a été examinée, sur demande de sa hiérarchie, par le service de santé du personnel de l'Etat (ci-après : SSPE). Ce dernier a émis des préavis médicaux en date des 3 août, 4 octobre et 6 décembre 2010.
- 3) Le 16 mai 2011, le Docteur Danilo Janjic, médecin associé en santé-travail au SSPE, a établi un nouveau préavis médical concernant Mme X_____. L'évolution de son état de santé était lentement favorable, ce qui laissait présager une reprise à son plein taux d'activité pour la rentrée à fin août 2011. Il invitait la hiérarchie de l'intéressée à prendre rapidement contact avec le SSPE en cas de prolongation de l'absence de l'enseignante ou en cas de nouvelles difficultés professionnelles avec celle-ci.
- 4) Le 14 juillet 2011, le directeur du Collège et école de commerce A_____, (ci-après : A_____), Monsieur R_____, a établi la fiche d'engagement annuel de Mme X_____ pour l'année scolaire 2011-2012. Elle bénéficiait du statut de fonctionnaire nommée. Son taux d'activité était de 80 % correspondant à 16-19 leçons par semaine et ses périodes de cours effectives étaient de 17.80 par semaine. Elle avait la charge de l'enseignement du français pour quatre classes et celle des travaux dirigés pour une cinquième classe au A_____.
- 5) Par courrier électronique du 15 août 2011 et courrier du 17 août 2011, rédigé par son conseil, Mme X_____ a exprimé à M. R_____ son étonnement quant aux types de classes qui lui avaient été attribuées pour l'année scolaire 2011-2012 en raison de ses problèmes de santé dus à une surcharge de travail.

Dans son second courrier, elle a suggéré un changement de l'attribution des classes afin de préserver sa santé et sa personnalité.
- 6) Le 5 septembre 2011, le Docteur Alessandro Lubrano di Scampamorte, spécialiste FMH en médecine interne, a rédigé un certificat médical, selon lequel Mme X_____ était en incapacité totale de travail pour raison de maladie dès le 31 août 2011 pour le mois de septembre 2011.
- 7) Le 13 septembre 2011, M. R_____ a indiqué au conseil de l'intéressée que celle-ci avait obtenu satisfaction sur les vœux qu'elle avait émis concernant son taux d'activité, à savoir 80 %, et ses horaires, à savoir deux demi-journées libres

d'enseignement, plus particulièrement les lundi et mardi matin, destinées à ses activités associatives. Il n'avait pas été possible de tenir compte de ses préférences pédagogiques. Les vœux relatifs au taux d'activité étaient jugés prioritaires sur les vœux d'enseignement.

L'état de santé de Mme X_____ était pris très au sérieux par son employeur, qui en assurait un suivi attentif sous la responsabilité du SSPE depuis mai 2010. La situation de la santé de l'intéressée devait être réévaluée pour la rentrée scolaire 2011-2012 par le SSPE. La relation entre son état de santé et l'exercice de la profession d'enseignante serait examinée dans ce cadre.

- 8) En date des 9 octobre, 11 novembre et 9 décembre 2011, le Dr Lubrano di Scampamorte a établi des certificats médicaux, selon lesquels Mme X_____ était en incapacité totale de travailler pour motif de maladie, dès le 31 août 2011, pour respectivement les mois d'octobre 2011, de novembre 2011 et de décembre 2011.
- 9) Le 11 octobre 2011, le Dr Janjic a reçu en consultation Mme X_____.
- 10) Le 12 décembre 2011, la fiche d'engagement annuel de Mme X_____ pour l'année scolaire 2011-2012 a été modifiée en ce sens que l'intéressée n'avait plus à charge la classe des travaux dirigés et que ses périodes effectives de cours hebdomadaires diminuaient légèrement à 17.40.
- 11) Le 19 janvier 2012, le Dr Lubrano di Scampamorte a établi, en faveur de Mme X_____, un certificat médical attestant d'une incapacité totale de travail pour motif de maladie du 1^{er} au 31 janvier 2012.
- 12) Le 23 janvier 2012, le Docteur Charles Selleger, médecin-conseil du SSPE, a examiné Mme X_____.
- 13) Le 25 janvier 2012, le Dr Lubrano di Scampamorte a établi un certificat médical, selon lequel Mme X_____ était dans l'incapacité totale de travailler pour raison de maladie depuis le 31 août 2011 pour le mois de février 2012.
- 14) Le 30 janvier 2012, le Dr Janjic a rédigé un préavis médical concernant Mme X_____. Selon l'évaluation du Dr Selleger, l'arrêt de travail de l'intéressée n'était « pas justifié du point de vue médical depuis le mois de septembre 2011 ». Ce cas devait donc être traité « essentiellement du point de vue administratif et juridique ».
- 15) Par courriers recommandé et électronique du 31 janvier 2012, M. R_____ a transmis à Mme X_____ une copie du préavis médical du SSPE du 30 janvier 2012.

Il a attiré son attention sur le fait que son arrêt de travail n'était pas considéré comme justifié du point de vue médical depuis septembre 2011. Il lui a

demandé de reprendre sa place de travail dès le lundi 6 février 2012, à défaut de quoi le paiement de son salaire pourrait être interrompu dès ce moment. Il l'a également informée du fait que le service du personnel enseignant de la direction générale ne pourrait plus accepter de certificat médical dès cette même date.

16) Le 6 février 2012, l'intéressée ne s'est pas présentée à son poste de travail. Son salaire a été suspendu dès le lendemain.

17) Par fax du 7 février 2012 adressé à M. R_____, Mme X_____, par l'intermédiaire de son conseil, a contesté le contenu du préavis médical du 30 janvier 2012 ainsi que les mesures annoncées dans le courrier du 31 janvier 2012. Son médecin-traitant maintenait qu'elle n'était pas en mesure de réintégrer, en l'état, son poste de travail. Un rapport médical détaillé lui serait rapidement remis.

18) Par courrier recommandé du 27 février 2012, M. R_____ a maintenu sa position. Il a également annoncé à Mme X_____ qu'elle serait convoquée à un entretien de service.

19) Le 8 mars 2012, le Dr Lubrano di Scampamorte a établi un certificat médical, selon lequel Mme X_____ était dans l'incapacité totale de travailler pour motif de maladie depuis le 31 août 2011 pour le mois de mars 2012.

Ce même médecin a, à nouveau, attesté de l'incapacité totale de travailler pour raison de maladie de Mme X_____ depuis le 31 août 2011, pour les mois d'avril et de mai 2012, par certificats médicaux établis respectivement les 2 avril et 4 mai 2012.

20) Le 19 mars 2012, M. R_____ a convoqué Mme X_____ à un entretien de service fixé au lundi 23 avril 2012. Il lui expliquait les raisons de celui-ci, les personnes qui y seraient présentes, la possibilité pour elle d'y être accompagnée par une personne de son choix ainsi que les éventuelles conséquences juridiques.

21) Le même jour, M. R_____ a informé Mme X_____ qu'il demandait au service des paies de procéder auprès d'elle à la reprise des salaires qui lui avaient été versés entre septembre et décembre 2011, en raison du préavis médical du 30 janvier 2012. En effet, son absence entre septembre et décembre 2011 n'avait pas été provoquée par une affection médicale et était dès lors injustifiée.

22) L'entretien de service s'est déroulé le 23 avril 2012. L'intéressée était accompagnée d'une amie. Sa hiérarchie l'a informée qu'elle envisageait une sanction disciplinaire à son encontre et qu'elle devrait, à partir de mai 2012, remettre ses certificats médicaux dès son premier jour d'absence.

23) Divers échanges de courriers sont intervenus entre le 2 avril et le 30 avril 2012 entre l'intéressée et sa hiérarchie.

- 24) Par acte posté le 27 avril 2012, Mme X_____, par l'intermédiaire de son conseil, a déposé auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) une « demande de mesures provisionnelles et superprovisionnelles » tendant à condamner l'Etat de Genève à lui verser immédiatement le salaire respectivement les indemnités pour incapacité de travail auxquels elle avait droit dès le 1^{er} mars 2012, avec intérêts à 5 % l'an dès cette date.
- 25) Le 30 avril 2012, le TAPI a transmis, pour raison de compétence, à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) la demande du 27 avril 2012 de l'intéressée.
- 26) Le 4 mai 2012, le Dr Janjic a établi un préavis médical. Mme X_____ avait, à nouveau, été reçue par le Dr Selleger, médecin-conseil du SSPE, ainsi que par un médecin spécialiste consultant. Son arrêt de travail ne répondait pas à des critères médicaux.
- Le Dr Selleger maintenait les conclusions de son évaluation du 23 janvier 2012, qui restaient fondées et valables. Selon les conclusions du médecin spécialiste, Mme X_____ souffrait d'une affection médicale, non-symptomatique, qui était bien équilibrée grâce à un traitement adéquat. Elle ne présentait donc pas d'incapacité de travail en lien avec cette affection.
- 27) Par courrier recommandé du 4 mai 2012, l'adjoint au directeur du service des ressources humaines du personnel enseignant de la direction générale de l'enseignement secondaire II postobligatoire, Monsieur M_____, a transmis à Mme X_____ copie du préavis médical du même jour. Il lui a donné l'ordre de se rendre sur son lieu de travail dès le lundi 7 mai 2012.
- 28) Le 7 mai 2012, l'enseignante ne s'est pas présentée à son poste de travail.
- 29) Le 14 mai 2012, M. M_____ a informé l'intéressée de la suppression de son salaire dès avril 2012, en raison du préavis médical du 4 mai 2012 du SSPE et de la non-reprise de son travail malgré l'injonction signifiée le 4 mai 2012. Il confirmait également qu'elle avait touché à tort ses salaires depuis septembre 2011 et qu'ils lui seraient réclamés.
- 30) Le même jour, l'intéressée a transmis à M. M_____ ses observations au sujet du procès-verbal de l'entretien de service du 23 avril 2012.
- 31) Le 21 mai 2012, M. R_____ a convoqué Mme X_____ à un entretien de service fixé au 18 juin 2012. Il lui expliquait les raisons de celui-ci, les personnes qui y seraient présentes, la possibilité pour elle d'y être accompagnée par une personne de son choix ainsi que les éventuelles conséquences juridiques.
- 32) Le 18 juin 2012 s'est déroulé l'entretien de service. Mme X_____ était accompagnée de son conseil. Elle était informée que cette situation pouvait

conduire à la résiliation des rapports de service pour motif fondé. Dans cette hypothèse, des mesures préalables seraient entreprises.

- 33) Par arrêt du 26 juin 2012 (ATA/402/2012), la chambre administrative a déclaré irrecevable la demande de l'intéressée du 27 avril 2012, sans instruction préalable. Depuis le changement législatif de 2009, les prétentions pécuniaires fondées sur des rapports de service ne pouvaient plus être portées directement devant la juridiction de céans. Elles devaient d'abord faire l'objet d'une décision de l'autorité concernée, sujette à recours. La demande de mesures provisionnelles et superprovisionnelles était dès lors sans objet.
- 34) Par décision du 18 juillet 2012, déclarée exécutoire nonobstant recours, le conseiller d'Etat en charge du département de l'instruction publique, de la culture et du sport (ci-après : le département), a confirmé la suppression du traitement de Mme X_____ dès le 7 février 2012, au motif qu'elle ne s'était pas présentée à son poste de travail malgré les deux préavis du SSPE, selon lesquels l'arrêt de travail de l'intéressée ne répondait pas à des critères médicaux.

Il a également réclamé à Mme X_____ la restitution du traitement versé indûment entre le 1^{er} septembre 2011 et le 6 février 2012, correspondant à un montant net de CHF 41'745.75, à titre d'enrichissement illégitime au sens des art. 62 ss de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations (CO - RS 220)). Cette somme comprenait la part du treizième salaire payée en juin 2012. Elle tenait compte de la restitution des charges sociales et des cotisations CIA pour la même période ainsi que des montants concernant l'impôt à la source prélevés en 2012.

S'agissant de l'impôt à la source pour l'année 2011, l'intéressée était invitée à déposer une réclamation auprès de l'administration fiscale cantonale, l'employeur ne pouvant rectifier une imposition à la source pour les années antérieures.

La décision indiquait qu'elle était sujette à recours auprès de la chambre administrative dans un délai de trente jours suivant sa réception.

- 35) Le 24 juillet 2012, Mme X_____ a recouru contre la décision du 18 juillet 2012 auprès de la chambre administrative en concluant principalement à sa modification sur deux points. D'une part, l'Etat de Genève devait être condamné à payer immédiatement à la recourante son traitement, respectivement les indemnités pour incapacité de travail dès le 7 février 2012, en sus des intérêts à 5% l'an dès cette date. D'autre part, les paiements effectués jusqu'au 6 février 2012 devaient être pleinement acquis à l'intéressée. Subsidiairement, la recourante concluait à l'annulation de la décision et au renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision, après expertise pluridisciplinaire déterminant le degré d'incapacité de travail de l'intéressée.

A titre de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, la recourante concluait à ce que l'Etat de Genève soit condamné à lui verser, immédiatement et provisoirement jusqu'à l'issue du litige, son salaire respectivement les indemnités pour incapacité de travail dès le 7 février 2012, en sus des intérêts à 5% l'an dès cette date.

La recourante se réservait le droit de compléter son recours, après la production complète du dossier administratif et médical par la direction générale de l'enseignement postobligatoire et du SSPE. Elle sollicitait aussi la mise en œuvre d'une expertise pluridisciplinaire à très brève échéance.

- 36) Le 9 août 2012, le département a conclu au rejet des mesures provisionnelles et superprovisionnelles ainsi qu'à celui de la restitution de l'effet suspensif.
- 37) Le 20 août 2012, M. R_____ a informé Mme X_____ de l'ouverture d'une procédure de reclassement. Les éléments constitutifs d'un motif fondé de résiliation des rapports de service étaient réalisés.
- 38) Le 27 août 2012, le juge délégué de la chambre administrative a entendu les parties.
- 39) Par lettre du 18 septembre 2012, le Dr Lubrano di Scampamorte a attesté de la pleine capacité de travail de la recourante dès le 1^{er} juillet 2012.
- 40) Le 21 septembre 2012, le juge délégué a entendu les parties et procédé à l'audition du Dr Janjic, médecin-conseil au SSPE.
- 41) Divers échanges ont eu lieu entre la recourante et sa hiérarchie entre fin septembre 2012 et janvier 2013.
- 42) Le 29 novembre 2012, le juge délégué a entendu les parties et procédé à l'audition du Docteur Michel Fournier, médecin traitant de la recourante, spécialiste FMH en psychiatrie. Ce dernier a confirmé avoir établi, le 10 octobre 2012, un certificat médical attestant de l'incapacité totale de travailler de Mme X_____ et ce pour une durée indéterminée.
- 43) Par décision du 19 mars 2013 (ATA/187/2013), le vice-président de la chambre administrative a rejeté la requête de restitution de l'effet suspensif et de mesures provisionnelles du 24 juillet 2012 de la recourante.
- 44) Le 28 mars 2013, le Dr Janjic a établi un nouveau préavis médical concernant la recourante. Celle-ci avait été reçue par le Docteur Alain Souche, psychiatre consultant du SSPE. L'intéressée souffrait d'une affection médicale chronique, qui était en rémission. La prolongation de son absence n'était pas justifiée. Il existait une capacité théorique de travail de 100 %. Il n'y avait pas de

changement significatif par rapport à la situation médicale d'avril 2012, qui avait fait l'objet du préavis médical du 4 mai 2012.

- 45) Par courrier recommandé du 24 avril 2013, M. M_____ a transmis à la recourante une copie du préavis médical du 28 mars 2013. Son incapacité de travail attestée par des certificats médicaux depuis le 11 octobre 2012 n'était pas justifiée du point de vue médical. Le versement de son salaire serait interrompu dès le 1^{er} mai 2013. Par gain de paix, il renonçait à lui réclamer les sommes indûment versées depuis le 11 octobre 2012.
- 46) Le 25 avril 2013, le juge délégué a entendu les parties et procédé à l'audition du Dr Selleger, médecin-conseil au SSPE.
- 47) Le 1^{er} mai 2013, le Dr Fournier a constaté la pleine capacité de travail de la recourante dès ce même jour. Dès cette date, des échanges ont eu lieu entre la recourante et sa hiérarchie au sujet de l'exercice de son activité.
- 48) Le 27 mai 2013, le département a déposé ses observations après enquêtes. Il a conclu préalablement à l'audition du Dr Souche et, sur le fond, au rejet de la demande du 24 juillet 2012 de la recourante.
- 49) Le 20 juin 2013, la recourante a maintenu sa position.
- 50) Le 4 juillet 2013, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) En vertu de l'art. 11 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), l'autorité examine d'office sa compétence. La compétence des autorités est déterminée par la loi et ne peut être créée par accord entre les parties (art. 11 al. 1 LPA).

Si elle décline sa compétence, elle transmet d'office l'affaire à l'autorité compétente et en avise les parties (art. 11 al. 3 LPA). Le recours adressé à une autorité incompétente est transmis d'office à la juridiction administrative compétente et le recourant en est averti. L'acte est réputé déposé à la date à laquelle il a été adressé à la première autorité (art. 64 al. 2 LPA).

- 2) La compétence de la chambre administrative est déterminée par l'art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05). Selon l'alinéa 8 de cette disposition, le recours à la chambre administrative n'est pas recevable contre les décisions pour lesquelles le droit fédéral ou une loi cantonale prévoit une autre voie de recours.

- 3) En ce qui concerne les fonctionnaires de l'instruction publique, l'art. 131 de la loi sur l'instruction publique du 6 novembre 1940 (LIP - C 1 10) prévoit que le Conseil d'Etat peut instaurer un recours préalable hiérarchique pour les décisions concernant les membres du personnel soumis à ladite loi. L'art. 65 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) concrétise la délégation législative contenue à l'art. 131 LIP.

L'art. 65 al. 1 RStCE dispose que : « Dans les cas prévus par les articles 128, 129, 129A, 130, alinéa 1, lettres b et c, et 130B, alinéa 1, de la loi sur l'instruction publique (respectivement les articles 63, 62, 64, 56, alinéa 1, lettres b et c, et 58, alinéa 1, du [RStCE]), ainsi que par les articles 4 et 35 du [RStCE], le fonctionnaire intéressé a le droit de recourir dans les 30 jours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice ».

L'art. 65 al. 4 RStCE prévoit que : « Le membre du personnel enseignant qui fait l'objet d'un blâme peut porter l'affaire, dans un délai de 10 jours, devant la conseillère ou le conseiller d'Etat chargé du département. La décision sur recours ouvre la voie de recours à la chambre administrative de la Cour de justice dans les 30 jours dès sa communication ».

En vertu de l'art. 65 al. 5 RStCE, les décisions du département (soit du département chargé de l'instruction publique, cf. art. 1 LIP) autres que celles citées aux alinéas 1 et 4 peuvent faire l'objet d'un recours au Conseil d'Etat dans un délai de trente jours dès leur communication. La décision sur recours du Conseil d'Etat peut faire l'objet d'un recours à la chambre administrative dans les trente jours dès sa communication (art. 65 al. 6 RStCE).

- 4) En l'espèce, la décision litigieuse émane du conseiller d'Etat en charge du département. Elle porte sur deux objets : d'une part, la demande de remboursement des indemnités pour incapacité de travail perçues en trop en application de l'art. 54 RStCE et, d'autre part, la suppression du traitement de la fonctionnaire fondée sur l'art. 53 RStCE. Il s'agit d'une décision du département autre que celles visées aux alinéas 1 et 4 de l'art. 65 RStCE, au sens de l'art. 65 al. 5 RStCE. En effet, les art. 53 et 54 RStCE ne figurent pas dans la liste des dispositions légales citées à l'alinéa 1 de l'art. 65 RStCE. La décision attaquée ne concerne pas l'hypothèse visée à l'alinéa 4 de cette même disposition.

Par conséquent, conformément à l'art. 131 LIP concrétisé par l'art. 65 RStCE, la décision querellée doit d'abord faire l'objet d'un recours au Conseil d'Etat (art. 6 al. 1 let. d LPA ; SJ 2013 II 331, p. 334). Ce n'est que contre la décision sur recours du Conseil d'Etat que la voie de recours à la chambre administrative est ouverte (art. 65 al. 6 RStCE ; ATA/688/2013 du 15 octobre 2013). Il existe ainsi une loi cantonale, à savoir l'art. 131 LIP concrétisé par l'art. 65 RStCE, qui prévoit une autre voie de recours au sens de l'art. 132 al. 8

LOJ. Le recours à la chambre administrative contre la décision du département du 18 juillet 2012 n'est donc pas recevable, contrairement à ce qu'indique cette décision.

- 5) Vu ce qui précède, le recours sera déclaré irrecevable et la cause transmise au Conseil d'Etat pour raison de compétence (art. 11 et 64 al. 2 LPA). Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument ni alloué d'indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 24 juillet 2012 par Madame X_____ contre la décision du département de l'instruction publique, de la culture et du sport du 18 juillet 2012 ;

transmet la cause au Conseil d'Etat ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité de procédure ;

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, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Christian Bruchez, avocat de la recourante, ainsi qu'au département de l'instruction publique, de la culture et du sport.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, MM. Dumartheray et Pagan, juges,
M. Jordan, juge suppléant.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

M. Rodriguez Ellwanger

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :