

du 26 juin 2001

dans la cause

EMS X
FONDATION POUR L'EXPLOITATION D'ÉTABLISSEMENTS DE LA CEH
Monsieur J. C.
représentés par Me Jean-Jacques Martin, avocat

et

EMS Y
FONDATION POUR L'EXPLOITATION D'ÉTABLISSEMENTS DE LA CEH
Monsieur J. H.
représentés par Me Jean-Jacques Martin, avocat

contre

CONSEIL D'ETAT
représenté par Me David Lachat, avocat

EN FAIT

1. La Fondation (ainsi dénommée ci-après) pour l'exploitation d'établissements de la CEH (Caisse de prévoyance du personnel des établissements publics médicaux du canton de Genève) a été constituée en 1991 aux fins de créer et d'exploiter des établissements pour personnes âgées. Il s'agit d'une entité de droit privé.
2. Par arrêté du 22 décembre 1997 relatif aux salaires servis par les institutions subventionnées par l'Etat de Genève, le Conseil d'Etat a décidé qu'aucune subvention ne serait allouée aux établissements servant des salaires supérieurs à ceux accordés dans la fonction publique cantonale, sauf dérogation exceptionnelle, à condition que les salaires soient bloqués jusqu'à ce qu'ils soient conformes à ceux versés par l'Etat de Genève pour des fonctions similaires.
3. La fédération genevoise des établissements médico-sociaux (ci-après : FEGEMS) et cinq syndicats d'employés ont signé le 31 mars 1998 une convention collective de travail applicable dans le canton de Genève (ci-après : CCT).

Selon l'article 6.1 CCT, les salaires sont fixés par analogie avec ceux de l'échelle des salaires de l'Etat de Genève. L'annexe 3 établit la liste des différentes fonctions recensées dans les EMS et leur classe de traitement. S'agissant notamment des directeurs, il est précisé qu'une évaluation de la classe doit être faite en collaboration avec le service d'évaluation des fonctions (ci-après : SEF).

L'article 14 CCT prévoit d'une part l'entrée en vigueur de l'accord le 1er janvier 1998, pour une durée de cinq ans, et d'autre part son approbation par le Conseil d'Etat afin qu'il garantisse les conséquences financières dues à l'application de la CCT.

4. Par lettre du 6 juillet 1998, le Conseiller d'Etat en charge du département de l'action sociale et de la santé (DASS) a informé les signataires de la CCT que, notamment, la préservation des droits acquis (art. 10 CCT) entraînerait un système de blocage des rémunérations jusqu'à mise à niveau avec les salaires conventionnels. Par ailleurs, la CCT serait approuvée par le Conseil

d'Etat une fois que le SEF aurait évalué les différentes classes de fonctions.

5. Suite à un arrêt du Tribunal administratif du 1er septembre 1998, les résidences souhaitant conserver la subvention prévue par la loi sur les établissements médico-sociaux accueillant des personnes âgées du 3 octobre 1997 (LEMS - J 7 20) ont dû se constituer en entités disposant de la personnalité juridique.

6. Ainsi ont été créées en 1999 l'EMS Y et l'EMS X, dont les parts sociales sont détenues, au terme de l'acte constitutif et des statuts de chacun d'eux, par la CEH et la Fondation. Ces deux sociétés ont pour but, au terme de l'article 2 de leurs statuts respectifs, l'exploitation, sans but lucratif, d'EMS destinés à l'accueil et à l'hébergement de personnes âgées.

La Fondation s'est vu confier la haute direction des deux établissements.

7. Monsieur J. H. a été confirmé à la direction de l'EMS Y, poste qu'il occupait déjà depuis 11 ans. Cette résidence compte 92 pensionnaires, 100 collaborateurs et fonctionne sur la base d'un budget de CHF 9,7 millions.

Le salaire de M. H. en 2000 s'est élevé à CHF 148'434.- brut, additionné d'une prime de fidélité de CHF 12'369,50, ce qui correspond à la classe 25, annuité 14, de l'échelle des salaires de l'Etat.

8. Monsieur J. C. a pris la direction de l'EMS X, qui accueille 65 pensionnaires encadrés par 80 collaborateurs et fonctionne sur la base d'un budget de CHF 7,5 millions.

Son salaire en 2000 était de CHF 130'900,20 additionné d'une prime de fidélité de CHF 6'953,95, ce qui correspond à la classe 23, annuité 12, de l'échelle des salaires de l'Etat.

9. Par lettre du 10 mai 2000, se fondant sur son arrêté susmentionné du 22 décembre 1997, le Conseil d'Etat a fait connaître aux directeurs d'EMS une classification à quatre échelons de leur fonction (classes 20, 22, 24 et 26), selon la taille de l'établissement. Leurs salaires seraient adaptés dès le 1er juillet suivant. Ce courrier ne portait pas l'intitulé de décision et ne mentionnait ni voie ni délai

de recours.

10. La FEGEMS a contesté ce qui précède par courrier du 31 mai 2000.
11. En réponse, le Conseil d'Etat a, le 28 juin 2000, maintenu sa position, acceptant cependant de reporter l'ajustement des salaires au 1er octobre suivant.
12. Par courriers séparés du 13 juillet 2000, MM. H. et C. ont été informés par la Direction générale de l'Action sociale que leurs salaires seraient respectivement ceux de la classe 24, annuité 14, avec une prime de fidélité correspondant au 50 % du traitement mensuel, et de la classe 24, annuité 02 (portée à 03 par nouvelle décision du 18 octobre 2000), avec une prime de fidélité équivalent à 65 % du traitement mensuel.
13. Le 26 septembre 2000, la Fondation a déposé auprès du Conseiller d'Etat chargé du DASS deux réclamations à l'encontre de la diminution des salaires de MM. H. et C.. Ces derniers étaient au bénéfice d'un contrat privé dans lequel l'Etat n'était pas en droit d'intervenir.
14. Le 1er novembre 2000, le Conseil d'Etat s'est adressé au conseil de fondation en indiquant que l'articulation entre l'arrêté du 22 décembre 1997, la LEMS et la CCT l'autorisait à fixer des salaires maxima pour le personnel des EMS. Le non-respect de cette décision serait de nature à entraîner des sanctions administratives et une dénonciation pénale. Ce courrier ne mentionnait ni voie ni délai de recours.
15. Le 22 novembre 2000, M. C. a déposé auprès de la Direction de l'Action sociale une réclamation contre la décision prise le 18 octobre précédent par cette même autorité.
16. Le 30 novembre 2000, l'EMS Y et M. H. d'une part, et l'EMS X et M. C. d'autre part, ainsi que dans les deux cas la Fondation, ont recouru auprès du Tribunal administratif et simultanément auprès du Tribunal fédéral, en concluant à la mise à néant de la décision du Conseil d'Etat du 1er novembre 2000, de celles de la Direction de l'Action sociale du 13 juillet et du 18 octobre 2000, ainsi que de l'arrêté du Conseil d'Etat du 22 décembre 1997.

Les actes litigieux violaient la liberté

économique des EMS. La LEMS ne conditionnait pas l'octroi de subventions à la condition de salaires maxima, et la CCT n'avait pour but que de fixer des salaires minima que les cocontractants étaient libres d'augmenter de cas en cas. L'arrêté du 22 décembre 1997 ne reposait sur aucune base légale. La loi sur la gestion administrative et financière de l'Etat du 7 octobre 1993 (LGAF - D 1 05) subordonnait le versement de subventions à des conditions parmi lesquelles ne figurait pas celle fixée par l'arrêté du 22 décembre 1997. Le seul pouvoir dont disposait l'Etat était de ne pas subventionner des institutions pratiquant une gestion non économique (art. 36 al. 1 let. c LGAF).

En outre, l'écart entre le salaire actuel et celui exigé par l'Etat était, dans le cas de M. H., de 4,3%, et dans celui de M. C., de 13%. Il ne s'agissait pas de différences si importantes qu'elles justifient la décision contestée, laquelle constituait une atteinte disproportionnée à la liberté économique.

Enfin, dans le cas présent, l'Etat ne faisait pas application de la règle valable dans la fonction publique s'agissant de la non-diminution du traitement en cas de changement d'affectation, par exemple suite à une restructuration. Les recourants étaient donc victimes d'inégalité de traitement, ce d'autant que la Direction de l'Action sociale avait par ailleurs prévu dans son courrier du 6 juillet 1998 un mécanisme analogue de blocage pour les salaires trop élevés versés dans les EMS.

17. Le Conseil d'Etat a répondu au recours le 15 mars 2001 en s'en rapportant à justice concernant sa recevabilité et en concluant pour le surplus à son rejet.

La CCT ne prévoyait pas de fixer des salaires minimaux, mais de déterminer ceux-ci de manière précise en reprenant l'échelle de traitement de l'Etat. La LEMS subordonnait pour sa part l'autorisation d'exploitation au respect des textes conventionnels existants; le subventionnement était soumis au respect des conditions d'exploitation. Le pouvoir de surveillance confié à la Direction de l'Action sociale par la LEMS légitimait les décisions querellées. En outre, l'arrêté du 22 décembre 1997 reposait valablement sur l'exigence, formulée par l'article 36 lettre c LGAF, d'une exécution économique des tâches subventionnées.

Le principe de proportionnalité avait été respecté dans la mesure où le Conseil d'Etat s'était contenté de prendre une décision concernant certains salaires plutôt que de revoir les subventions versées aux établissements.

Les relations entre les EMS et leurs employés relevant du droit privé, les dispositions de la fonction publique relatives à la non-diminution du salaire en cas de changement d'affectation ne permettaient pas de se plaindre d'une inégalité de traitement. Pour le surplus, la CCT elle-même déclarait inapplicables aux directeurs les mécanismes de préservation des droits acquis (art. 10).

Enfin, les décisions litigieuses répondaient à un intérêt public évident.

18. Par courrier du 30 mai 2001 déférant à une demande du juge délégué du 15 mai précédent, le conseil de M. C. a indiqué qu'aucune suite n'avait été donnée à la réclamation déposée par celui-ci le 22 novembre 2000, laquelle, vu la procédure introduite devant le Tribunal administratif, ne nécessitait pas une décision séparée.
19. Par courrier du 30 mai 2001, le Conseil d'Etat a informé le juge délégué que les salaires de MM. H. et C. avaient été provisoirement ramenés au niveau des décisions querellées, en attendant l'issue du litige.
20. La procédure auprès du Tribunal fédéral est suspendue jusqu'à droit jugé par la juridiction de céans.

EN DROIT

1. Il convient de joindre les recours (procédures n° A/1272/2000 et A/1267/2000), qui se rapportent à une situation identique et une cause juridique commune (art. 70 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10), et de statuer par un seul arrêt.
2. Le Tribunal administratif est depuis le 1er janvier 2000 l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative, sauf exception prévue par la loi (art. 56 al. 1 et 2 et 56B de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05).

a) Le courrier envoyé par l'intimé le 10 mai 2000, dont le contenu a pour l'essentiel été maintenu dans une nouvelle lettre du 28 juin et confirmé derechef par la même autorité le 1er novembre 2000, a pour effet d'enlever aux EMS la possibilité de rémunérer librement les directeurs d'établissements. Il modifie les droits de ces entités pour chaque contrat de travail concerné et constitue de la sorte une décision administrative au sens des articles 4 alinéa 1 lettre a et 5 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

Par ailleurs, les courriers rédigés les 13 juillet et 18 octobre 2000 par la Direction générale de l'Action sociale au sujet du salaire de MM. H. et C. modifient concrètement les droits de ces derniers et sont en ce sens également des décisions administratives.

Ne figurant pour aucune d'entre elles parmi les exceptions prévues par l'article 56B LOJ, les recours formés à leur encontre auprès du tribunal de céans sont recevables. La question de savoir si l'intimé était l'autorité compétente pour prendre la décision du 10 mai 2000 n'a donc pas à être tranchée à ce stade; en outre, en l'absence, dans ces décisions, d'indications relatives aux voies de droit (art. 46 al. 1 LPA), les recours doivent être considérés comme interjetés en temps utile (art. 47 LPA).

b) La Fondation recourt également contre ces différentes décisions, bien qu'elle n'ait été considérée comme interlocutrice de l'intimé qu'en date du 1er novembre 2000. En tant qu'associée au sens de l'article 772 du Code des obligations (CO - RS 220), elle répond de toutes les obligations des établissements recourants (art. 802 CO); dans cette mesure, ses intérêts sont directement affectés par leur situation et la qualité de partie doit donc lui être également reconnue.

c) Enfin, l'arrêté pris par l'intimé le 22 décembre 1997 n'est pas une décision individuelle et concrète (art. 4 LPA) et ne peut donc faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif, aucune loi spéciale ne le prévoyant par ailleurs (art. 56A al. 2 LOJ). Les recours seront donc déclarés irrecevables en tant qu'ils sont dirigés contre cet arrêté.

3. a) La liberté économique est garantie et comprend

notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 Cst. féd. - RS 101).

La titularité de ce droit est reconnue aux personnes physiques, salariées ou indépendantes, ainsi qu'aux personnes morales. En revanche, les collectivités publiques ou les particuliers auxquels l'Etat a délégué certaines tâches publiques ne sont titulaires de ce droit que dans la mesure où ils exercent comme n'importe qui d'autre une activité lucrative (A. AUER, Giorgio MALINVERNI et Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2000, vol. II, pp. 329 et 334, n° 633, 634 et 644). Cette dernière notion s'entend d'une activité exercée dans le but d'obtenir un profit, sans que celui-ci soit nécessairement atteint (op. cit., p. 335, n° 646).

b) Toute restriction à une liberté constitutionnelle doit être fondée sur une base légale, viser un intérêt public et être proportionnée au but poursuivi (art. 36 al. 1, 2 et 3 Cst. féd.).

L'exigence de base légale est d'autant plus grande, sur les plans formel et matériel, que la restriction est grave. Ainsi, une atteinte importante doit être prévue par une loi au sens formel, dont le contenu doit être aussi précis et prévisible que possible. Le particulier doit pouvoir évaluer les conséquences juridiques d'un acte déterminé (op. cit., pp. 90 - 92, n° 183 - 186).

c) En l'occurrence, les établissements recourants sont certes constitués en sociétés à responsabilité limitée, lesquelles visent selon l'article 772 alinéa 3 CO à "faire le commerce, exploiter une fabrique ou exercer en la forme commerciale quelque autre industrie, ou encore pour atteindre d'autres buts économiques". Cependant, au terme de l'article 2 de leurs statuts respectifs, les sociétés recourantes ne poursuivent aucun but lucratif. Elles ne sont par conséquent pas titulaires de la liberté économique dont elle revendique la protection. Tous leurs griefs étant fondés sur ce point, leurs recours devront être rejetés.

Les droits de la Fondation découlant de ceux des EMS dont elle détient les parts sociales, ses recours

devront également être rejetés.

MM. H. et C., employés au bénéfice de contrats de droit privé, sont en revanche titulaires du droit garanti par l'article 27 Cst féd., dès lors qu'ils offrent leur travail dans un but lucratif, conformément à l'article 319 alinéa 1 CO.

4. a) Les décisions entreprises ont pour objet d'obliger les EMS soumis à la CCT à verser aux directeurs qu'ils emploient un salaire précis et ces derniers à accepter le salaire ainsi fixé. La portée que l'intimé attribue à ces décisions s'exprime clairement à travers les menaces de sanctions évoquées le 1er novembre 2000, en cas de versements de salaires différents de ceux fixés pour chaque directeur individuellement.

Selon l'intimé, la restriction ainsi apportée à l'article 27 Cst féd. trouverait sa base légale dans l'articulation entre plusieurs normes juridiques, et en particulier les suivantes :

L'article 9 lettre h LEMS, qui fait obligation aux EMS d'employer du personnel rémunéré conformément aux conventions collectives, renvoie ainsi à la CCT, dont l'article 6.1 prévoit que les salaires sont fixés par analogie avec ceux de l'échelle des salaires de l'Etat de Genève. L'annexe 3 de la CCT prévoit quant à elle que certaines fonctions, dont celle de directeur, devraient être évaluées après la signature de la CCT en collaboration avec le SEF.

Par ailleurs, l'article 36 alinéa 1 lettre c LGAF subordonne le versement de subventions à la condition que les tâches ainsi soutenues soient effectuées de manière économique et efficace. C'est sur cette base que l'intimé était habilité à prendre l'arrêté du 22 décembre 1997, prévoyant que les salaires versés dans les institutions subventionnées ne devraient pas être supérieurs à ceux versés dans la fonction publique cantonale.

- b) Le raisonnement de l'intimé procède cependant d'une erreur sur la portée de ces différentes dispositions.

S'agissant tout d'abord de l'article 9 lettre h LEMS, et dans la mesure où seule une norme de droit public peut constituer une base légale au sens de l'article 36 alinéa 1 Cst féd., c'est en vain que l'on

cherche dans cette disposition la possibilité pour l'intimé de limiter la rémunération du personnel des EMS. A cet égard, sa densité normative fait totalement défaut. La lettre de l'article 9 lettre h LEMS n'effectue au demeurant qu'un renvoi aux conventions collectives, sans laisser présumer d'une quelconque restriction par rapport au contenu de ces dernières. Son utilité se limite strictement à la délivrance ou à la révocation des autorisations d'exploitation. Par ailleurs, son but n'est probablement pas d'imposer un plafonnement des conditions d'emploi, mais au contraire de profiter du régime d'autorisation de l'activité concernée ou de son subventionnement pour imposer le respect de normes sociales minimales. Ainsi en va-t-il également en matière de marchés publics, seules les entreprises qui respectent les conventions collectives en vigueur étant habilitées à soumissionner.

En outre, il n'est pas contesté que la CCT est en l'espèce un accord de droit privé, conclu exclusivement entre personnes privées, dont cinq syndicats d'employés. A cet égard, l'intimé ne cherche pas à rendre vraisemblable que les enjeux autour de l'adoption de l'article 6.1 CCT aient été différents de ceux en raison desquels sont adoptés des normes salariales dans toutes les conventions collectives. L'on ne voit en particulier pas pourquoi la FEGEMS, et a fortiori les syndicats, auraient par hypothèse voulu donner à l'article 6.1 CCT le sens que souhaite lui donner l'intimé.

Même dans l'hypothèse où il conviendrait de suivre l'intimé sur la portée de cette disposition, cela n'enlèverait rien à sa qualité de norme conventionnelle à laquelle une dérogation peut toujours être apportée par contrat individuel de travail en faveur de l'employé (art. 357 al. 2 CO). Le droit public cantonal cité par l'intimé ne contient pas de disposition contraire.

Enfin, l'arrêté du 22 décembre 1997 ainsi que l'article 36 alinéa 1 lettre c LGAF sont certes des normes fixant des conditions d'octroi de subventions, notamment en ce qui concerne le montant des salaires versés dans les établissements subventionnés, mais, en particulier en ce qui concerne la seule loi formelle d'entre ces deux normes, leur sens et leur portée matérielle ne concernent que l'octroi de subventions et n'autorisent pas l'intimé à rendre les décisions querellées.

5. a) Vu ce qui précède, les recours de MM. H. et C. seront admis. Compte tenu du lien étroit et des conséquences juridiques semblables des différentes décisions litigieuses, elles seront toutes annulées quand bien même les recourants n'étaient pas les destinataires formels de certaines d'entre elles.
- b) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu.
- c) Compte tenu du nombre de recourants ayant confié leurs intérêts au même avocat, dont une partie voit ses recours rejetés, une indemnité de procédure réduite de CHF 1'000.- sera allouée à MM. H. et C. chacun, à la charge de l'Etat de Genève.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif

préalablement :

joint les recours interjetés le 30 novembre 2000 par l'EMS Y, l'EMS X, la Fondation pour l'exploitation d'établissements de la CEH, ainsi que par MM. J. H. et J. C. contre les décisions du Conseil d'Etat du 10 mai 2000, du 28 juin 2000, du 1er novembre 2000 et contre les décisions de la Direction générale de l'Action sociale du 13 juillet et du 18 octobre 2000;

à la forme :

les déclare recevables en tant qu'ils sont dirigés contre ces décisions;

les déclare irrecevables en tant qu'ils sont dirigés contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 22 décembre 1997;

au fond :

rejette les recours des EMS Y, EMS X, Fondation pour l'exploitation d'établissements de la CEH ;

admet les recours de MM. J. H. et J. C.;

dit qu'il n'est pas perçu

d'émolument;

alloue à chacun de ceux-ci une indemnité de procédure de CHF 1'000.-, à la charge de l'Etat de Genève;

communiqué le présent arrêt à Me Jean-Jacques Martin, avocat des recourants, à Me David Lachat, avocat de l'intimé ainsi qu'au Tribunal fédéral (causes 2P.277/2000 et 2P.284/2000).

Siégeants : M. Thélin, président, MM. Paychère, Schucani, Mmes Bonnefemme-Hurni, Bovy, juges.

Au nom du Tribunal administratif :
la greffière-juriste adj.: le président :

C. Goette

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Mme M. Oranci