

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/144/2006-DI

ATA/222/2006

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 11 avril 2006

dans la cause

Monsieur X _____

représenté par Me Douglas Hornung, avocat

contre

DÉPARTEMENT DES INSTITUTIONS

EN FAIT

1. Monsieur X _____ est entré en 1978 au service de l'Etat de Genève, au sein duquel il a occupé diverses fonctions avant d'assumer, dès le 2 février 1998, celle de directeur de la prison de Y _____, en classe 26.

L'arrêté de nomination de M. X _____ prévoyait une confirmation après deux ans, soit le 1^{er} février 2000.

2. Le 3 mai 2000, le Conseil d'Etat a décidé de ne pas confirmer M. X _____ dans sa fonction de directeur de la prison.

3. Le 12 mai 2000, M. X _____ a rencontré, à sa demande, le directeur général de l'office du personnel de l'Etat et le directeur des ressources humaines. A cette occasion, il leur a demandé de pouvoir conserver, au minimum, son niveau salarial et sa classe de fonction, de se voir payer l'intégralité de ses heures supplémentaires et offrir, en remboursement des vacances non prises, une formation, payée par l'Etat, dans une haute école de management de son choix. Cela fait, il souhaitait obtenir un poste de haut fonctionnaire correspondant à ses compétences professionnelles.

La totalité des heures supplémentaires réclamées par M. X _____ se montait à 2'203, soit CHF 102'703.-.

4. M. X _____ a été transféré, en date du 15 mai 2000, au service d'o _____ (O _____) de l'Etat de Genève, sans modification du niveau salarial et avec maintien de sa classe de fonction.

5. Du 15 mai au 31 octobre 2000, M. X _____ a été en incapacité de travail complète pour cause de maladie.

6. Par courrier du 28 juin 2000, le conseiller d'Etat alors en charge du département des institutions (anciennement département de justice, police et sécurité ; ci-après : DI ou le département) a statué définitivement sur l'ensemble des prétentions formulées par M. X _____. Les 50 jours de vacances non prises étaient admis et convertis en crédit de jours de formation, à la condition que cette dernière soit en relation avec la nouvelle activité de l'intéressé. 220 heures supplémentaires étaient reconnues pour l'année 1998, 220 heures pour 1999 et 55,50 heures pour l'année 2000, soit un total de 595,50 heures représentant un montant de CHF 27'762.-.

A la demande de M. X _____, ce montant a été versé en couverture partielle de montants dus aux impôts, à savoir CHF 21'213,65 directement à l'office des poursuites et CHF 6'548,65 à l'administration fiscale cantonale.

7. Par arrêté du Conseil d'Etat du 7 mars 2001, une enquête administrative a été ouverte à l'encontre de M. X _____ en application de l'article 27 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05). Des irrégularités étant apparues lors de l'examen de la comptabilité de la caisse de la prison de Y _____ pour la période 1998 à 2000, il était fait grief à l'intéressé d'avoir manqué à ses devoirs de service au sens des articles 20, 21 lettre c et 22 alinéa 1 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 24 février 1999 (RLPAC - B 5 05. 01).

Cette décision n'entraînait pas la suspension provisoire de M. X _____.

8. Le 16 août 2001, à la suite d'une dénonciation du Tribunal administratif dans le cadre d'une procédure connexe, M. X _____ a été inculpé par la juge d'instruction de gestion déloyale des intérêts publics. Il lui était reproché d'avoir présenté comme frais de représentation et de s'être fait rembourser par la caisse de la prison des factures de repas correspondant à des dépenses privées.
9. M. X _____ a été absent à 100 % pour cause de maladie du 7 janvier au 8 septembre 2002. Il a ensuite repris le travail à 50 % du 9 septembre à fin novembre 2002.
10. L'enquêteur a rendu son rapport au Conseil d'Etat le 22 avril 2003. Quand bien même certaines accusations étaient justifiées, il proposait de ne pas infliger de sanctions à M. X _____, compte tenu de la gravité relative des fautes de ce dernier et du contexte général.
11. Le 27 mai 2003, M. X _____ a présenté ses observations. Après une longue instruction de 28 mois, tant le juge d'instruction pénal que l'enquêteur administratif avaient réalisé que rien ne saurait lui être reproché en sa qualité de serviteur loyal et dévoué de l'Etat. Il était temps de lui rendre justice et de rétablir la vérité afin de lui permettre de recouvrer au moins une partie de son honneur perdu. Ce n'était pas des sanctions qui devaient être prononcées contre lui, mais des excuses.
12. Le Conseil d'Etat a clos l'enquête administrative par arrêté du 29 octobre 2003 et transmis le dossier au DI afin qu'une sanction disciplinaire sous forme d'une mise en garde soit prononcée à l'encontre de M. X _____.

Il était notamment reproché à ce dernier l'octroi sans base légale d'indemnités d'habillement, le remboursement de frais de restaurant ainsi que l'acquisition injustifiée de cartes privilèges d'un grand hôtel de la place. Ces faits étaient constitutifs d'une violation des devoirs de service au sens des articles 20, 21 lettre c et 22 alinéa 1 RLPAC et d'une violation des devoirs de cadre supérieur au sens de

l'article 3 alinéa 1 du règlement sur les cadres supérieurs de l'administration cantonale du 22 décembre 1975 (RCSAC - B 5 05 03).

13. Par acte du 10 novembre 2003, M. X_____ a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre l'arrêté précité. Il a conclu à son annulation et à ce qu'aucune sanction ne soit prononcée contre lui, avec suite de frais et dépens.
14. Le 13 janvier 2004, le Tribunal administratif a déclaré le recours irrecevable, au motif qu'aucune voie de recours n'était ouverte au Tribunal administratif à l'encontre de la procédure d'enquête administrative (ATA/45/2004).
15. Par décision du 26 mars 2004, le secrétaire général du DI a prononcé un avertissement, au sens de l'article 16 alinéa 1 lettre a chiffre 1 LPAC à l'encontre de M. X_____.
16. Ce dernier a recouru contre cette sanction auprès du département en date du 8 avril 2004. Il réfutait l'ensemble des griefs formulés à son encontre.
17. Le 22 octobre 2004, le Procureur général a procédé au classement de la procédure pénale dirigée contre M. X_____.

Un non-lieu a finalement été prononcé le 27 janvier 2005 par la Chambre d'accusation.

18. Par décision du 11 mai 2005, le DI a débouté M. X_____ de toutes ses conclusions.

Ce dernier avait non seulement gaspillé les deniers publics mais, par manque de jugement, pris le risque de porter atteinte à l'image de la fonction publique. Enfin, les fautes de l'intéressé ne pouvaient être justifiées par le fait que ce dernier aurait permis à l'Etat de réaliser de substantielles économies.

19. Le 24 mai 2005, M. X_____ a requis du département le versement d'un montant de CHF 60'608,85 à titre de remboursement des frais d'avocat engagés dans le cadre de la procédure pénale ouverte à son encontre, ainsi que le paiement d'anciennes heures supplémentaires effectuées entre les années 1996 à 2000, desquelles il fallait déduire le montant de CHF 27'762.-, déjà versé à titre d'avance.

Divers échanges de courriers et entretiens téléphoniques s'en sont suivis entre les intéressés.

20. Le 4 octobre 2005, M. X_____ a formé un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral, estimant que le DI commettait un déni de justice en différant sans raison la décision sur sa demande d'indemnisation. Il a toutefois retiré son recours le 25 du même mois.

21. Par courrier du 18 octobre 2005, le département a indiqué à M. X_____ qu'il n'entendait pas donner suite à ses prétentions.

22. Le 13 janvier 2006, M. X_____ a déposé une action pécuniaire devant le Tribunal administratif. Il conclut à la condamnation de l'Etat de Genève au paiement de ses honoraires d'avocat pour la procédure pénale engagée à son encontre (CHF 60'608,55, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 2003), au paiement au titre d'heures supplémentaires de CHF 177'496,78 - avec intérêts à 5% dès le 15 avril 1999, ainsi qu'au versement d'une indemnité pour tort moral (CHF 50'000.- avec intérêts à 5% dès le 7 mars 2001).

De 1996 à 2000, il avait effectué 2337,40 heures supplémentaires, tel que cela résultait du décompte du système de pointage de la prison de Y_____. Le département avait toujours eu connaissance de cette situation. Le 9 avril 2002, un accord global était intervenu entre l'Etat et les représentants des fonctionnaires de la police et de la prison (UPCP) et ses heures supplémentaires devaient lui être réglées en application des principes convenus.

Suite aux accusations de gestion déloyale des intérêts publics de l'Etat, portées à son encontre, il avait dû recourir au service d'un avocat et dépensé, pour sa défense au pénal, un montant total de CHF 60'608,55. Sur recours de M. X_____, la Chambre d'accusation avait finalement prononcé le non-lieu, le 27 janvier 2005, soit près de quatre ans après le début de la procédure.

Enfin, il ressortait de l'enquête administrative menée parallèlement à la procédure pénale que les accusations portées étaient sans fondement. Se refusant de suivre les recommandations de l'enquêteur, le Conseil d'Etat avait cependant prononcé un avertissement à son encontre, contre lequel il avait recouru et qui avait été confirmé, plus d'une année après.

Ce très long combat, mené avec succès, avait eu de graves conséquences sur sa santé tout comme sur sa situation personnelle et professionnelle. Il entendait par conséquent être dûment indemnisé pour le tort moral ainsi causé.

23. Le département a formulé ses observations le 28 février 2006.

L'action était irrecevable en tant qu'elle portait sur le remboursement de frais d'avocat et sur l'octroi d'une indemnité à titre de tort moral. S'agissant de prétentions pécuniaires, il fallait qu'elles se fondent sur le droit public cantonal. Or, tel n'était précisément pas le cas en l'espèce. L'article 4 de la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 (LREC - A 2 40) ne pouvait être invoqué, le comportement de M. X_____ n'étant pas étranger à l'ouverture des poursuites pénales à son encontre. Enfin, la jurisprudence du Tribunal administratif (ATA/630/2001 du 9 octobre 2001) prévoyant le droit pour un magistrat d'obtenir de l'Etat la prise en charge des frais occasionnés par des procédures pénales dirigées à

son encontre pour des actes commis dans l'exercice de ses fonctions ne saurait s'appliquer au cas de M. X_____. Celui-ci n'était pas magistrat, mais fonctionnaire. Même s'il pouvait faire l'objet de pressions comme un juge, il pouvait compter sur l'appui de sa hiérarchie, ce qui n'est pas le cas des magistrats. De surcroît, la procédure pénale intentée contre le demandeur l'avait été à l'initiative du Pouvoir judiciaire lui-même. Il ne s'agissait donc pas de le protéger des attaques de particuliers.

S'agissant de la demande en paiement des heures supplémentaires, elle avait fait l'objet d'une décision claire et définitive de la part du département en date du 28 juin 2000 et devait être rejetée au fond.

A cet égard, le département rappelait que la question des heures supplémentaires était réglée à l'article 8 RLPAC et précisée pour les fonctionnaires ordinaires par une directive interne. Pour les cadres supérieurs de l'Etat pratiquant l'horaire variable avec enregistrement du temps de travail, au nombre desquels comptait M. X_____, seul pouvait être "mis en compte", sans majoration, chaque année, la part des heures supplémentaires excédant 80 heures. En application de la règle générale précitée, ces dernières ne pouvaient excéder 220 heures.

En l'espèce, les chiffres avancés par le recourant dépassaient très largement le maximum pouvant être rémunéré selon la réglementation en vigueur, à tout le moins sans autorisation expresse de la hiérarchie. C'était dès lors à juste titre que la limite de 220 heures lui avait été appliquée. Enfin, M. X_____ ne saurait prétendre voir ses heures supplémentaires majorées de 30% comme c'était le cas pour les gardiens de prison, sa situation juridique étant différente.

24. Les parties ont été informées le 2 mars 2006 que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif examine d'office et librement la recevabilité du recours ou de la demande (art. 11 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; ATA/88/2006 du 14 février 2006).
2. Cette juridiction est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 56A al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05). Le recours est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives, au sens des articles 4, 5, 6 alinéa 1, lettre c et 57 LPA, sauf exception prévue par la loi (art. 56A al. 2 LOJ).
3. a. Aux termes de l'article 56F LOJ, une action pécuniaire devant le Tribunal administratif est ouverte pour les actions relatives à des prétentions de nature pécuniaire fondées sur le droit public cantonal qui ne peuvent pas faire l'objet

d'une décision au sens de l'article 56A, alinéa 2 LOJ et qui découlent des rapports entre l'Etat, les communes, les autres corporations et établissements de droit public et leurs agents publics (alinéa 1 let. a).

b. Sont des prétentions de nature pécuniaire, c'est-à-dire appréciables en argent, celles qui tendent directement à l'octroi de sommes en espèces, notamment au paiement de traitements, d'allocations, d'indemnités ou de prestations d'assurances. Rentrant aussi dans cette catégorie les droits qui sont étroitement liés à un rapport juridique appréciable en argent. Le Tribunal administratif a ainsi reconnu que les prétentions concernant le paiement des heures supplémentaire et la prétention en versement d'une indemnité pour vacances non prises étaient de nature pécuniaire (ATA/312/2004 du 20 avril 2004 et les références citées).

c. Ne sont, en revanche, pas des prétentions de nature pécuniaire celles qui ont trait à la création, à l'établissement et à la disparition des rapports de service, à l'obtention d'une promotion ou d'un avancement, aux vacances, à la reconnaissance d'un diplôme, à la réintégration dans une classe de fonction antérieure et à l'évaluation ou à la réévaluation d'une fonction, car alors la prétention a en réalité deux objets, l'un pécuniaire et l'autre de nature différente. Comme l'aspect pécuniaire n'est pas susceptible d'être jugé de manière indépendante de l'autre objet pour lequel l'autorité hiérarchique dispose d'un pouvoir d'appréciation entier, personne ne saurait alors exiger d'elle qu'elle accorde une prestation dont l'octroi est laissé à sa discrétion. Dans ces cas, peu importe en définitive que le litige débouche sur l'allocation d'une somme d'argent, celle-ci apparaissant comme secondaire (ATA/630/2001 du 9 octobre 2001).

4. Le demandeur sollicite dans un premier temps la prise en charge par l'Etat des honoraires de l'avocat mandaté pour le défendre dans la procédure pénale engagée à son encontre.

a. Le tribunal de céans a tranché cette question dans une espèce récente (ATA/88/2006 du 14 février 2006). Il n'y a pas lieu de s'écarter de la motivation développée dans cet arrêt laquelle sera reprise ci-dessous.

b. En tant qu'elles visent au paiement d'une somme d'argent, les conclusions prises par le demandeur, doivent être considérées comme des prétentions de nature pécuniaire. Pour qu'elles soient recevables, il faut encore que la prétention soit fondée sur le droit public cantonal.

En l'espèce, la procédure pénale a été ouverte d'office à l'encontre du demandeur et s'est terminée par une ordonnance de non-lieu prononcée par la Chambre d'accusation qui rend les poursuites intentées à son égard injustifiées. Le tribunal de céans a cependant considéré que cette circonstance n'était pas en soi de nature à fonder une obligation de l'Etat de rembourser les frais d'avocat encourus (ATA/88/2006 précité). Par ailleurs, contrairement aux faits établis dans

la cause dont le demandeur se prévaut (ATA/630/2001 précité), ce dernier n'a pas été dénoncé aux autorités pénales par des particuliers mais par le tribunal de céans et n'a pas fait non plus l'objet d'une plainte pénale. Faute d'une base légale expresse en ce sens, il ne saurait dès lors en découler une obligation de l'Etat de prendre en charge les frais de défense de l'un de ses fonctionnaires.

Ce silence du législateur ne saurait par ailleurs constituer une lacune qualifiée, la doctrine ne prévoyant pas une telle obligation. Certes, l'Etat doit veiller aux intérêts de son personnel qu'il doit notamment protéger contre des attaques injustifiées (F. LANG, Das Zürcher Personalgesetz vom 27 September 1998 in P. HELBLING et T. POLEDNA, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne, 1999, p. 73). Cela ne signifie pas pour autant que la collectivité publique doit pourvoir aux frais de la défense d'un fonctionnaire contre lequel une instruction pénale a été ouverte. Le cas aujourd'hui litigieux n'est en effet pas celui d'un agent public qui se serait vu attaqué injustement par des tiers dans le but d'affaiblir l'action de l'Etat. En l'espèce, les autorités pénales ont agi *motu proprio* afin d'élucider des faits qui paraissaient au début de l'instruction être constitutifs de gestion déloyale des intérêts publics. Le tribunal de céans rappelle à cet égard que ces mêmes faits ont justifié l'ouverture d'une enquête administrative qui s'est terminée par un prononcé disciplinaire.

La demande sera donc déclarée irrecevable sur ce point.

5. Le demandeur sollicite dans un deuxième temps le paiement du solde de ses heures supplémentaires, avec une majoration de 30 %, soit le montant de CHF 177'496,90 avec intérêts à 5% dès le 15 avril 1999.
 - a. Comme vu ci-dessus, les prétentions concernant le paiement des heures supplémentaires sont de nature pécuniaire, fondées sur le rapport de services qui liait les parties.
 - b. Sous réserve de la prescription ou de la péremption du droit invoqué, l'action n'est subordonnée à aucun délai. Par analogie avec l'article 128 chiffre 3 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations ; CO - RS 220), elle se prescrit par cinq ans (ATA/180/2003 du 1er avril 2003).
 - c. La prescription court dès que la créance est devenue exigible (art. 130 al. 1 CO).

En l'espèce, le demandeur sollicite le règlement du solde des heures supplémentaires qu'il a effectuées entre 1996 et 2000. Ce dernier en a réclamé le paiement, pour la première fois, en mai 2000 et le département a statué définitivement sur cette requête par lettre du 28 juin 2000. La créance du

demandeur était à tout le moins exigible à cette date. Interjetée au-delà du délai de cinq ans de l'article 128 alinéa 3 CO, celle-ci est ainsi largement prescrite.

6. En dernier lieu, le demandeur sollicite le versement d'un montant de CHF 50'000.- à titre d'indemnité pour tort moral, au motif que son honneur et son image tant sur le plan professionnel que personnel auraient été atteints par les procédures engagées à son encontre.
7.
 - a. Les agents publics répondent en principe de leurs actes illicites selon les dispositions ordinaires des articles 41 et suivants CO. Toutefois, la législation fédérale ou cantonale peut déroger à ces règles en ce qui concerne la responsabilité encourue par ces agents publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge (art. 61 al. 1 CO). Lorsque de telles normes existent, la responsabilité des agents publics échappe au droit civil fédéral (ATF 122 III 101 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 2C.1/1999 du 12 septembre 2000, consid. 2a et la jurisprudence citée).
 - b. Ainsi, selon l'article 2 alinéa 1 LREC : "l'Etat de Genève et les communes du canton sont tenus de réparer le dommage résultant pour des tiers d'actes illicites commis soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence par leurs fonctionnaires ou agents dans l'accomplissement de leur travail".

Cela étant, si tant est que le demandeur puisse se prévaloir de cette loi pour demander la réparation du dommage allégué, c'est alors le Tribunal de première instance et non le tribunal de céans qui serait compétent pour statuer sur sa demande (art. 7 al. 1 LREC ; ATA/312/2004 du 20 avril 2004).

- c. Quant à l'article 2B LPAC, il stipule qu'il est veillé à la protection de la personnalité des membres du personnel, notamment en matière de harcèlement psychologique et de harcèlement sexuel, par des mesures de prévention et d'information (al. 1).

Les litiges concernant la protection de la personnalité, en particulier le harcèlement psychologique et le harcèlement sexuel, qui n'ont pas été réglés au sein d'un département peuvent faire l'objet d'une plainte auprès de la direction générale de l'office du personnel de l'Etat (al. 2).

La LPAC ne contient toutefois aucune disposition topique prévoyant une obligation de réparer à charge de l'autorité qui n'aurait pas respecté les devoirs qui s'imposent à elle au regard de la disposition précitée (ATA/257/2002 du 14 mai 2002).

Partant, faute de base légale les conclusions du demandeur seront déclarées irrecevables sur ce point.

8. Au vu de ce qui précède, la demande est entièrement rejetée. Un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge du demandeur. Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

déclare irrecevable la demande faite le 13 janvier 2006 par Monsieur X _____
contre le département des institutions ;

met à la charge du demandeur un émolument de CHF 2'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité ;

communique le présent arrêt à Me Douglas Hornung, avocat de
Monsieur X _____ ainsi qu'au département des institutions.

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Thélin, juges,
M. Hottelier, juge suppléant.

Au nom du Tribunal Administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

le président :

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

