

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1492/2011-FPUBL

ATA/823/2013

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 17 décembre 2013**

dans la cause

**Madame X\_\_\_\_\_**

représentée par Me Marc Mathey-Doret, avocat

contre

**FONDATION DU GRAND-THÉÂTRE DE GENÈVE**

---

## EN FAIT

- 1) Née le \_\_\_\_\_ 1976, Madame X\_\_\_\_\_ est titulaire d'un diplôme de l'Institut National Supérieur des Arts du Spectacle (INSAS) sis à Bruxelles, ainsi que d'une demi-licence délivrée par la Faculté de Lettres de l'Université de Genève. Elle a également suivi une formation d'art dramatique auprès du Conservatoire de Genève.
- 2) Dès 2005, elle a travaillé en plusieurs occasions pour le compte du Grand Théâtre de Genève, fondation d'intérêt public communal au sens de l'art. 1 de la loi sur les fondations de droit public (LFond – A 2 25) et de l'art. 30 al. 1 let. t de la loi sur l'administration des communes du 13 avril 1984 (LAC - B 6 05 ; ci-après : le GTG ou la fondation).
- 3) Selon le statut du GTG du 20 novembre 1964 (PA 270.01 ; ci-après : le Statut), la fondation a pour but d'assurer l'exploitation du théâtre, en y organisant notamment des spectacles d'art lyrique, chorégraphique et dramatique (art. 2 al. 1 du Statut). Placée sous la surveillance du conseil administratif de la Ville de Genève (ci-après : le conseil administratif ; art. 5 du Statut), elle poursuit un but artistique et culturel (art. 2 al. 2 du Statut).
- 4) Entre le 5 décembre 2005 et le 23 juin 2009, la fondation a engagé Mme X\_\_\_\_\_ à dix-huit reprises pour des périodes déterminées, dont certaines se chevauchent. Seize de ces engagements ont été formalisés dans des contrats de travail temporaires prévoyant un taux d'activité dépendant des besoins du service :
  - Par contrat de stage du 1<sup>er</sup> novembre 2005, la fondation a engagé Mme X\_\_\_\_\_ en qualité de régisseuse de scène pour la période allant du 5 décembre 2005 au 4 février 2006. Ledit stage n'était pas rémunéré, hormis le versement d'une indemnité de CHF 2'000.-.
  - Par contrat du 16 janvier 2006, la fondation l'a engagée comme topeuse surtitre dans le spectacle « BA\_\_\_\_\_ » pour la période allant du 16 janvier au 4 février 2006. Une rémunération à la prestation de quatre heures de CHF 105,15, plus CHF 8,75.- d'indemnité de vacances, était prévue.
  - Par contrat du 17 février 2006, la fondation l'a engagée en qualité de topeuse surtitre dans la pièce « BB\_\_\_\_\_ » pour la période allant du 1<sup>er</sup> au 25 avril 2006. Une rémunération à la prestation de quatre heures de CHF 105,15, plus CHF 8,75.- d'indemnité de vacances, était à nouveau convenue.
  - Par contrat du 29 mai 2006, la fondation l'a engagée en qualité de régisseuse d'orchestre dans le spectacle « BC\_\_\_\_\_ » pour la période allant du 1<sup>er</sup> au 27

juin 2006. Une rémunération forfaitaire, incluant son droit aux vacances, était prévue à hauteur de CHF 4'000.-.

- Par contrat du 18 août 2006, la fondation l'a engagée en qualité de régisseuse d'orchestre dans le spectacle « BD\_\_\_\_\_ » pour la période allant du 2 au 28 août 2006. Une rémunération à la prestation de quatre heures de CHF 124,80, incluant son droit aux vacances, était prévue.
- Par contrat du même jour, la fondation l'a engagée en la même qualité et pour le même spectacle du 29 août au 28 septembre 2006. Une rémunération forfaitaire, incluant son droit aux vacances, était prévue à hauteur de CHF 4'000.-.
- Par contrat du 6 septembre 2006, la fondation l'a engagée en qualité de surtitreuse, A dans le spectacle « BE\_\_\_\_\_ » pour la période allant du 28 octobre au 19 novembre 2006. Une rémunération à la prestation de quatre heures de CHF 124,80, incluant son droit aux vacances, était convenue.
- Par contrat du 14 septembre 2006, la fondation l'a engagée en qualité de surtitreuse, A dans le spectacle « BF\_\_\_\_\_ » pour la période allant du 27 novembre au 31 décembre 2006. Une rémunération à la prestation de quatre heures était prévue à hauteur de CHF 124,80 incluant son droit aux vacances.
- Par contrat du 23 septembre 2006, la fondation l'a engagée en qualité de régisseuse de scène dans le spectacle « BG\_\_\_\_\_ » pour la période allant du 20 décembre 2006 au 9 février 2007. Une rémunération forfaitaire de CHF 10'000.- était prévue, incluant le droit aux vacances de l'intéressée.
- Par contrat du même jour, la fondation l'a engagée en qualité de régisseuse 2 dans le spectacle « BH\_\_\_\_\_ » pour la période allant du 5 mars au 26 avril 2007. Une rémunération forfaitaire de CHF 10'000.- était convenue, incluant le droit aux vacances de l'intéressée.
- Par contrat du 26 septembre 2006, la fondation l'a engagée en qualité de régisseuse d'orchestre dans la tournée du « BD\_\_\_\_\_ », soit du 20 octobre au 3 novembre 2006. Une rémunération à la prestation de quatre heures, incluant son droit aux vacances, était prévue à hauteur de CHF 124,80.
- Par contrat du 30 novembre 2006, la fondation l'a engagée en qualité de topeuse lumière B dans le spectacle « BI\_\_\_\_\_ » pour la période allant du 20 novembre au 31 décembre 2006. Une rémunération à la prestation de quatre heures, incluant son droit aux vacances, était prévue à hauteur de CHF 124,80.

- Par lettre du 8 mars 2007, la fondation l'a engagée en qualité de régisseuse surtitre dans le concert « BJ\_\_\_\_\_ » du 9 mars 2007. Une rémunération forfaitaire de 400.-, moins les retenues légales en vigueur, était prévue.
- Par contrat du 21 mai 2008, la fondation l'a engagée en qualité de topeuse lumière / A, « (personnel technique attaché au plateau) » dans le spectacle « BK\_\_\_\_\_ » pour le 1<sup>er</sup> septembre, ainsi que du 15 septembre au 7 novembre 2008. Une rémunération à la prestation de quatre heures était prévue à hauteur de CHF 140,50, incluant le droit aux vacances de l'intéressée.
- Par contrat du même jour, la fondation l'a engagée en qualité de topeuse lumière / A, « personnel attaché à la production » dans le spectacle « BL\_\_\_\_\_ » pour la période allant du 24 novembre au 31 décembre 2008. Une rémunération à la prestation de quatre heures, incluant son droit aux vacances, était convenue à hauteur de CHF 140,50.
- Par contrat du 25 novembre 2008, la fondation l'a engagée en qualité de régisseuse de scène 2 / A, « personnel attaché à la production » dans le spectacle « BM\_\_\_\_\_ » pour la période allant du 16 février au 9 avril 2009. Une rémunération forfaitaire, incluant son droit aux vacances, était prévue à hauteur de CHF 9'750.-.

Ces douze premiers contrats ont été signés par Monsieur B\_\_\_\_\_, secrétaire général du GTG, le treizième par Monsieur C\_\_\_\_\_, directeur général du GTG, et les trois derniers par le même M. C\_\_\_\_\_ et le directeur des ressources humaines du GTG, Monsieur D\_\_\_\_\_. Ils spécifiaient tous que les conditions générales d'engagement de la fondation en faisaient partie intégrante. Selon celles-ci, les contrats conclus étaient des contrats temporaires de droit privé, soit des contrats liés à une tâche particulière et régis par les art. 319 et ss de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220) (art. 1). Etant de durée déterminée, ils prenaient fin à l'expiration du temps prévu, sans qu'il soit nécessaire de donner congé, une résiliation immédiate pour justes motifs étant réservée (art. 2). Tout litige concernant leur interprétation ou leur application devait, à défaut de solution amiable, être soumis aux tribunaux genevois compétents (prud'hommes), sous réserve d'un éventuel recours au Tribunal fédéral (art. 10).

- 5) Selon les parties, Mme X\_\_\_\_\_ aurait également travaillé pour le compte du GTG du 10 au 16 mai 2007, en tant que régisseuse générale dans le ballet « BN\_\_\_\_\_ », ainsi que du 29 avril au 23 juin 2009 en tant que régisseuse de scène dans le spectacle « BO\_\_\_\_\_ ».
- 6) En parallèle, soit par contrat du 17 août 2007 portant la signature de son directeur général (M. C\_\_\_\_\_) et du président du conseil de fondation,

Monsieur E\_\_\_\_\_, le GTG a engagé Mme X\_\_\_\_\_ en qualité de régisseuse de production pour la période allant du 1<sup>er</sup> août 2007 au 31 juillet 2008.

Le contrat de travail était régi par les art. 319 ss CO (art. 1). Placée sous la responsabilité du régisseur général ad intérim, il lui serait confié des deuxièmes régies et des tops lumières de plusieurs ouvrages de la saison. Elle pourrait également avoir la responsabilité d'une première régie. D'autre part, et en collaboration avec le régisseur général ad intérim, elle aurait la charge de la rédaction des plannings du GTG (art. 2). Son salaire mensuel brut s'élèverait à CHF 5'800.-, y compris l'allocation de vie chère, dont à déduire les retenues légales usuelles (art. 4). Elle aurait droit à quatre semaines de vacances par an et bénéficierait en outre d'une semaine de congé compensatoire forfaitaire pour les samedis, dimanches et jours fériés où sa présence serait requise (art. 5). Le contrat était soumis à la législation suisse, tout litige concernant son interprétation ou son application devant, à défaut de solution amiable, être tranché par les tribunaux genevois compétents (prud'hommes) sous réserve de recours éventuel au Tribunal fédéral à Lausanne (art. 10).

7) En décembre 2006, deux sociétés privées (F\_\_\_\_\_ S.A. et G\_\_\_\_\_ S.A.) ont été mandatées par la ville de Genève (ci-après : la ville) et la fondation afin d'auditer le GTG qui souffrait de dysfonctionnements.

8) Le 2 avril 2007, G\_\_\_\_\_ S.A. a rendu son rapport.

L'analyse détaillée des fonctionnements et de l'organisation du GTG avait fait ressortir des faiblesses permanentes qui conduiraient à de nouvelles crises si elles n'étaient pas traitées. Parmi celles-ci figuraient la multiplicité des statuts des collaborateurs et des conditions particulières auxquelles ceux-ci étaient soumis (rapport p. 2). Des réajustements importants apparaissaient nécessaires : des postes devaient être créés, d'autres devaient être régularisés (« un alignement sur des statuts ville pourrait concerner de 30 à 45 personnes et l'engagement des temporaires qui [étaient] en fait permanents environ 15 personnes ») et les systèmes d'informatique de gestion devaient être renouvelés entièrement (rapport p. 3). La direction des ressources humaines, qui devait être mise en place, devrait travailler à l'harmonisation et à la simplification des statuts du personnel fixe, temporaire et contractuel, sachant que quinze modes de contractualisation différents avaient été recensés, sans compter les innombrables paramètres de rémunération (rapport, p. 118).

9) En novembre 2007, le conseil administratif a, sur proposition du conseil de fondation, engagé Monsieur H\_\_\_\_\_ en tant que directeur du GTG à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2009.

10) Par courrier du 11 novembre 2008, adressé au personnel du GTG et affiché en ses murs, le conseil de fondation a fait savoir que suite aux décisions prises par

la ville (en réaction aux audits précités), un plan financier quadriennal 2009-2013 avait été établi, de même qu'un nouvel organigramme et un plan de développement informatique.

Après l'engagement d'un nouveau directeur général, une directrice administrative et financière et un directeur des ressources humaines avaient été nommés. Toutes les décisions relatives au passage d'une équipe de direction à l'autre avaient été prises, dont un congé donné à cinq collaborateurs du GTG pour la fin de la saison. De nouveaux collaborateurs étaient en cours d'engagement. M. H\_\_\_\_\_ pourrait ainsi présenter, en début d'année 2009, la nouvelle équipe du GTG qui entrerait en fonction dès la saison 2009-2010.

- 11) Le 22 décembre 2008, Mme X\_\_\_\_\_ s'est entretenue avec M. H\_\_\_\_\_, lequel se serait engagé à la renseigner sur son sort, au plus tard au mois de février 2009.
- 12) Par courriel du 10 février 2009 adressé à la secrétaire de M. H\_\_\_\_\_, Mme X\_\_\_\_\_ a relancé celui-ci pour connaître sa décision concernant sa situation future au sein du GTG. Le 11 février 2009, ladite secrétaire lui a répondu que M. H\_\_\_\_\_ était surchargé et qu'il l'informerait d'ici à la fin du mois de mars 2009.
- 13) Le 11 mars 2009, le conseil administratif a déposé auprès du conseil municipal de la ville (ci-après : le conseil municipal) la proposition PR-688 en vue de l'approbation du budget de la saison 2009/2010 du GTG.

Au cours de sa première année d'activité (du 1<sup>er</sup> septembre 2007 au 31 août 2008), le nouveau conseil de fondation du GTG, présidé par Madame I\_\_\_\_\_, avait mis en œuvre, avec la collaboration de la ville, les recommandations de l'audit G\_\_\_\_\_. La période actuelle demandait une gestion attentive en raison du changement de direction générale : les décisions relatives à la saison 2008-2009 avaient été placées sous l'autorité du directeur général sortant (M. C\_\_\_\_\_), tandis que les décisions relatives à la saison 2009-2010 avaient été placées sous l'autorité du directeur général entrant (M. H\_\_\_\_\_). Le conseil de fondation avait élaboré un plan financier quadriennal 2009-2013 qui tenait largement compte des recommandations de l'audit G\_\_\_\_\_ et prévoyait d'importantes mesures de réduction des coûts, dont une réduction de 30 % des engagements de personnel temporaire pour le plateau et les ateliers. En collaboration avec la ville, il avait entrepris d'éliminer les principales inégalités de traitement qui frappaient les personnels du GTG : afin d'harmoniser les conditions de travail et les traitements au sein d'un même service, 6 postes avaient été transférés à l'administration municipale le 1<sup>er</sup> janvier 2008, 3,5 postes l'avaient été le 1<sup>er</sup> janvier 2009 et 4 postes le seraient le 1<sup>er</sup> janvier 2010. Comme lors de chaque passage d'une équipe de direction à une autre, six collaborateurs, qui seraient remplacés par cinq personnes, quitteraient le service du GTG à la fin de la saison 2008-2009.

Selon le projet de budget du GTG joint en annexe, les frais du GTG se décomposaient en frais généraux d'administration, en frais généraux d'exploitation et en frais directs de production (spectacles). Les frais généraux d'exploitation comprenaient notamment les salaires du personnel d'exploitation (rubrique 40.0), soit des personnels permanents et temporaires d'exploitation et technique. Le personnel technique permanent augmentait d'un peu plus de CHF 500'000.-, en raison de la stabilisation de certains membres du personnel temporaire (p. 12-13). Les frais directs d'exploitation englobaient les dépenses pour le personnel artistique (rubrique 50.0), soit pour les artistes, metteurs en scène, maquettistes décors et costumes, éclairagistes, artistes, chefs d'orchestre, chorégraphes et musiciens supplémentaires (p. 16).

- 14) Par courriel et pli simple du 31 mars 2009, M. H\_\_\_\_\_ a indiqué à Mme X\_\_\_\_\_ que le GTG n'était pas en mesure de lui confier d'autres missions temporaires de régie de scène pour les spectacles de la saison 2009-2010.

La situation étant susceptible d'évoluer à l'avenir, il se permettrait, cas échéant, de revenir vers elle dans le courant du mois de juin 2010, M. D\_\_\_\_\_ se tenant à sa disposition pour tout renseignement complémentaire.

- 15) Avec deux autres collègues se trouvant dans la même situation, Mme X\_\_\_\_\_ a, dès lors, mobilisé le soutien d'autres employés du GTG, dont plus de cent cinquante d'entre eux ont signé une pétition réclamant qu'elles puissent poursuivre leur collaboration lors des prochaines saisons.

- 16) De fin avril à fin mai 2009, plusieurs articles sont parus dans la presse, relatant le licenciement de cinq employés de la fondation occupant des postes proches de l'ancien directeur général, comme le fait que trois autres employés temporaires travaillant en « free-lance » avaient été remerciés par le GTG. Quatre des cinq cadres concernés avaient introduit action par-devant le Tribunal des prud'hommes pour contester le congé qui leur avait été donné.

- 17) Par courrier du 5 mai 2009, Mme X\_\_\_\_\_ s'est adressée à la fondation par l'intermédiaire de son avocat. En tant que technicienne de plateau, la dérogation de l'art. 10 ch. 4 du Statut ne lui était pas applicable. Ne faisant partie ni de la direction, ni du personnel artistique de scène, c'était à tort qu'elle avait été engagée en vertu de contrats de droit privé. Elle devait être replacée dans la situation qui aurait été la sienne si le Statut avait été respecté dès son engagement. Dans ce contexte, le courrier du 31 mars 2009 lui signifiant l'impossibilité pour le GTG de lui confier d'autres missions pour les spectacles de la prochaine saison était totalement déplacé et inopérant.

- 18) Le 27 mai 2009, la fondation a répondu. Le poste de régisseuse était un poste attaché à la production et donc un poste artistique qui pouvait faire l'objet d'un contrat de droit privé. Par ailleurs, selon l'art. 2 du statut du personnel de

l'administration municipale du 3 juin 1986 dans sa teneur au 15 mai 1996 (ci-après : SPAM), les auxiliaires fixes étaient également engagés sur la base de contrats de droit privé, étant précisé qu'un auxiliaire fixe était une personne engagée pour une durée indéterminée en vue d'exercer une fonction permanente à temps complet ou à temps partiel. Dès lors, au vu du Statut et du SPAM, rien n'empêchait que des contrats de droit privé puissent être conclus.

19) Par courrier du 28 mai 2009, Mme X\_\_\_\_\_ a demandé à la fondation de renoncer à se prévaloir de l'exception de prescription à son égard.

20) Le 17 juin 2009, elle a persisté dans sa position.

A supposer qu'un engagement en vertu de contrats de droit privé fût valable, le nombre de contrats successifs, dont elle avait fait l'objet, était constitutif d'un cas de « contrats en chaîne ». La licéité de ce type de contrats était soumise à trois conditions cumulatives qui n'étaient pas remplies en l'espèce. Lesdits contrats successifs devaient ainsi être considérés comme un unique contrat de durée indéterminée dont la résiliation était soumise au respect d'un délai de congé. Aucun congé valable ne lui ayant été signifié, elle demeurait actuellement sous contrat avec le GTG et restait à sa disposition pour exécuter son obligation de travail.

21) Le 24 juin 2009, la fondation a refusé de renoncer à l'exception de prescription. Selon les art. 128 al. 3 et 341 CO, la prescription des créances des travailleurs vis-à-vis de leur employeur était de cinq ans. L'art. 341 CO interdisait en outre la renonciation à la prescription pendant la durée du travail, de sorte qu'il n'était pas nécessaire que le GTG renonce en l'espèce à se prévaloir de l'exception de prescription. L'envoi d'un commandement de payer n'était dans ces conditions qu'une mesure visant à créer un dommage.

22) Le 16 juillet 2009, la fondation a répondu au courrier de X\_\_\_\_\_ du 17 juin 2009.

Selon le Statut, le personnel était soumis au SPAM et faisait partie de l'administration municipale, à l'exception des membres de la direction générale et du personnel artistique qui étaient engagés sous contrats de droit privé. L'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 2 – RS 822.112), qui s'appliquait aux théâtres, définissait la notion de personnel artistique comme étant le personnel affecté à la création artistique tel les comédiens, les solistes et les chanteurs d'un cœur, les musiciens d'orchestre, les figurants, les metteurs en scène, etc. Toujours selon cette ordonnance, les personnes qui travaillaient en étroite collaboration avec les artistes, comme les régisseurs ou les chefs de plateau, entraient également dans cette catégorie. Engagée en qualité de régisseuse, elle avait manifestement exercé une profession directement liée aux artistes et avait donc bien occupé une fonction artistique

susceptible de faire l'objet de contrats de droit privé. Elle avait choisi d'exercer une profession artistique liée, par essence, à des productions lyriques et avait du même coup accepté de fonctionner comme intérimaire soumise à des contrats temporaires de droit privé. Elle n'avait émis aucune réserve, ni réclamation au sujet de ces contrats ou de ses conditions de travail. Lesdits contrats n'étaient pas des « contrats en chaîne », puisqu'ils étaient liés à des productions spécifiques. La jurisprudence relative aux emplois intérimaires lui était applicable, puisqu'elle avait été engagée de façon temporaire, avec de longues interruptions et pour des raisons parfaitement objectives, soit en lien avec certaines productions. Compte tenu du type de contrats conclus, soit des contrats de durée déterminée qui avaient pris fin à des dates fixes, il n'était pas nécessaire de les résilier.

- 23) Chargées d'examiner la PR-688 du 11 mars 2009 en vue de l'approbation du budget de la saison 2009/2010 du GTG, la commission des arts et de la culture et la commission des finances du conseil municipal ont rendu leur rapport le 3 août 2009.

En cette occasion, un commissaire a rappelé certains constats de l'audit du 2 avril 2007, notamment le fait qu'il y avait deux types de collaborateurs au GTG, soit les fonctionnaires de la ville et les personnes engagées par la fondation. « Selon les statuts de la fondation, le personnel engagé par cette dernière [était] le personnel artistique, soit les chœurs, le ballet, le directeur technique, le personnel de régie et de scène, et tout le personnel directement impliqué dans la confection du spectacle. L'audit [avait] constaté que deux personnes avaient la même fonction et faisaient le même travail, mais n'avaient toutefois pas le même statut. Le statut de fonctionnaire [impliquait] une échelle de traitement, avec des annuités, la caisse de retraite de la ville, avec deux tiers des cotisations versés par l'employeur, etc., alors que, pour le personnel engagé par la fondation, il y [avait] une fonction avec une rétribution donnée, sans annuités, les collaborateurs ne recevant qu'une indexation. Cette situation [s'expliquait] du fait que, durant des années, le statut [avait] été violé. Lorsqu'il y [avait] eu le personal stop dans l'administration municipale, sous un autre conseiller administratif et sous un autre conseil de fondation, ils [avaient] détourné la volonté politique du conseil municipal de bloquer l'engagement des fonctionnaires et il y [avait] eu des engagements de personnes, via la [fondation], qui auraient dû être des fonctionnaires. G\_\_\_\_\_ [avait] fait une photographie, à un moment donné, et il y [avait] maintenant un travail de rappel à faire. (...). Il [espérait] que la crise [était] terminée, mais il y [avait] encore beaucoup à faire, selon lui » (rapport relatif à la PR-688 A du 3 août 2009, p. 18).

- 24) Le 16 décembre 2010, Mme X\_\_\_\_\_ a déposé devant le Tribunal administratif, devenu depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011 la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), une demande en paiement pour un montant total de CHF 146'196,95 correspondant à l'indemnisation due par

la fondation pour indemnités annuelles, compensation de ses heures supplémentaires, heures de nuit, indemnités repas et collations, jours de repos et congés, salaire, 13<sup>ème</sup> salaire progressif, assurance-maladie et résiliation de son contrat de travail. Subsidiairement, elle réclamait le paiement de CHF 7'083,40, le délai de résiliation de deux mois la liant au GTG n'ayant pas été respecté. La fondation devait en outre être condamnée en tous les dépens.

- 25) Par arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2011 (ATA/125/2011), la chambre administrative a déclaré irrecevable la demande en paiement de Mme X\_\_\_\_\_ et l'a transmise, pour raison de compétence, à la fondation.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, date de l'entrée en vigueur de la modification du 18 septembre 2008 de l'ancienne loi d'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (ci-après : aLOJ), un fonctionnaire ne pouvait plus intenter une action pécuniaire pour des prétentions fondées sur ses rapports de service. Il devait formuler ses prétentions auprès de l'autorité qui, selon lui, violait ses droits (art. 4A de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). L'autorité ouvrait alors une procédure régie par la LPA. Après avoir instruit la cause, elle devait rendre une décision sujette à recours. L'ouverture de cette voie de recours était le pendant de la restriction apporté au champ d'application de l'art. 132 al. 3 de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) qui réservait désormais l'action pécuniaire aux seules prétentions fondées sur les contrats de droit public.

Mme X\_\_\_\_\_ concluait à ce que la fondation soit condamnée au paiement de différentes sommes découlant des rapports de service, conclusions qu'elle avait formées pour la première fois devant la chambre de céans et qui n'avaient fait l'objet d'aucune procédure préalable, ni donné lieu à une décision sujette à recours. L'action était donc irrecevable et la cause devait être transmise à la fondation pour qu'elle instruisse cette demande et statue par décision sujette à recours, sans que la chambre de céans n'ait à traiter du fond du litige, ni de la question de savoir si ce dernier ressortait du droit public ou du droit privé.

Ce jugement est entré en force, aucune des parties n'ayant recouru à son encontre.

- 26) Par courrier du 11 avril 2011, Mme X\_\_\_\_\_ a demandé à la fondation de donner suite à l'arrêt de la chambre administrative du 1<sup>er</sup> mars 2011. Elle sollicitait l'ouverture, respectivement l'instruction, d'une procédure administrative conduisant à l'adoption d'une décision susceptible de recours.

Toutes les mesures probatoires nécessaires à l'établissement des faits à l'appui de ses prétentions devaient être prises, étant précisé qu'elle sollicitait déjà l'audition de plusieurs témoins.

- 27) Le 20 avril 2011, la fondation a rejeté toutes les prétentions pécuniaires de Mme X\_\_\_\_\_.

Cette dernière avait toujours été engagée en qualité de temporaire, ses différents contrats ayant été systématiquement soumis au droit privé et conclus pour de brèves durées déterminées. Le travail qu'elle avait accompli était de nature artistique au sens de l'art. 35 OLT II, de sorte qu'elle avait été engagée par contrats de droit privé conformément au Statut. Son dernier contrat avait été conclu pour une durée déterminée, soit du 29 avril au 23 juin 2009, et avait pris fin sans qu'il ne soit nécessaire de donner congé. Ses prétentions prétendument dues pour un éventuel délai de congé étaient, partant, infondées. L'engagement du personnel soumis au SPAM était en outre de la compétence de la ville et non de la sienne propre. Le SPAM et le règlement du personnel technique du GTG n'étaient applicables qu'aux fonctionnaires, de sorte que les indemnités qu'elle réclamait sur la base de ces textes étaient infondées.

Le litige ressortait exclusivement du droit privé. Il n'y avait donc pas lieu d'ouvrir une procédure administrative au sens de la LPA, les faits de la cause ressortant par ailleurs des pièces du dossier. Pour ce même motif, elle n'avait pas à rendre de décision administrative, la juridiction des prud'hommes étant seule compétente. Si elle devait, par impossible, être considérée comme une autorité administrative, le présent courrier pourrait néanmoins être considéré comme une décision au sens de l'art. 4 LPA, sujette à recours auprès de la chambre administrative dans les trente jours à compter de sa notification.

- 28) Par acte du 20 mai 2011, Mme X\_\_\_\_\_ a recouru auprès de la chambre administrative contre la décision précitée, concluant à son annulation et à la condamnation de la fondation à lui verser la somme de CHF 146'196,95 avec intérêts à 5 % l'an dès la date moyenne du 1<sup>er</sup> août 2007, subsidiairement, au renvoi de la cause à la fondation pour instruction et nouvelle décision, le tout sous suite « de frais et dépens ».

Ses activités au sein du GTG avaient essentiellement consisté dans la régie de scène, la régie lumières et la régie surtitres, activités qui n'étaient pas de nature artistique mais technique. En règle générale, ses horaires de travail au sein du GTG comportaient deux services de 14h à 18h et de 20h à 24h. Entre ceux-ci, elle restait néanmoins de manière quasi-systématique à disposition de son employeur, parfois sans même prendre le temps de se restaurer et sans compensation. Il était en outre fréquent que le GTG lui demande de débiter ses journées de travail à 12h, voire à 10h pour les terminer tard le soir, de sorte qu'elle cumulait parfois jusqu'à onze heures de travail continu. Il était rare que le second service prenne fin à minuit, de sorte qu'elle avait fréquemment quitté son lieu de travail aux environs de 1h du matin. Elle avait donc effectué au moins dix heures supplémentaires de nuit par année, mais certainement bien davantage. Il était également usuel, en cas de remplacement de solistes par exemple, qu'elle doive

travailler durant les dimanches ou les jours fériés et n'avait jamais perçu de compensation ni de jour de repos pour ce faire. Toutes ces exceptions à la règle représentaient des heures supplémentaires, effectuées parfois de nuit, pour lesquelles elle n'avait pas été rémunérée. La décision de M. H\_\_\_\_\_ du 31 mars 2009, intervenue en tout début de saison, avait eu des conséquences désastreuses pour elle. Sachant qu'une saison se prépare à l'avance dans le domaine du spectacle, elle était intervenue en temps totalement inopportun, lui faisant perdre une saison entière de travail. Elle avait été confortée dans l'idée que son emploi serait maintenu pendant des mois, puis avait été finalement remerciée sans aucune possibilité de retrouver un nouvel emploi dans sa branche pour la saison suivante.

Suite à l'arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2011, la fondation avait immédiatement statué, sans procéder à aucune mesure d'instruction sur la question centrale de la qualification juridique de la relation qui les liait. Elle avait, ce faisant, violé son droit à la preuve et l'avait privé d'un degré de juridiction. La cause devait lui être renvoyée, sauf à ce que la chambre de céans ne guérisse ce vice en ordonnant elle-même les actes d'instruction qui s'imposaient.

La décision querellée violait l'art. 10 ch. 4 du Statut, lequel soumettait tout le personnel du GTG au SPAM, à l'exception des membres de la direction générale et du personnel artistique de scène. Elle ne faisait partie ni de la direction, ni du personnel artistique, de sorte qu'elle n'aurait pas dû être engagée sur la base d'une succession de contrats de droit privé, mais soumise au SPAM. Durant les années passées au GTG, elle avait perçu un salaire annuel moyen de CHF 42'500.-. Son salaire mensuel s'élevait ainsi à CHF 3'541,70. Compte tenu de sa formation, de ses connaissances et de son expérience professionnelle et, selon une estimation de collaborateurs du GTG eux-mêmes municipalisés, elle aurait toutefois dû percevoir un traitement annuel situé entre les catégories 8 ou 9 de l'échelle de traitement 2010 des fonctionnaires et auxiliaires fixes. Son départ avait eu des effets indirects, puisque pas moins de sept personnes jusque-là sous contrats temporaires avec la fondation avaient obtenu un contrat fixe prévoyant l'ensemble des droits accordés au statut de fonctionnaire.

Il convenait, partant, de la replacer dans la situation qui aurait été la sienne si le Statut avait été respecté dès son engagement. Conformément aux art. 2 et 3 du SPAM, le conseil administratif avait édicté le règlement du personnel technique du GTG du 1<sup>er</sup> juillet 1997 (LC 21 156 ; ci-après : le règlement). Ce règlement lui était applicable, puisqu'il définissait le personnel technique comme celui comprenant le personnel de scène, dont le régisseur technique, et le personnel des ateliers (art. 2 RPT). Elle avait travaillé à la régie de scène et à la régie lumières et avait donc occupé des fonctions entrant dans la catégorie de régisseur technique au sens de l'art. 2 al. 2 du RPT. Elle aurait ainsi dû bénéficier des avantages prévus par ce règlement. Le non-respect du SPAM lui avait causé d'autres préjudices : elle n'avait pas perçu le salaire qui lui était dû au regard des

art. 42 à 44, ni n'avait bénéficié d'un 13<sup>ème</sup> salaire progressif (art. 56). Ses primes d'assurance-maladie n'avaient pas été payées par son employeur à concurrence de 50 % (art. 81). Elle avait enfin été licenciée en violation de l'art. 96 SPAM.

Pour le calcul de ses prétentions, elle avait pris pour base un salaire mensuel de CHF 5'920.- qui correspondait à la moyenne d'un traitement de catégorie 9 se situant entre CHF 67'448.- et CHF 74'621.- selon l'échelle de traitement 2010 des fonctionnaires et auxiliaires fixes de la ville. Bien qu'elle eût pu prétendre à un salaire annuel, elle avait calculé son manque à gagner salarial en tenant compte du temps effectivement rémunéré. Compte tenu de ses 3,5 années passées au service du GTG, elle avait droit à une indemnité de fonction au sens de l'art. 7 du RPT de CHF 7'700.- (CHF 2'200.- x 3,5). Elle estimait l'indemnité due pour ses heures supplémentaires (art. 8 RPT) à CHF 3'453,65. En retenant une moyenne de dix heures de nuit par année, une indemnité de CHF 1'081,50 lui était due à ce titre (art. 10 RPT). Elle avait en outre droit à CHF 6'480.- d'indemnités de repas et collations (art. 11 RPT), à CHF 14'209,90 à titre de jours de repos non pris estimés à septante-deux (art. 14 à 16 RPT). En tenant compte du salaire mensuel moyen qui lui avait été versé (CHF 3'541,70), son manque à gagner salarial calculé sur trente et un mois s'élevait à CHF 73'727,30. Au titre du SPAM, elle avait enfin droit à CHF 17'760.- d'indemnité de licenciement (CHF 5'920.- x 3), à CHF 12'629,30 à titre de 13<sup>ème</sup> salaire progressif et à CHF 9'156.- à titre de participation au paiement de ses primes d'assurance-maladie, calculés en partant de la prime moyenne de CHF 436.- qui valait pour Genève en 2010.

Si la chambre administrative devait considérer par impossible qu'elle n'était pas en droit de bénéficier du statut de fonctionnaire municipal et que ses rapports avec la fondation relevaient du droit privé, la cause devrait être renvoyée au Tribunal des prud'hommes comme objet de sa compétence.

- 29) Par acte du même jour, l'une de ses collègues, Madame J\_\_\_\_\_, a également recouru auprès de la chambre administrative contre une décision que la fondation avait rendue à son égard dans des termes identiques. Dite procédure a été enregistrée sous numéro de cause A/1491/2011.
- 30) Dans sa réponse du 7 juillet 2011, la fondation conclut à l'irrecevabilité du recours pour défaut de compétence de la chambre administrative, subsidiairement à son rejet, « sous suite de frais et dépens ».

Selon l'art. 10 du Statut, le personnel technique et administratif travaillant au GTG était nommé fonctionnaire par la ville et soumis au SPAM. A l'époque des faits, certains de ces fonctionnaires étaient au surplus soumis au RPT dans la mesure prévue par son art. 1. Ce règlement ne s'appliquait qu'aux fonctions énumérées sous art. 2. Ni les régisseurs généraux, ni les régisseurs de scène, ni les topeurs lumière, ni les assistants metteurs en scène ne comptaient parmi le personnel de scène exhaustivement énuméré dans cette disposition. Les membres

de la direction générale et tout le personnel artistique étaient en revanche engagés par elle-même en vertu de contrats de droit privé et étaient exclusivement soumis au CO. Selon le règlement intérieur de la fondation du GTG, approuvé par le conseil administratif en application de l'art. 11 du Statut et en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> février 2004 (ci-après : le règlement intérieur), l'engagement du personnel artistique permanent sous contrat de droit privé était de sa compétence exclusive. La direction engageait en outre le personnel artistique, administratif ou technique temporaire sous contrat de droit privé. Trois types de collaborateurs existaient ainsi au sein du GTG, à savoir les fonctionnaires, soit le personnel permanent technique et administratif, les employés engagés de façon permanente sous contrat de droit privé, soit le personnel attaché à la production artistique ou occupant des fonctions artistiques, les employés temporaires, engagés sous contrat de droit privé et pour une durée déterminée.

Engagé en renfort pour une production ou un spectacle déterminé, le personnel temporaire était indispensable au bon fonctionnement d'un théâtre et n'était jamais engagé pour une durée indéterminée, que sa fonction soit artistique ou technique. Pour des raisons historiques, certaines personnes, soit des employés exerçant des fonctions techniques et qui auraient dû être engagés par la ville en qualité de fonctionnaires, ne l'avaient pas été et avaient dû être engagés par ses soins sous contrat de droit privé de durée indéterminée. Cette situation n'avait jamais concerné des employés temporaires et avait été corrigée par différentes mesures prises par la ville et elle-même. Toutes les personnes qui avaient dû être municipalisées l'avaient été depuis. Elle employait, pour sa part, deux types de temporaires. La première catégorie concernait les personnes engagées pour remplacer un fonctionnaire ou un employé de droit privé absent pour cause de maladie, accident ou autre. La seconde se composait de personnes engagées pour des périodes déterminées et en lien avec une production artistique spécifique. Ces temporaires venaient renforcer l'équipe des employés permanents, leur nombre variant d'une production à l'autre.

Dès 2007, elle avait établi un organigramme, lequel était adapté chaque année. A la lecture de celui portant sur la saison 2010-2011, il apparaissait que la régie de scène était rattachée à la production artistique et non au secteur technique. Les temporaires ne figuraient pas dans cet organigramme. Elle avait également adopté un catalogue de fonctions qui distinguaient clairement les fonctions artistiques de celles qui étaient techniques ou administratives. Ce document avait été établi paritairement avec les représentants de la commission des personnels du GTG et les syndicats, sur la base des définitions figurant à l'art. 35 OLT 2. Cette procédure avait abouti à la municipalisation, le 1<sup>er</sup> janvier 2011, des cinquante-deux personnes qui devaient l'être. La problématique des deux personnes exécutant le même travail pour un statut différent, évoquée par les commissions chargées d'examiner le budget 2009/2010 du GTG, concernait le personnel permanent, précisément celui qui avait été municipalisé. Ledit

personnel n'avait pas perçu d'arriérés de salaire à l'occasion de son changement de statut. Le courrier du 11 novembre 2008 auquel la recourante se référait ne concernait, de même, que ce personnel fixe. En application du Statut, la conclusion des contrats relatifs aux fonctions artistiques et aux travailleurs temporaires était restée de sa compétence exclusive. La régisseuse générale et les deux régisseurs de scène occupés de façon permanente étaient restés soumis au CO et n'étaient pas devenus fonctionnaires.

La recourante avait toujours fait partie de la catégorie des temporaires engagés en renfort et en lien avec des productions déterminées. Elle avait occupé des fonctions artistiques, en lien direct avec la création et la production d'un spectacle. Elle semblait ignorer l'essence même de ses activités. Le terme de régisseur technique n'était plus utilisé dans aucun opéra de Suisse. Le chef de plateau occupait cette fonction qui, à Genève, était une fonction municipale. Il se chargeait de tous les aspects techniques du spectacle, en coordonnant, notamment, l'activité des machinistes, le déplacement des décors, l'activité des cintriers, etc. La régie générale ou régie de scène avait notamment pour fonction de coordonner tous les aspects artistiques, de gérer tout ce qui avait trait au déroulement scénique et musical d'une œuvre. Les topeuses lumières devaient donner le « top » aux électriciens pour qu'ils envoient les lumières et se référaient, pour ce faire, à la partition et à l'orchestre. L'assistant metteur en scène assistait l'artiste dans la mise en place de sa mise en scène, ce qui n'avait rien de technique.

Hormis celui du 17 août 2007, les contrats conclus avec la recourante n'avaient jamais dépassé la durée de quelques semaines et avaient été entrecoupés de très longues périodes au cours desquelles elle ne travaillait pas pour le théâtre. Sa collaboration avait été sporadique, comme le démontraient les contrats produits. En 2006, ceux-ci couvraient cent-cinquante jours, en 2007 une période d'environ huit mois, en 2008 une période d'environ neuf mois et en 2009 cent-quatre jours. Certains concernaient les mêmes périodes durant lesquelles la recourante avait cumulé plusieurs missions et, partant, plusieurs revenus. Le dernier contrat temporaire conclu par les parties avait pris fin de lui-même le 23 juin 2009, de sorte que la recourante n'avait pas été licenciée. Les heures supplémentaires qu'elle prétendait avoir effectuées n'étaient étayées par aucune pièce. L'intéressée n'avait jamais réclamé aucun montant à ce titre de 2005 à 2009. Elle n'avait de même jamais demandé à être engagée par la ville, si tant est que cela eut été possible, ni n'avait bénéficié d'un traitement correspondant à celui d'un fonctionnaire. Elle avait signé et accepté ses contrats temporaires soumis au CO. Durant les périodes où elle ne travaillait pas au GTG, elle était libre de travailler pour d'autres employeurs. Ses vacances lui étaient payées en sus de son salaire, souvent prévu au forfait, lequel était généreux. En fin d'année 2008, M. H\_\_\_\_\_ lui avait expliqué qu'il n'entendait plus engager de nouvelles régisseuses de scène temporaires, mais remplacer cette fonction par celle d'un-e assistant-e metteur en scène engagé-e à titre permanent. Après cet engagement,

aucun contrat temporaire pour des régisseurs de scène n'avait plus été conclu, même si de nombreux intermittents travaillaient encore quelques mois par an au théâtre, à l'instar de la recourante.

La chambre administrative était incompétente à raison de la matière pour connaître du litige. Ayant occupé des fonctions typiquement artistiques, la recourante ne pouvait être engagée que par un ou plusieurs contrats temporaires de droit privé. Son recours devait être déclaré irrecevable, en l'absence d'un rapport de droit public. A considérer même qu'elle aurait exercé une fonction technique, le rapport de travail n'en resterait pas moins soumis au droit privé puisqu'elle n'avait été employée que par intermittence. Même en admettant que la recourante aurait dû être engagée par le conseil administratif, elle l'aurait été sur la base de contrats de droit privé, soit pour des durées limitées en vue de travaux particuliers ou saisonniers au sens de l'art. 2 SPAM. Les conclusions en paiement d'indemnités ressortant du RPT étaient irrecevables, ce dernier ne s'appliquant qu'aux fonctionnaires nommés et aux auxiliaire fixes engagés par la ville et non au personnel temporaire. Ledit règlement ne s'appliquait en outre qu'à certaines fonctions exhaustivement énumérées, dont celles de régisseuse de scène, d'assistante metteur en scène ou de topeuse lumière ne faisaient pas partie. Si la chambre administrative venait à considérer que la relation l'unissant à la recourante relevait du droit public, le recours n'en demeurerait pas moins irrecevable. Dans cette hypothèse, Mme X\_\_\_\_\_ aurait en effet dû exiger de la ville d'être nommée fonctionnaire, ce qu'elle n'avait pas fait. Elle aurait dû agir auprès de cette autorité, afin d'obtenir de celle-ci une décision sujette à recours, elle-même ne disposant pas de la légitimation passive.

Sur le fond, elle considérait qu'en tant qu'employeur soumis au CO, elle n'avait pas à agir comme une autorité administrative. Conformément à l'invite reçue de la chambre de céans, elle avait néanmoins rendu une décision. Celle-ci ne nécessitait pas d'instruction particulière, les faits étant connus. Le Statut avait été correctement appliqué, Mme X\_\_\_\_\_ n'ayant occupé que des fonctions artistiques et temporaires. La recourante ne pouvait pas prétendre aux indemnités prévues par le RPT qui ne lui était pas applicable. Les diverses indemnités réclamées pour heures supplémentaires ou inconvénients de service lui étaient d'autant moins dues qu'elle ne les avait jamais réclamées, ni établies. S'agissant de son salaire, la recourante devait s'adresser à la ville si elle voulait se voir appliquer le SPAM. Son mode de calcul était au demeurant particulièrement spécieux, puisqu'il revenait à exiger une rémunération pour les périodes durant lesquelles elle n'avait pas travaillé. Les contrats de droit privé conclus ne pouvaient, enfin, pas être assimilés à des « contrats en chaîne », à teneur de la jurisprudence applicable au CO. Mme X\_\_\_\_\_ avait en effet travaillé de manière tout à fait irrégulière, avec de longues périodes d'interruption. Elle n'avait pas travaillé pour l'ensemble des spectacles donnés au théâtre. Son activité avait été

purement temporaire au sens du droit privé. Ses prétentions étaient donc infondées.

31) Le 7 juillet 2011, le juge délégué a informé les parties que l'instruction de la cause lui paraissait terminée, leur impartissant un délai au 8 août 2011 pour formuler toute requête complémentaire, délai à l'échéance duquel la cause serait gardée à juger.

32) Par courrier du 8 août 2011, Mme X\_\_\_\_\_ a sollicité l'audition de Monsieur K\_\_\_\_\_ et de Madame L\_\_\_\_\_ en qualité de témoins.

Le premier travaillait au GTG depuis dix-sept ans et occupait le poste de sous-chef machiniste. Il avait une excellente connaissance des différents statuts des employés y travaillant et de leurs conséquences. Il serait en mesure de décrire le travail de régie, afin d'en déterminer le caractère technique ou artistique.

La seconde avait occupé pendant plus d'une année le poste de régisseuse chef *ad interim*, avant d'être remerciée par le GTG. Elle serait en mesure d'expliquer en quoi le travail de régie consistait et d'attester les horaires de travail conséquents de ce secteur. Elle pourrait également mettre en lumière les disparités de traitement entre les employés temporaires et les employés fixes du GTG.

33) Le 15 août 2011, la fondation s'est opposée à l'audition de témoins.

Les témoins cités par la recourante n'étaient pas en mesure de renseigner utilement la chambre administrative. La question de savoir si la recourante avait occupé une fonction artistique pouvait être résolue à la lecture des pièces. Elle ne pouvait l'être par un sous-chef machiniste, ni par Mme L\_\_\_\_\_, laquelle n'avait été engagée que pour une année, en remplacement de Madame M\_\_\_\_\_, soit de la régisseuse cheffe titulaire. Le témoignage de Mme M\_\_\_\_\_, qui travaillait au GTG depuis plus de quinze ans, serait donc plus pertinent. En sa qualité de responsable des ressources humaines au sein du GTG, Madame N\_\_\_\_\_ pourrait également apporter un éclairage intéressant.

34) Par courrier du 25 août 2011, Mme X\_\_\_\_\_ a persisté dans sa demande d'audition de M. K\_\_\_\_\_ et de Mme L\_\_\_\_\_ et s'est opposée à celle des personnes citées par la fondation. N'ayant pas agi dans le délai imparti, la fondation était forclosée à requérir l'audition de témoins.

35) Le 23 mai 2012, la recourante a prié la chambre de céans de fixer la suite de la procédure.

36) Le 4 juin 2012, le juge délégué a ouvert des enquêtes et convoqué les parties à une audience de comparution personnelle.

- 37) Le 15 juin 2012, Mme X\_\_\_\_\_ a versé à la procédure un chargé de pièces complémentaire.

Il s'agissait de cinq listes de responsables de spectacle pour les saisons 2007-2008, 2008-2009, 2009-2010, 2010-2011 et 2011-2012. Les deux premières listes mentionnaient la recourante aux postes de régie 2 ou de régie 3. Mme X\_\_\_\_\_ avait en outre surligné les noms des personnes qui, durant ces différentes saisons, avaient exercé les mêmes fonctions qu'elle au sein du GTG.

- 38) Le 20 juin 2012, le juge délégué a tenu une audience d'enquêtes, en présence des parties.

La fondation s'est déterminée sur les pièces complémentaires produites par la recourante. Celles qui portaient sur des périodes postérieures à son dernier engagement étaient couvertes par le secret de fonction et avaient été obtenues en violation de celui-ci. Elle ne s'opposait toutefois pas à ce qu'elles figurent à la procédure. Toutes les personnes dont la recourante avait surligné le nom avaient été engagées par ses soins sous contrats temporaires de droit privé de durée déterminée. Le dernier contrat de Monsieur O\_\_\_\_\_ avait duré du 8 janvier au 7 février 2008, celui de Madame P\_\_\_\_\_ du 27 avril au 19 mai 2009 et celui de Madame Q\_\_\_\_\_ du 2 novembre au 31 décembre 2010. Elle n'avait pas d'information concernant Madame R\_\_\_\_\_ que la liste de la saison 2009-2010 mentionnait en tant que régie 2 pour le spectacle Simon Boccanegra. Madame S\_\_\_\_\_, mentionnée à plusieurs reprises en tant que régie 2 à compter de la saison 2009-2010, était maître de ballet et avait également été engagée par ses soins sous contrat de droit privé. A la même période, elle avait engagé Monsieur T\_\_\_\_\_ sous contrat temporaire de droit privé au poste de régie 2. Il en allait de même de Madame U\_\_\_\_\_ durant la saison 2011-2012. Monsieur V\_\_\_\_\_ avait enfin été engagé sous contrat de droit privé du mois de janvier 2010 ou 2011 en qualité d'assistant metteur en scène permanent. Il avait démissionné pour la fin juin 2012. Toutes ces personnes étaient liées aux projets artistiques et aux spectacles du GTG.

- 39) Entendu comme témoin et délié de son secret de fonction, M. K\_\_\_\_\_ a déclaré avoir été engagé par la ville en septembre 1998 en tant que fonctionnaire municipal à 100 %. Il travaillait au sein du GTG où il occupait, depuis deux ans, le poste de sous-chef du service machinerie. Ce dernier montait les décors et assurait le fonctionnement de toutes les installations mouvantes sur scène. Il avait côtoyé la recourante lorsqu'elle était employée par le GTG, soit durant les spectacles où elle intervenait. Celle-ci ne collaborait pas au montage et au démontage des décors hors les périodes de spectacle. Il travaillait à cette époque en tant que cintrier, soit actionnait les câbles sur « top vocal » (commande) donné au talkie-walkie de la recourante. Cette dernière était son relais durant le spectacle, comme l'était également le metteur en scène ou la personne qui décidait de la façon dont les décors devaient être modifiés. Lui-même n'avait aucun

contact avec les personnes de la mise en scène. La recourante fonctionnait comme « topeuse » affectée à la technique et se tenait sur la scène. Sa responsable était la régisseuse principale ou première régisseuse, elle-même dirigée par le directeur technique qui chapeautait tous les aspects techniques (éclairage, décors, etc.). La régisseuse de scène était Mme M\_\_\_\_\_, sauf durant l'année où elle avait été remplacée par Mme L\_\_\_\_\_. La recourante n'exprimait pas d'avis artistique. Toutes les personnes chargées de la technique, telles les cintriers, les machinistes, les électriciens ou les mécaniciens, étaient soumis aux ordres de la régie de scène durant les spectacles, laquelle dépendait du metteur en scène et du directeur technique. Les topeuses faisaient partie de la régie de scène. Le metteur en scène consignait ses instructions dans une partition qui était tenue par la régisseuse principale et que les personnes chargées de la régie de scène devaient suivre pour donner les tops. Les techniciens comme lui ne pouvaient pas participer à cela, n'ayant pas fait de solfège. Ils avaient donc besoin du relais des topeuses et de la régie. Mme M\_\_\_\_\_ ou Monsieur W\_\_\_\_\_ leur donnaient également des tops. La régisseuse générale était en principe présente sur le plateau avec la recourante ; sinon, elle se tenait derrière son pupitre dans les coulisses, à la face.

En tant que fonctionnaire, il travaillait selon des services de 4h (8h-12h, 14h-18h et 20h-24h), l'horaire journalier étant en principe de 8h. Il récupérait ses heures supplémentaires. C'était son chef de service qui marquait les services accomplis et notait les heures supplémentaires. Le travail par service de 4h impliquait que tout service commencé soit dû, même si le travail effectif ne durait finalement que 2h. Il avait constaté qu'à côté des services qu'il effectuait conjointement avec la recourante, cette dernière effectuait des inter-services dans une annexe du GTG, par exemple à l'occasion de répétitions. Son chef de service ne s'occupait pas de contrôler l'horaire de travail de Mme X\_\_\_\_\_. Pendant les spectacles, le cintrier, les chefs de services et les personnes chargées de la régie, dont la recourante, arrivaient en règle générale une heure avant le début du spectacle. Un cintrier comme lui était le dernier à partir, tandis que la recourante restait également jusqu'à la fin du spectacle, s'occupant des tops pour les saluts.

Il ne connaissait pas les différents régimes sous lesquels les personnes travaillant sur les spectacles étaient engagés. Selon le dernier organigramme, un certain nombre de personnes travaillaient sous contrat de droit privé à l'année et de manière permanente. Le GTG engageait depuis toujours des temporaires pour la durée d'un spectacle. Ceux-ci effectuaient des manœuvres de la technique, leur nombre variant suivant l'importance du spectacle.

40) Mme L\_\_\_\_\_ a été entendue comme témoin lors de la même audience.

La fondation, qui l'avait employée durant deux saisons, l'avait déliée de son secret de fonction. La première année (saison 2007-2008), elle avait été engagée par mandats successifs en tant que régisseuse de production pour cinq des spectacles prévus. Un autre régisseur était intervenu sur les autres productions.

Durant la seconde année, elle avait été engagée à l'année, de manière permanente, en remplacement de Mme M\_\_\_\_\_. Son contrat prévoyait qu'il serait renouvelé d'année en année. Durant ces deux saisons, elle avait travaillé avec la recourante qui était son assistante.

Celle-ci exerçait la fonction de régie 2, soit une activité de coordination et de planification qui consistait à relayer les indications du metteur en scène, données sur le plateau et consignées dans une partition, auprès des différents départements techniques (maquillage, costumes, accessoires, machinerie, etc.). La recourante était entre autre chargée de donner le signal des entrées aux artistes, sur la base des indications de mise en scène qui lui étaient données. Lorsqu'elle l'avait côtoyée, Mme X\_\_\_\_\_ fonctionnait comme régie plateau, plutôt que comme topeuse, bien qu'elle ait pu être amenée à donner des tops. Ni la recourante, ni elle-même ne participaient au processus de création artistique qui était l'affaire du metteur en scène, de son assistant et du chef d'orchestre. Le directeur technique supervisait les différents corps de métier qui intervenaient pour assurer la sécurité et la bonne marche du spectacle. Il était son supérieur du point de vue de l'organisation, tandis que le metteur en scène ou le chef d'orchestre lui donnaient les instructions relatives au travail de régie. Vis-à-vis de ces dernières personnes, elle était le répondant de la régie plateau. La recourante avait participé à tous les spectacles des deux saisons dans lesquels elle avait elle-même travaillé. Elle évaluait à environ 10h à 11h par jour le durée des interventions de Mme X\_\_\_\_\_ lors des répétitions, cette durée étant plus courte lors des spectacles. Lors de ceux-ci, l'activité était déployée six jours par semaine et tous les jours de fête ou les dimanches. Le GTG n'offrait pas des spectacles durant toute l'année, mais en fonction de périodes déterminées. Entre les opéras, il y avait d'autres spectacles sur lesquels la recourante avait également travaillé, notamment pour les lumières.

- 41) Egalement entendue en qualité de témoin et déliée de son secret de fonction, Mme N\_\_\_\_\_ a déclaré avoir travaillé au GTG de septembre 2008 au 31 mai 2012. Jusqu'au 17 février 2011, elle y occupait le poste de gestionnaire au sein du service des ressources humaines (ci-après : RH), puis avait repris le poste de responsable RH que M. D\_\_\_\_\_ avait quitté. Jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2011, elle avait été employée par la fondation. Puis son poste avait été municipalisé.

C'était le service des RH qui décidait de l'engagement de personnes pour des postes de travail à durée indéterminée, que l'employeur soit la fondation ou la ville. Selon les besoins, son service procédait à la recherche et au recrutement de candidats. Il proposait ensuite une candidature au conseil de fondation qui l'acceptait ou non. S'agissant du personnel soumis à un contrat de travail municipal, le dossier était en outre soumis à l'approbation du conseil administratif.

Le personnel administratif et technique était engagé par la ville, tandis que le personnel artistique l'était par la fondation. Une note du bureau du conseil de fondation le précisait et la règle valait encore lorsqu'elle avait quitté son poste en mai 2012. Le personnel technique était composé de toutes les personnes œuvrant au bon fonctionnement des installations techniques, tandis que le personnel artistique se composait de toutes les personnes travaillant en lien avec la réalisation artistique. L'organigramme produit par la fondation détaillait cette organisation. Etaient considérés comme servant le projet artistique les collaborateurs dont les activités se situaient entre les aspects techniques et artistiques. Les « intermittents du spectacle », qui intervenaient sur un ou plusieurs projets artistiques, en faisaient partie. Les personnes s'occupant de la régie faisaient partie de la production artistique. Elles devaient disposer non seulement de compétences techniques, mais également mettre en œuvre la « patte artistique » du metteur en scène, soit ce que celui-ci voulait exprimer par son spectacle. Le catalogue exhaustif des fonctions du GTG produit par la fondation permettait de déterminer si une fonction était rattachée à la ville ou à la fondation. Il avait été négocié entre la fondation, la commission du personnel et les syndicats. Lorsqu'elle avait pris ses fonctions en 2008, ce document était en cours d'élaboration. Sur la base du catalogue, cinquante-deux employés de la fondation avaient été « municipalisés », sans obtenir un paiement rétroactif de salaire ou d'indemnités. L'objectif poursuivi était que le GTG n'emploie plus de collaborateurs exerçant la même fonction sous des statuts différents. Les personnes, qui n'avaient pas été incorporées à l'administration municipale, avaient continué sous le même statut et aux mêmes conditions salariales.

La fondation employait deux types de temporaires, à savoir ceux qui remplaçaient un employé absent et ceux qui devaient travailler sur une production, afin de renforcer l'équipe de base ou d'amener d'autres compétences. La responsable de la régie, soit Mme M\_\_\_\_\_, était une employée permanente. En fonction de la charge de travail prévisible des différents spectacles programmés sur la saison, elle obtenait un budget pour engager le personnel temporaire nécessaire. Celui-ci était engagé sur la base de contrats de droit privé soumis au CO qui pouvaient être de durée déterminée ou maximale. Le service RH engageait également du personnel technique et administratif temporaire sur la même base. Ces personnes engagées temporairement n'avaient pas d'exclusivité avec le GTG. Si elles ne travaillaient pas à 100 %, elles pouvaient avoir d'autres activités. Les maquilleuses travaillaient certaines fois à la télévision ou dans d'autres théâtres. Lorsqu'un temporaire était rémunéré « au service », il recevait l'entier de son salaire, même s'il avait travaillé moins. S'il dépassait son temps de service, cela signifiait qu'il en entamait un second qui lui était entièrement rémunéré. Lorsqu'un contrat d'engagement prévoyait une rémunération « à la prestation (4H) », cela signifiait une rémunération au service. Les vacances étaient rémunérées en sus au taux de 8,33 %. A son sens, les notions de rémunération forfaitaire ou de rémunération à la prestation étaient identiques. Il s'agissait

toujours d'une rémunération au service. C'était la responsable de régie qui transmettait au service RH les relevés de services sous forme de tableaux Excel. Il était arrivé que des collaborateurs viennent se plaindre auprès d'elle de n'avoir pas reçu l'intégralité du salaire qui leur était dû, notamment pour les jours fériés travaillés. Mme X\_\_\_\_\_ n'en faisait pas partie. Elle n'avait jamais réclamé le paiement d'heures supplémentaires ou d'autres indemnités. Le règlement prévoyant ces dernières n'était appliqué qu'aux fonctionnaires figurant à son art. 2. Aucun temporaire ne bénéficiait des indemnités prévues par le RPT, pas plus que les personnes au bénéfice d'un contrat de droit privé de durée indéterminée telles que Mme M\_\_\_\_\_ ou M. W\_\_\_\_\_.

L'opération de « municipalisation » n'avait pas concerné les employés temporaires sous contrats avec la fondation. Messieurs XA\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_, qui avaient été engagés par la fondation, n'avaient pas été incorporés directement au corps des fonctionnaires de la ville. Ils avaient postulé à des postes de machinistes, qui s'étaient libérés, et avaient été engagés à cette fonction. Il en allait de même de Messieurs Z\_\_\_\_\_ et AA\_\_\_\_\_, ainsi que de Monsieur AB\_\_\_\_\_. A l'arrivée de M. H\_\_\_\_\_, la fondation avait engagé deux personnes en tant qu'assistants régisseurs et assistants metteurs en scène, sous contrats de droit privé à durée indéterminée. La première avait depuis lors quitté son poste et la seconde, M. V\_\_\_\_\_, avait donné sa démission. A son sens, ces personnes seraient remplacées par des personnes fixes.

Elle n'avait pas connaissance des listes de personnel produites par la recourante le 15 juin 2012. Elle ignorait pourquoi les noms de M. T\_\_\_\_\_, de Mme Q\_\_\_\_\_, de M. V\_\_\_\_\_ et de Mme S\_\_\_\_\_ y figuraient. Les deux premiers avaient été engagés pour faire la régie 2 sur la base de contrats de durée déterminée liée à la durée du spectacle. Ils l'avaient vraisemblablement été pour effectuer un remplacement car M. H\_\_\_\_\_ ne voulait plus de contrats temporaires. Il fallait néanmoins s'adapter aux circonstances qui évoluaient. Les deux derniers avaient été engagés de manière fixe. Concernant Mme U\_\_\_\_\_ et M. T\_\_\_\_\_, dont les noms figuraient sur la liste de la saison 2011-2012, ils étaient des employés à durée déterminée. Elle ne savait pas pourquoi ils avaient été engagés. Il pouvait s'agir soit de remplacements, soit d'appoints nécessités par exemple par le fait qu'un metteur en scène n'avait pas d'assistant. Dans un tel cas, le régisseur fixe devait fonctionner en tant que tel et un remplaçant devait être trouvé pour effectuer la régie sur le plateau. En regard de cette même liste, elle confirmait que la fonction de régie de production équivalait à celle de régisseur de scène ou de régisseur général au sens de l'organigramme.

42) Mme M\_\_\_\_\_ a enfin comparu comme dernier témoin.

Elle travaillait au GTG depuis 1995. Elle avait débuté comme régisseuse de production et exerçait depuis dix ans la fonction de régisseuse générale. Son employeur était la fondation qui l'engageait à la saison, avec clause de

renouvellement automatique. M. W\_\_\_\_\_ et elle étaient restés employés par la fondation, lorsque certains postes avaient été municipalisés. En tant que régisseuse 2 engagée à titre temporaire en rapport avec certains spectacles, la recourante était son assistante. A ce titre, elle s'occupait soit de toper les entrées de scène, soit de toper les lumières. Elle n'avait jamais occupé le poste de régisseuse technique, ni exercé une fonction technique susceptible d'être municipalisée.

Sa fonction de régisseuse de scène ou de régisseuse générale était une fonction artistique. Elle travaillait en lien avec le metteur en scène ou le chef d'orchestre et faisait en sorte que le spectacle se déroule correctement. Le travail technique était exécuté par les machinistes, les électriciens et les accessoiristes. Son supérieur hiérarchique était le chargé de production artistique. Elle devait collaborer étroitement avec l'équipe artistique, soit avec l'équipe de production. L'équipe de régie 2 travaillait sous sa direction ou celle de son collègue régisseur de scène. Le régisseur technique occupait un poste différent. Il était le supérieur hiérarchique et le coordinateur de l'équipe technique qui faisait fonctionner la scène. Le RPT ne s'appliquait qu'à celle-ci et non à l'équipe de production artistique, soit à la régie de scène ou régie de production. Les régisseurs 2, les topeuses lumières, les régisseurs d'orchestres faisaient partie de cette équipe de production artistique.

La liste du personnel de la saison 2010-2011 produite par la recourante était établie par le bureau technique, afin que tous les intervenants d'un spectacle soient connus. Dans certains des spectacles indiqués, elle occupait la fonction de régisseuse de production, poste qu'elle occupait à chaque fois qu'elle devait intervenir dans un spectacle. Dans les autres cas, elle exerçait la fonction de régisseuse générale chargée de la planification des spectacles. En 2010-2011, c'était elle qui choisissait ses assistants, soit les personnes travaillant à la régie de production, la régie 2, la régie lumière et la régie surtitre. A l'époque de M. C\_\_\_\_\_, la direction artistique et les chargés de production validaient ses propositions d'engager des temporaires pour exercer les fonctions précitées. Ils lui soumettaient une liste de candidats et lui demandaient de répartir le travail équitablement. Ces candidats formaient ce que l'on dénommait les intermittents du spectacle. Ils avaient le droit de travailler pour d'autres employeurs entre deux engagements. A son entrée en fonction, M. H\_\_\_\_\_ avait voulu créer une nouvelle fonction d'assistant metteur en scène, engagé à l'année par la fondation. M. V\_\_\_\_\_ et Mme S\_\_\_\_\_, dont les noms figuraient sur la liste, avaient travaillé comme régisseurs 2 sur la base de contrats temporaires de durée déterminée. La seconde avait en réalité remplacé le premier. M. T\_\_\_\_\_ et Mme Q\_\_\_\_\_ avaient travaillé comme régisseurs 2 sur la base de contrats de durée déterminée lors des « Vêpres siciliennes ». La liste, qui ne mentionnait pas leurs noms en regard de ce spectacle, n'était donc pas à jour. En 2011-2012, les personnes qui avaient travaillé à la régie 2 dans les différents opéras de la saison

avaient été engagées sur la base de contrats à durée déterminée, à l'exception de M. W\_\_\_\_\_.

Concernant le contrat de travail temporaire du 27 juin 2007 de la recourante, qui mentionnait son engagement en qualité de « électricien/B, personnel technique attaché au plateau. Topeuse lumière », il datait d'une période antérieure à celle où M. C\_\_\_\_\_ avait décrété que le personnel travaillant sur le plateau était rattaché au personnel artistique et non à la technique. La recourante avait en l'occurrence été engagée comme topeuse lumière, fonction qui n'avait rien à voir avec celle d'un électricien puisqu'elle consistait à relayer les indications données par le metteur en scène et figurant sur la partition en mains de la régie de scène.

- 43) Le 24 septembre 2012, le juge délégué a tenu une audience de comparution personnelle des parties à laquelle Mme J\_\_\_\_\_ participait également.

Celle-ci a expliqué qu'elle avait présenté une offre spontanée au GTG en 2005 pour y travailler comme régisseuse de scène. A l'époque, elle avait été reçue par Monsieur AC\_\_\_\_\_ qui en était le directeur technique. Il lui avait donné l'occasion d'effectuer un stage, puis l'avait ensuite engagée pour un premier opéra le 31 janvier 2006. M. AC\_\_\_\_\_ l'avait de même engagée pour les opéras suivants. Au bout d'un certain temps, ses deux autres collègues (Mme P\_\_\_\_\_ et Mme A\_\_\_\_\_) et elle, qui exerçaient toutes la fonction de régisseuse, avaient commencé à se partager la saison en accord avec Mme M\_\_\_\_\_. Après une année, voyant que les choses fonctionnaient, M. AC\_\_\_\_\_ n'était plus intervenu et elles avaient réglé leurs engagements directement avec Mme M\_\_\_\_\_. Parallèlement, elles avaient été engagées par Monsieur AD\_\_\_\_\_, qui était chef électricien, pour s'occuper de la régie lumière pendant certaines répétitions jusqu'à la fin du spectacle. Sur certains spectacles, elle fonctionnait comme régisseuse de scène, sur d'autre comme régisseuse lumières et il lui était arrivé de temps à autre d'exercer ces deux fonctions sur un même spectacle. Il lui était également arrivé de n'exercer aucune fonction sur certains opéras. Sur trois ans et demi, elle estimait avoir travaillé à la régie plateau ou électricité pour dix-huit spectacles, ainsi que trois ou quatre récitals, sans compter l'hommage à Armin Jordan. Elle n'avait jamais fonctionné comme régisseuse dans des ballets. Concernant ceux-ci, il était rare que le GTG fasse appel à leurs services, car les ballets disposaient en principe de leur propre régisseur de scène.

Selon Mme X\_\_\_\_\_, son premier engagement au sein du GTG s'était déroulé de la même manière que celui de sa collègue. Elle avait eu un entretien d'embauche avec MM. AC\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_. Elle avait travaillé comme régisseuse de scène dans les opéras et fait des remplacements pour les ballets. A deux reprises, elle avait dû remplacer M. AE\_\_\_\_\_, un régisseur engagé par la fondation qui était tombé malade. Elle adhérait pour le surplus aux explications de Mme J\_\_\_\_\_, précisant que ses collègues et elle rencontraient Mme M\_\_\_\_\_ en février/mars pour convenir de la répartition des spectacles de la saison suivante.

Selon Madame I\_\_\_\_\_, présidente du conseil de fondation, huit opéras, deux ballets, trois ou quatre récitals, un ballet invité, de petits spectacles sur une soirée ou une semaine, des spectacles invités et plusieurs autres manifestations étaient donnés lors d'une saison au GTG. Pour les spectacles invités, le GTG mettait à disposition le personnel nécessaire. De l'avis de Mme J\_\_\_\_\_, ces spectacles étaient beaucoup moins nombreux sous l'ère de M. C\_\_\_\_\_.

Compte tenu du fait que certains spectacles se chevauchaient, qu'il pouvait également y avoir des périodes de latence et qu'elle travaillait six jours par semaine durant ses périodes d'activité, Mme J\_\_\_\_\_ évaluait son temps de travail au sein du GTG à un 70 % - 80 %. Mme X\_\_\_\_\_ arrivait au même pourcentage. En 2007, la recourante avait proposé un engagement fixe au taux de 50 % - 60 % à l'administrateur de production, Monsieur AF\_\_\_\_\_. Durant les temps de latence de deux à trois semaines qui pouvaient exister entre les spectacles, ses collègues et elle ne pouvaient pas travailler ailleurs, personne ne voulant les engager pour de si courtes périodes. Elle avait personnellement travaillé pour une production à Lausanne au début de son engagement, mais n'avait plus pu le faire ensuite, en raison du nombre de spectacles programmés au GTG et de la disponibilité dont celui-ci avait besoin pour des remplacements au pied levé. Entre deux contrats, elle percevait des prestations de l'assurance-chômage.

Selon Mme J\_\_\_\_\_, elles n'étaient certes pas obligées d'être disponibles, mais n'avaient en pratique pas le choix. Elle-même avait par exemple dû annuler des vacances pour remplacer un topeur lumière à l'avant-veille de la première de « BP\_\_\_\_\_ ». Son activité au sein du GTG était purement technique. Un régisseur de scène ou de lumières agissait sur instructions uniquement. Il ne prenait pas d'initiative, ni ne faisait de geste artistique. Il obéissait aux instructions du metteur en scène, de sorte qu'il n'y avait pas de différence entre son activité et celle d'un machiniste, d'un électricien ou d'un accessoiriste. Elle avait eu la chance de travailler à deux reprises comme assistante du metteur en scène et avoir donc pu voir la différence de ces métiers. Mme X\_\_\_\_\_ partageait ce point de vue. Dans son activité de régisseuse, elle devait établir un document intitulé « conduite technique », ce qui consistait à noter les données, soit techniques, soit de minutage, de manière à séquencer le spectacle. Il n'y avait rien d'artistique dans ce type d'activité. Tant les machinistes que les régisseurs étaient par ailleurs sous la direction du metteur en scène. Mme I\_\_\_\_\_ a relevé à ce propos que tous les artistes se trouvaient également sous la conduite du metteur en scène.

Mme J\_\_\_\_\_ a encore expliqué qu'au départ de M. AC\_\_\_\_\_ en début 2007, ses collègues et elle-même avaient approché M. AF\_\_\_\_\_ pour savoir ce qui allait se passer. Elles avaient eu plusieurs entretiens avec lui, puis avec M. D\_\_\_\_\_. Elles avaient également fait part de leurs inquiétudes à

M. AG \_\_\_\_\_ de la commission du personnel, ainsi qu'à Mme M \_\_\_\_\_, en leur proposant d'être municipalisées ou titularisées. Mme M \_\_\_\_\_ n'avait jamais voulu en entendre parler. Avant qu'il ne reprenne la direction du GTG, elles avaient eu un entretien avec M. H \_\_\_\_\_ qui les avait toutes rencontrées personnellement et les avaient rassurées sur leur avenir, en indiquant qu'il n'y aurait pas de licenciements. Cela n'avait pas empêché qu'elles soient ensuite remerciées par courriel, à un moment où il leur était impossible de retrouver du travail dans leur domaine. M. H \_\_\_\_\_ leur avait indiqué vouloir réorganiser la régie, mais rien ne s'était passé et celle-ci fonctionnait comme avant, avec d'autres personnes. Durant la saison 2008-2009, Mme X \_\_\_\_\_ n'avait pas retrouvé de travail. En revanche, elle avait exercé trois activités de régisseuse sur une année et demie à l'étranger. Depuis, elle avait changé de domaine d'activité. Mme J \_\_\_\_\_ n'avait retrouvé qu'un engagement comme régisseuse pour un spectacle à Lausanne, puis avait dû s'inscrire au chômage en 2009. Elle avait repris des études et également changé de secteur d'activité.

Mme I \_\_\_\_\_ a contesté que le temps de travail de Mmes J \_\_\_\_\_ et X \_\_\_\_\_ au sein du GTG ait pu équivaloir à un 70 % - 80 %. Selon leurs contrats de travail, qui avaient tous été produits, et les calculs effectués par ses soins, leurs temps de travail respectifs avaient été bien inférieurs. La réorganisation de la régie opérée par M. H \_\_\_\_\_ avait consisté dans l'engagement d'un assistant metteur en scène.

En fin d'audience, le juge délégué a imparti aux parties un délai au 31 octobre 2012 pour déposer leurs observations après enquêtes.

- 44) Le 30 octobre 2012, Mme X \_\_\_\_\_ a sollicité une prolongation de délai de quinze jours.
- 45) A cette même date, la fondation a déposé ses observations après enquêtes, persistant dans ses conclusions du 7 juillet 2011.

Conformément à son argumentation antérieure, la chambre administrative était incompétente à raison de la matière pour trancher le litige et le recours devait, partant, être déclaré irrecevable, subsidiairement, rejeté. La recourante avait échoué à démontrer qu'elle aurait fait partie du personnel permanent de la fondation, qu'elle aurait eu une fonction technique, qu'elle aurait dû percevoir le même traitement qu'un fonctionnaire ou que des montants fantaisistes devraient lui être versés rétroactivement depuis 2005. Elle n'avait pas été liée à la fondation par un rapport de droit public, laquelle n'avait au surplus pas la légitimation passive pour répondre de ses prétentions tenant dans une application rétroactive du SPAM.

Toutes les personnes attachées à la production artistique faisaient partie du personnel artistique, qu'elles participent ou non à l'acte de création. Cela résultait

de la loi (le Statut et l'OLT 2), de l'organisation du GTG telle qu'elle ressortait de l'organigramme établi dès 2007 en collaboration avec les représentants du personnel et les syndicats, comme des divers témoignages. La régie de scène, à laquelle la recourante appartenait, était rattachée à la production artistique figurant sous chiffre 2.3 [recte : 3.3] de l'organigramme et avait pour supérieur hiérarchique le responsable de la production artistique. Toutes les personnes y travaillant étaient engagées sous contrats de droit privé conclus par la fondation. La régie technique ou « technique de scène », qui recouvrait en fait la fonction de chef de plateau, était rattachée au directeur technique de la fondation, conformément aux ch. 3 et 3.1 [recte : 4 et 4.1] de l'organigramme et occupait des employés municipaux bénéficiant du statut de fonctionnaire. Ce personnel technique n'avait pas de contact direct avec l'équipe de production, dont la régie de scène était le relais. Cette distinction était connue et acceptée de tous, y compris des autorités, comme l'attestait le rapport du 3 août 2009 du conseil municipal concernant la proposition du conseil administratif PR-688. Elle résultait en outre clairement du catalogue des fonctions du GTG établi paritairement.

Ainsi, même si la recourante avait été engagée de façon permanente, elle l'aurait été sur la base d'un contrat de droit privé, à l'instar de Mme M\_\_\_\_\_ ou de M. W\_\_\_\_\_, échappant à la compétence de la chambre administrative. En l'espèce, elle avait été engagée en qualité de temporaire, c'est-à-dire en renfort des employés permanents pour des productions ou des spectacles déterminés, et l'avait donc nécessairement été sous contrats de droit privé. N'étant pas permanente, sa fonction ne pouvait pas être municipalisée, eût-elle été technique.

La recourante n'avait enfin pas droit à un délai de congé en vertu du principe des contrats en chaîne. Tous ses contrats n'avaient concernés que des missions temporaires, rattachées à des productions spécifiques. Ils n'avaient jamais dépassé la durée de quelques semaines et avaient été entrecoupés de très longues périodes où l'intéressée n'avait pas travaillé pour la fondation et était parfaitement libre de travailler pour d'autres employeurs ou de recevoir des indemnités de chômage comme tous les intermittents du spectacle. Mme X\_\_\_\_\_ n'avait pas prouvé les heures supplémentaires au paiement desquelles elle prétendait. Les témoignages avaient au contraire établi qu'elle était rémunérée au service et avait perçu le salaire qui lui était dû pour chacun d'entre eux.

- 46) Le 31 octobre 2012, le juge délégué a accordé la prolongation de délai sollicitée par la recourante et lui a remis copie des observations après enquêtes de la fondation.
- 47) Par courrier du 1<sup>er</sup> novembre 2012, la fondation a fait part de son désaccord concernant la prolongation de délai accordée à la recourante qu'elle jugeait contraire à la loyauté des débats.

- 48) Le 5 novembre 2012, le juge délégué a transmis copie de ce courrier à Mme X\_\_\_\_\_, l'informant qu'un délai serait accordé à la fondation pour déposer d'éventuelles observations complémentaires à réception de ses observations.
- 49) Le 14 novembre 2012, Madame X\_\_\_\_\_ a déposé des observations après enquêtes, ainsi qu'un chargé de pièces complémentaires, persistant dans ses conclusions du 20 mai 2011.

Le point central du litige consistait dans la qualification du travail qu'elle avait effectué au sein du GTG, soit à déterminer s'il s'agissait d'une activité technique ou artistique. Pour ce faire, il convenait d'examiner concrètement en quoi consistaient exactement ses activités en se fondant sur des critères objectifs et non pas sur l'organigramme et les définitions dont la fondation se prévalait. Ces éléments résultaient de la réorganisation, dont le GTG avait fait l'objet suite aux audits de 2007, et étaient bien postérieurs à son engagement, voire même à son licenciement. L'ensemble du personnel du GTG étant en principe soumis au SPAM à teneur du Statut, il convenait d'interpréter restrictivement les exceptions que constituaient les membres de la direction générale et le personnel artistique de scène.

Les témoignages de Mmes M\_\_\_\_\_ et N\_\_\_\_\_ devaient être appréciés avec la plus grande prudence, compte tenu du manque d'indépendance de ces personnes. A cela s'ajoutait le fait que Mme N\_\_\_\_\_ était entrée en fonction très tardivement, alors qu'elle-même se trouvait déjà sur « un siège éjectable ». Le témoignage de M. K\_\_\_\_\_ attestait du caractère technique de ses activités de régisseuse de scène ou de topeuse lumière. C'est la raison pour laquelle elle avait eu un entretien d'embauche et avait ensuite été engagée par le directeur technique de l'époque, M. AC\_\_\_\_\_, qui, selon M. K\_\_\_\_\_ et Mme L\_\_\_\_\_, était également le supérieur hiérarchique du régisseur général d'un point de vue organisationnel. Le fait que pour des raisons de pure convenance personnelle, Mme M\_\_\_\_\_ ait obtenu d'être formellement rattachée au personnel « artistique » n'y changeait rien. Tant d'un point de vue organisationnel que d'un point de vue matériel, ses activités en tant que régisseuse de scène ou de topeuse lumière relevaient en effet du domaine technique.

A l'inverse de ce que soutenait l'intimée, il était communément admis dans le monde du théâtre et de l'opéra que l'activité de régisseur de scène relevait de la filière technique et non artistique. Les trois documents qu'elle produisait, l'un émanant de l'Opéra national du Rhin sis à Strasbourg, le deuxième de l'Observatoire prospectif des métiers et des qualifications du spectacle vivant sise à Paris et le troisième du Centre suisse des services cantonaux de formation professionnelle, d'orientation professionnelle, universitaire et de carrière (ci-après : CSCO ; consultable à l'adresse <http://www.orientation.ch>) rattachaient tous cette activité à la filière technique. Seule la fondation persistait à qualifier cette

activité d'artistique, afin de continuer à pouvoir bénéficier de collaborateurs corvéables à merci sans avoir à leur reconnaître le statut auxquels ils avaient droit.

L'intimée n'avait produit que partiellement le commentaire du SECO d'avril 2010 concernant l'art. 35 OLT 2. A supposer que ce commentaire puisse servir à qualifier son activité, il contredisait la thèse de la fondation, puisqu'il qualifiait l'activité de régisseur principal de travail technique-artistique, soit d'interface au sens du témoignage de Mme L.\_\_\_\_\_ et n'en faisait donc pas un travail relevant du « personnel artistique » au sens de l'exception prévue à l'art. 10 ch. 4 du Statut. Cela valait *a fortiori* pour son activité de simple régisseuse de scène ou de topeuse.

Ses activités au sein du GTG ne pouvaient pas être qualifiées de temporaires ou d'intermittentes. De 2005 à 2009, elle avait voué une disponibilité totale à son employeur qui avait fait obstacle à toute autre activité professionnelle. Exception faite des ballets (sauf deux), elle avait participé à presque tous les spectacles donnés par le GTG durant cette période, comme l'attestait son certificat de travail du 23 juin 2009 qui retenait sa collaboration à une vingtaine de productions, ainsi que les témoignages de Mme L.\_\_\_\_\_ et de M. K.\_\_\_\_\_. C'était ainsi à tort que la fondation lui avait formellement fait signer une succession de contrats dits temporaires, en lieu et place de la mettre au bénéfice du RPT. Relevant du domaine technique, son poste aurait dû être municipalisé, afin de corriger les erreurs passées et d'appliquer correctement l'art. 10 ch. 4 du Statut.

- 50) Le 19 novembre 2012, le juge délégué a transmis les observations de Mme X.\_\_\_\_\_ à la fondation, lui accordant un délai au 10 décembre 2012 pour compléter les siennes propres.
- 51) Le 10 décembre 2012, la fondation a complété ses observations du 30 octobre 2012.

L'organigramme et les définitions auxquels elle se référait pour qualifier les activités de la recourante d'artistiques avaient toujours prévalu au sein de l'institution et avaient été acceptées par les autorités et les partenaires sociaux. Le fait que des travailleurs temporaires soient engagés par la fondation au moyen de contrats de droit privé avait, de même, toujours été admis et ce, depuis 1962. La qualification de la relation de travail des parties comme relevant du droit privé ressortait de critères objectifs. Preuve en était le fait que les fonctions de régie de scène étaient restées soumises à ce droit, même après le processus de municipalisation, lequel n'avait concerné que le personnel technique permanent. Ledit processus, initié par le conseil administratif et entériné par le conseil municipal, avait eu lieu le 1<sup>er</sup> janvier 2011, soit deux ans et demi après que la recourante ait quitté le GTG.

Les pièces produites par la recourante le 14 novembre 2012 devaient être écartées car elles étaient tardives. Celles qui concernaient la France étaient sans pertinence, tandis que celle du CSCO indiquait clairement que les métiers voisins de celui de régisseur étaient ceux de chef d'orchestre et de metteur en scène, soit des métiers hautement techniques.

Lors de sa comparution, la recourante avait admis qu'elle partageait la saison avec ses deux autres collègues, en accord avec sa supérieure hiérarchique, Mme M\_\_\_\_\_, avec laquelle elle réglait directement ses engagements. Cela montrait bien qu'elle ne participait pas à toutes les productions et que son supérieur n'était pas le directeur technique. Elle avait également admis s'adresser régulièrement à l'administrateur de production, soit à la personne chargée du domaine artistique, engagé, lui aussi, sur la base d'un contrat de droit privé.

Une saison minimale pour le GTG se composait de huit opéras, trois ballets et quatre récitals, ces chiffres pouvant augmenter. De 2005 à 2009, le GTG avait au minimum fourni quarante-quatre productions lyriques et chorégraphiques et seize récitals, soit soixante spectacles au total. Comme l'indiquait le certificat de travail de la recourante, celle-ci n'avait ainsi collaboré qu'au tiers d'entre elles et répondait ainsi bien à la qualification de travailleuse temporaire.

- 52) Le 11 décembre 2012, le juge délégué a informé les parties que la cause était gardée à juger.

## EN DROIT

- 1) a. La chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 132 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05). Sauf exceptions prévues par la loi, elle statue sur les recours formés contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6 al. 1 let. d et 57 LPA ; art. 132 al. 2 LOJ).
- b. A teneur de l'art. 4 al. 1 LPA, 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 de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b) et de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c). Sont notamment réputées autorités administratives au sens de l'art. 1 LPA, les autorités communales, les services et les institutions qui en dépendent (art. 5 let. f LPA).

c. Le délai de recours est de 30 jours s'il s'agit d'une décision finale ou d'une décision en matière de compétence (art. 62 al. 1 let. a LPA).

En l'espèce, Mme X\_\_\_\_\_ a recouru en temps utile contre le courrier de la fondation du 20 avril 2011, laquelle est une institution de droit public communal au sens de l'art. 5 let. f LPA. L'examen de la recevabilité du recours implique encore de déterminer si ce courrier, en tant qu'il rejette les prétentions de la recourante en paiement de diverses sommes d'argent, constitue bien une décision fondée sur du droit public fédéral, cantonal ou communal.

2) Dans sa réponse, l'intimée a en effet soulevé l'exception d'incompétence *ratione materiae*. Elle considère avoir été liée à la recourante par des contrats de travail de droit privé, de sorte que la chambre de céans ne serait pas compétente pour statuer sur le présent litige. Celui-ci ressortirait à la compétence de la juridiction des prud'hommes.

a. Pour déterminer si un rapport juridique relève du droit privé ou du droit public, on ne peut pas se fonder sur la qualification juridique utilisée par les parties. Ce qui est décisif, c'est le contenu réel du rapport de travail (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.151/2005 du 9 février 2006 consid. 5 et les références citées ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.136/2005 du 14 décembre 2005 consid. 3.1.1). Si une autorité est partie audit rapport de droit, le droit public est présumé applicable. En outre, les conditions d'engagement dans le secteur public sont en principe fixées par des décisions soumises à acceptation (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.151/2005 et 2P.136/2005 précités).

b. Les fonctionnaires et les autres agents soumis au droit public sont nommés par décision. La nomination est un acte unilatéral soumis à l'accord de l'intéressé. L'acte d'engagement ne contient pas les clauses qui fixeraient un régime individuel, mais soumet le fonctionnaire nommé aux normes générales régissant la fonction publique. Il ne renferme de spécifique que ce qui est nécessaire à l'individualisation de la charge à remplir ou de certaines prestations particulières (ATA/582/2011 du 13 septembre 2011 consid. 4b ; P. MOOR, Droit administratif, Vol. 3, 2<sup>ème</sup> éd., 1992, ch. 5.1.2.1 et 5.1.3.1).

c. Le Tribunal fédéral et la doctrine admettent le principe de l'application du droit privé dans la relation de travail entre un agent public et une collectivité publique pour autant qu'une base légale expresse le prévoit (ATF 118 II 213 = JdT 1993 I p. 634 consid. 3 ; Arrêt du Tribunal fédéral 8C\_467/2012 du 14 février 2013 consid. 5.4.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.18/2006 du 19 mars 2006 consid. 2.3 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.136/2005 précité consid. 3.2 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 87 ss, n. 269 et 270 ; B. KNAPP, Précis de droit administratif, 1991, p. 628, n. 3070). En principe, les rapports entre l'Etat et ses agents doivent être soumis au droit public, des rapports de droit privé n'étant admissibles que dans des circonstances exceptionnelles, par

exemple s'il s'agit de tâches de trop courte durée pour être confiées à des fonctionnaires et même à des employés ou, en cas de tâches spéciales, voire s'il est nécessaire d'individualiser le rapport juridique (JAAC 2000 III 64.64 consid. 1.b.aa ; ATA/582/2011 précité consid. 4c ; ATA/362/2010 du 1<sup>er</sup> juin 2010 consid. 7b). Le législateur peut, en édictant une norme claire à cet effet, décider de soumettre au droit privé ou permettre à l'autorité d'application de soumettre au droit privé certains rapports de travail du personnel étatique. La base légale autorisant le recours au droit privé peut être fédérale, cantonale, voire communale dans la mesure où le droit cantonal le permet. Elle peut aussi consister en une prescription autonome d'une entité décentralisée, mais, dans ce cas, le droit de la collectivité dont dépend cette entité doit expressément autoriser celle-ci à prévoir le recours au droit privé dans ses prescriptions autonomes. La base légale doit être formelle, par respect du parallélisme des formes, lorsqu'elle permet de déroger à un principe d'engagement de droit public lui-même prévu dans une loi formelle, ce qui est en pratique presque toujours le cas. Plus généralement, le principe même du recours au droit privé devrait figurer dans une loi formelle, les modalités pouvant faire l'objet d'une délégation (T. TANQUEREL, Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique, *in* Les réformes de la fonction publique, 2012, p. 71 à 73).

d. Dans la gestion de son personnel comme ailleurs, l'Etat doit respecter les principes et droits constitutionnels qui encadrent l'ensemble de son activité. Cette obligation concerne aussi bien les libertés que les principes de la légalité, de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire, de l'intérêt public, de la proportionnalité ou de la bonne foi. Il en va de même du droit d'être entendu (T. TANQUEREL, *op. cit.*, n. 58 ss et les références de doctrine et de jurisprudence citées). L'Etat doit respecter ces exigences constitutionnelles y compris lorsqu'il soumet son personnel à un régime de droit privé (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.137/2005 du 17 octobre 2005 *in* RDAF 2007 I p. 42 consid. 3.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.63/2003 du 29 juillet 2003 consid. 2.3 ; Contra : O. SUBILIA, Note au sujet de l'arrêt 2P.137/2005 : Les communes sont-elles condamnées à exercer leur puissance publique y compris contre leur volonté ?, *in* RDAF I 2007 p. 46 ss). Le pouvoir du législateur de prévoir la soumission du personnel de l'Etat au droit privé trouve ainsi sa limite dans le principe de l'égalité de traitement : l'existence de statuts différents – de droit privé ou de droit public – doit reposer sur des motifs objectifs suffisants. Tel est notamment le cas lorsque le recours au droit privé concerne des emplois de brève durée ou des tâches spéciales (T. TANQUEREL, *op. cit.*, n. 74). Au sein d'une même entité, l'existence de régimes différents doit ainsi faire l'objet d'un examen critique. Il n'y a *a priori* pas de raison d'y traiter différemment des employés effectuant un travail similaire. Le caractère véritablement temporaire d'un emploi peut en revanche constituer un critère admissible de distinction, mais non l'origine du financement du salaire (T. TANQUEREL, *op. cit.*, n. 75).

- 3) Formellement, Mme X\_\_\_\_\_ a été engagée à de multiples reprises par la fondation au moyen de contrats de travail temporaires de droit privé.

Ses contrats fixaient le poste à pourvoir, la durée de l'engagement, le taux d'activité et le salaire y relatif. Ils renvoyaient aux conditions générales d'engagement du personnel temporaire de la fondation qui les qualifiaient expressément de contrats de droit privé soumis au CO.

Ils ont été conclus par la seule fondation, représentée tantôt par son secrétaire général, tantôt par son directeur général agissant seul ou conjointement avec le directeur des RH, sans qu'aucune autre autorité n'intervienne dans les processus d'engagement.

Matériellement, la recourante n'a de même pas été traitée comme une fonctionnaire municipale. Elle n'a pas été soumise au SPAM, applicable à cette catégorie de travailleurs jusqu'au 30 décembre 2010 et remplacé depuis lors par le Règlement du personnel de la ville de Genève du 29 juin 2010 (RPVG – LC 21 151.30), et n'a en particulier pas été rémunérée en fonction de l'échelle de traitements prévue par cette législation.

Reste à examiner si la fondation disposait d'une base légale suffisante pour recourir au droit privé dans ses relations de travail avec Mme X\_\_\_\_\_ et si, cas échéant, elle a usé de cette prérogative dans le respect du principe de l'égalité de traitement.

- 4) L'art. 30 al. 1 let. t LAC dispose que le conseil municipal délibère sur la création de fondations d'intérêt public communal. Il partage cette compétence avec le Grand Conseil, auquel les statuts de telles fondations et leurs modifications subséquentes doivent être soumis pour approbation (art. 2 LFond). Le conseil municipal délibère en outre sur le statut du personnel communal et l'échelle des traitements et salaires (art. 30 al. 1 let. w LAC), tandis que le conseil administratif est chargé, dans les limites de la constitution et des lois, d'engager et de nommer le personnel de l'administration municipale, de fixer son salaire, de le contrôler et de le révoquer conformément au statut du personnel (art. 48 let. r LAC), respectivement d'édicter les règlements municipaux, à l'exclusion des domaines où les lois donnent cette compétence au conseil municipal (art. 48 let. v LAC).

L'acte constitutif de la fondation a en l'espèce été adopté conformément à la répartition des compétences précitées. Le Statut du GTG a en effet été approuvé tant par le conseil municipal en date du 21 avril 1964 que par le Grand Conseil en date du 20 novembre 1964. Ses prescriptions ont donc force de loi.

- 5) Selon l'art. 10 al. 1 du Statut, le conseil de fondation est l'organe suprême de la fondation. Sous réserve des compétences de l'autorité de surveillance (soit

du conseil administratif à teneur de l'art. 5 du Statut), il est investi des pouvoirs les plus étendus pour la gestion et l'administration de la fondation. Il est notamment chargé de présenter des propositions au conseil administratif en vue de la nomination ou de la révocation, par ce dernier, de tout le personnel permanent ou temporaire, ainsi que des sanctions éventuellement nécessaires. Le personnel est soumis au statut du personnel de l'administration municipale, dont il fait partie ; toutefois, les membres de la direction générale et le personnel artistique de scène peuvent être engagés par le conseil administratif en vertu d'un contrat de droit privé (art. 10 al. 2 ch. 4 du Statut).

Cette disposition n'a pas été modifiée depuis son adoption en 1964. A cette époque, le GTG, qui revêtait déjà la forme d'une fondation d'intérêt public communal, venait de connaître d'importants problèmes de gestion. Ceux-ci avaient contraint le conseil administratif à suppléer temporairement les organes de la fondation et à proposer au conseil municipal une refonte du Statut aux fins de renforcer les pouvoirs de contrôle et d'intervention des autorités municipales sur l'institution (cf. MGC 1964/II 1487 - 1489). Dans ce contexte, le nouvel art. 10 al. 2 ch. 4 a été présenté au vote du conseil municipal, puis du Grand Conseil, dans les termes suivants : « quant au personnel, il est dorénavant prescrit que tous les employés et ouvriers permanents du Grand-Théâtre sont soumis au statut du personnel de l'administration municipale et font partie de cette dernière, ceci à l'exception du personnel de caractère artistique dont l'engagement doit préférentiellement être régi par un contrat de droit privé de nature temporaire » (MGC 1964/II 1490). Le rôle de la fondation se limitait ainsi à « présenter les propositions au conseil administratif en vue de la nomination ou de la révocation, par ce dernier de tout le personnel permanent ou temporaire » (MGC 1964/III 1946).

Interprété selon son texte et la volonté concordante du législateur communal, l'art. 10 al. 2 ch. 4 du Statut donne ainsi au seul conseil administratif la compétence d'engager le personnel travaillant au sein du GTG, le conseil de fondation ne disposant que d'une compétence de proposition en la matière.

- 6) A une date inconnue de la chambre de céans, le conseil administratif a toutefois partiellement délégué cette compétence à la fondation.

Cela ressort notamment du règlement intérieur édicté par la fondation en application de l'art. 11 du Statut et approuvé par le conseil administratif le 1<sup>er</sup> février 2004 (ci-après : le règlement intérieur), auquel l'intimée se réfère.

Sous le titre « engagement de personnel », l'art. 6 du règlement intérieur dispose ce qui suit :

Le personnel du Grand Théâtre est engagé de la manière suivante :

1. Personnel engagé par le conseil administratif de la ville de Genève
    - a) Le directeur général et le secrétaire général sont engagés par le conseil administratif au moyen d'un contrat de droit privé, sur proposition du conseil de fondation, lequel devra avoir pris connaissance du préavis obligatoirement formulé par le bureau.
    - b) Le personnel administratif ou technique permanent appartenant à l'administration municipale de la ville de Genève est engagé par le conseil administratif, selon le statut de l'administration municipale, sur proposition de la fondation, conformément aux règles suivantes
      - pour le personnel supérieur (catégories hors cadre, 14e classe statutaire ou supérieure, ou traitement correspondant), la proposition est faite par le conseil de fondation qui, au préalable, aura pris connaissance des préavis obligatoirement formulés par le bureau et par la direction du Grand Théâtre ;
      - pour tous les autres membres du personnel, administratif ou technique (classes statutaires de 4 à 13, ou traitement correspondant), la proposition est faite directement par le bureau du conseil qui, au préalable, aura pris connaissance du préavis obligatoirement formulé par la direction du Grand Théâtre

Tous les cas de sanctions, de résiliation ou révocation, etc. concernant le personnel permanent appartenant à l'administration municipale de la ville de Genève seront traités également selon la procédure décrite ci-dessus.

La direction du Grand Théâtre propose au conseil administratif les confirmations définitives, les engagements et les changements de catégorie.

  - c) Le personnel administratif ou technique temporaire (y compris personnel de salle) est engagé par le conseiller administratif chargé du département des affaires culturelles au moyen d'un contrat de droit privé, sur proposition de la direction.
2. Personnel engagé par la fondation du Grand Théâtre
  - a) Les chefs d'un secteur artistique (tels que directeur du ballet, chef des chœurs, directeur technique ou autre fonction de même importance) sont engagés par la fondation au moyen d'un contrat de droit privé et sur décision du conseil de fondation, lequel devra avoir pris connaissance des préavis obligatoirement formulés par le bureau et la direction.
  - b) Le personnel artistique, administratif ou technique est engagé par la fondation au moyen de contrats annuels de droit privé sur proposition de la direction.
3. Personnel engagé par la direction

Le personnel artistique, administratif ou technique temporaire ou au spectacle est engagé par la direction conformément aux dispositions de l'article 5, litt. b ci-dessus et en respectant les dispositions en vigueur de la ville de Genève dans ce domaine.

A rigueur de texte, le règlement intérieur prévoit une compétence d'engagement concurrente du conseil administratif et de la fondation concernant le personnel administratif ou technique, permanent ou temporaire. (art. 6 ch. 1 let. b et c d'une part et art. 6 ch. 2 let. b et ch. 3 d'autre part). Suivant la personne de son employeur, le personnel administratif ou technique permanent se voit ainsi soumis à des régimes juridiques différents, à savoir au régime de droit public valant pour les membres de l'administration municipale dans le premier cas (art. 6 ch. 1 let. b du règlement intérieur) ou à des contrats annuels de droit privé dans le second cas (art. 6 ch. 2 let. b du règlement intérieur). Cette clause est l'illustration de l'inégalité de traitement que les audits de 2007 ont à juste titre dénoncée et à laquelle il aurait depuis lors été remédié moyennant la « municipalisation » de tout le personnel administratif ou technique exerçant une fonction permanente au sein du GTG. Concernant le personnel administratif ou technique temporaire, il est susceptible d'être engagé, à teneur de l'art. 6 ch. 1 let. c et ch. 3 du règlement intérieur, tant par le conseiller administratif chargé du département des affaires culturelles que par la fondation, au moyen d'un contrat de droit privé. L'art. 6 ch. 1 let. a du règlement intérieur donne enfin au conseil administratif la compétence d'engager, au moyen d'un contrat de droit privé, le directeur général et le secrétaire général du GTG, tandis qu'en vertu de l'art. 6 ch. 2 et 3, la fondation est seule compétente pour engager, au moyens de contrats de droit privé, les membres de la direction artistique et le personnel artistique.

Cette délégation de compétence du conseil administratif à la fondation concernant l'engagement de certaines catégories de personnel ressort également de la PR-688 du 11 mars 2009 en vue de l'approbation du budget de la saison 2009/2010 du GTG, du rapport de la commission des arts et de la culture et de la commission des finances du conseil municipal du 3 août 2009 relatif à cette proposition, de l'organigramme du GTG pour la saison 2010-2011 ou du catalogue exhaustif des fonctions établi par l'intimée en vue du processus de « municipalisation » précité. Les autorités communales en ont donc pleinement conscience et s'en accommodent.

La fondation disposerait donc de la compétence d'engager, au moyen de contrats de droit privé, les membres de la direction générale, le personnel artistique permanent et le personnel artistique, administratif ou technique temporaire du GTG, tandis qu'il appartiendrait au conseil administratif de n'engager que le personnel administratif et technique permanent. L'intimée résume de la sorte ses prérogatives en la matière.

La légalité de la délégation de compétence qui s'est en pratique opérée en faveur de la fondation paraît toutefois douteuse. Cette délégation ne trouve en effet ancrage que dans un règlement intérieur édicté en 2004 qui, tout en dérogeant au texte clair de l'art. 10 al. 2 ch. 4 du Statut, s'avère de rang inférieur. Certaines clauses de ce règlement ne seraient en outre plus appliquées, tel l'engagement par la fondation de personnel technique ou administratif permanent selon l'art. 6 ch. 2 let. b.

La question d'une éventuelle violation du principe de la légalité, comme des conséquences juridiques à en tirer pour le personnel engagé par la fondation souffrira toutefois de demeurer indécise dans la présente espèce en raison de ce qui suit.

- 7) L'art. 10 al. 2 ch. 4 du Statut distingue deux catégories de personnel susceptible de travailler au sein du GTG, à savoir le personnel permanent ou temporaire faisant partie de l'administration municipale d'une part et, d'autre part, les membres de la direction générale et le personnel artistique de scène.

A l'époque des faits litigieux, le régime juridique auquel était soumis le personnel appartenant à la première catégorie résultait du SPAM. Bien que ce dernier ait été remplacé par le RPVG en date du 31 décembre 2010, il reste déterminant en l'espèce, puisque les faits pertinents, soit les engagements successifs de la recourante par la fondation, se sont déroulés alors qu'il était en vigueur. Lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences juridiques d'un événement passé qui constitue le fondement de la naissance d'un droit ou d'une obligation, le droit en vigueur au moment de cet événement demeure en effet applicable (cf. T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 133, n. 408 et la jurisprudence citée).

Selon son art. 1, le SPAM s'appliquait à tous les fonctionnaires de la ville, à l'exception du personnel du service d'incendie et de secours soumis à un statut spécial. Toute personne nommée en cette qualité par le conseil administratif pour exercer, à temps complet ou à temps partiel, une fonction permanente au service de la ville était fonctionnaire au sens de ce statut.

Sous le titre « engagement de droit privé », l'art. 2 SPAM disposait :

Le conseil administratif peut engager, dans le cadre du budget et sur la base de contrats de droit privés ressortissant au titre dixième du Code des obligations :

- des auxiliaires fixes ;
- des agents spécialisés.

Est un auxiliaire fixe toute personne engagée pour une durée indéterminée en vue d'exercer une fonction permanente à temps complet ou à temps partiel.

Est un agent spécialisé toute personne engagée en raison de ses connaissances particulières et de son expérience pour accomplir une mission déterminée de durée limitée.

Les conseillers administratifs peuvent engager, dans le cadre de leur budget et sur la base d'un contrat de droit privé ressortissant au titre dixième du Code des obligations, des personnes en qualité de temporaires pour une durée limitée en vue de travaux particuliers ou saisonniers.

Des règlements distincts fixent les conditions générales d'engagement applicables à chacune de ces catégories.

En vertu de l'art. 3 SPAM, le conseil administratif était enfin habilité à édicter par voie de règlements ou d'ordres de service les prescriptions nécessaires à l'application du statut.

Le régime juridique des auxiliaires fixes était détaillé dans le règlement du personnel auxiliaire fixe de l'administration municipale du 14 janvier 1987 (LC 21 153 – ci-après : aRPAF), désormais abrogé. Selon les art. 1 et 2 aRPAF, les auxiliaires fixes étaient engagés par le conseil administratif, sous contrat de droit privé régi par les dispositions du règlement et subsidiairement par les art. 319 ss du CO. En dépit de ce renvoi au droit privé, les rapports de travail de cette catégorie de personnel de l'administration municipale relevaient toutefois du droit public, puisque leurs contours étaient précisément déterminés par le aRPAF. Ledit règlement prévoyait en effet la forme de l'engagement, lequel se faisait par lettre soumise à acceptation écrite (art. 3), les délais de résiliation (art. 5), la durée et l'horaire de travail (art. 6 ss), le droit aux vacances et congés (art. 34 ss) des intéressés, etc. L'art. 11 aRPAF soumettait en outre les auxiliaires fixes à la même échelle de traitements que celle des fonctionnaires, à charge pour le conseil administratif d'en classer la fonction au sein de celle-ci (art. 12 aRPAF).

Sur la base de l'art. 3 SPAM, le conseil administratif avait en outre édicté le règlement du personnel technique du Grand Théâtre de Genève du 1<sup>er</sup> juillet 1977 (LC 21 156 ; ci-après : aRPT), également abrogé depuis lors. Selon l'art. 1 aRPT, ce règlement s'appliquait au personnel technique (fonctionnaires et auxiliaires fixes) du GTG. Le personnel technique du Grand Théâtre comprenait le personnel de scène et le personnel des ateliers. Faisaient partie du personnel de scène : l'ingénieur-technicien ; le régisseur technique ; les machinistes ; les électriciens ; les mécaniciens-électroniciens ; les tapissiers-accessoiristes ; les habilleuses. Faisaient partie du personnel des ateliers : les constructeurs (menuisiers, ébénistes, serruriers) ; les décorateurs (peintres, décorateurs, graphistes, staffeurs) ; les tapissiers-accessoiristes ; les magasiniers (art. 2 aRPT). Les autres dispositions fixaient les conditions de travail de cette catégorie de personnel, à savoir la durée du travail (art. 3 aRPT), l'horaire de travail (art. 4 et 5 aRPT), les heures supplémentaires (art. 6, 8 et 9 aRPT), les heures de nuit (art. 10 aRPT), les

indemnités de fonction, de repas et de collations (art. 7 et 11 aRPT), les jours de repos et congés (art. 14 à 16 aRPT). Le SPAM était enfin applicable à titre supplétif (art. 23 aRPT).

Aucune réglementation particulière n'ayant été édictée pour les agents spécialisés et le personnel temporaire chargé de travaux particuliers ou saisonniers, ces catégories de personnel pouvaient en revanche être engagées par la ville au moyen de contrats de travail au sens des art. 319 ss CO. L'art. 2 du SPAM constituait une base légale suffisante au sens exigé par la jurisprudence pour permettre à la ville d'assujettir ces rapports de travail au droit privé.

A l'époque des faits litigieux, le personnel du GTG soumis au SPAM en vertu de l'art. 10 al. 2 ch. 4 *ab initio* du Statut pouvait donc être engagé soit en qualité de fonctionnaires ou d'auxiliaires fixes assujettis à un régime de droit public, soit en qualité d'agents spécialisés ou de temporaires affectés à des travaux de durée limitée au moyen de contrats de droit privé.

L'autre exception au principe de la soumission au droit public des rapports de travail du personnel travaillant au sein du GTG était et demeure toujours ancrée à l'art. 10 al. 2 ch. 4 *in fine* du Statut.

Cette disposition prévoit en effet expressément la possibilité de recourir au droit privé pour l'engagement des membres de la direction générale et le personnel artistique de scène du GTG. Compte tenu de son champ d'application limité, elle fait figure de *lex specialis* par rapport aux régimes généraux qui résultaient à l'époque du SPAM et résultent désormais du RPVG. Adoptée par le conseil municipal et approuvée par le Grand Conseil, elle déroge valablement à ces régimes généraux, tout en délimitant précisément le cercle des personnes visées, respectivement le régime juridique auxquelles celles-ci peuvent être soumises. Elle constitue donc une base légale formelle suffisamment claire pour asseoir un recours au droit privé.

- 8) Il reste à déterminer si Mme X\_\_\_\_\_ pouvait être soumise au régime d'exception prévue par l'art. 10 al. 2 ch. 4 *in fine* du Statut, soit engagée sous contrats de travail de droit privé en qualité de membre du personnel artistique de scène, ou si, au contraire, elle aurait dû être soumise au SPAM sous l'un ou l'autre des régimes prévus par cette législation.

Entre 2005 à 2009, la recourante a travaillé pour le compte du GTG sur une vingtaine de productions. Elle a alternativement exercé les fonctions de régisseuse de scène et de production, de régisseuse lumière, de régisseuse surtitres ou de régisseuse orchestre à l'occasion de différents spectacles. Selon elle, de telles activités relevaient, tant d'un point de vue organisationnel que matériel, du domaine technique.

Selon l'intimée, le personnel artistique de scène visé par l'art. 10 al. 2 ch. 4 *in fine* du Statut engloberait toutes les personnes attachées à la production artistique d'un spectacle que celles-ci participent ou non à l'acte de création proprement dit. La régie de scène, à laquelle appartenaient les différents postes occupés par Mme X\_\_\_\_\_, aurait pour fonction de coordonner tous les aspects artistiques d'un spectacle, soit de gérer tout ce qui a trait au déroulement scénique et musical d'une œuvre, et relèverait ainsi du domaine artistique. En référence à son organigramme établi dès 2007, la fondation expose que tout le personnel travaillant dans ce secteur serait engagé au moyen de contrats de droit privé, qu'il s'agisse d'employés permanents ou de temporaires, soit de personnes qui, comme la recourante, sont engagées en renfort de l'équipe de base sur une production déterminée. A l'inverse, le personnel exerçant des fonctions relevant de la technique de scène (la machinerie, le son et la vidéo, l'électricité, l'habillage, l'électromécanique, les perruques et le maquillage, les accessoires et les chefs de plateau) serait engagé par la ville et soumis au SPAM en application de l'art. 10 al. 2 ch. 4 *ab initio*. Si certains membres de ce personnel technique avaient, par le passé, été engagés sous contrats de droit privé, leur situation aurait été régularisée depuis lors, via le processus de « municipalisation » achevé en janvier 2011. Le personnel affecté à la régie de scène n'aurait en revanche pas été visé par ce processus, leur appartenance au secteur artistique n'ayant pas été remise en cause.

- 9) La notion de personnel artistique de scène contenue à l'art. 10 al. 2 ch. 4 du Statut est une notion juridique indéterminée qui laisse un pouvoir d'appréciation à l'autorité, celle-ci n'étant limitée que par l'excès ou l'abus de ce pouvoir. La chambre de céans revoit librement l'interprétation des notions juridiques indéterminées, mais contrôle sous le seul angle des limites précitées, l'exercice du pouvoir d'appréciation conféré à une autorité. Cette dernière doit notamment respecter les principes constitutionnels régissant le droit administratif, comme l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire (T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 168 ss, n. 507 ss).

Les témoignages recueillis en cours d'instruction concordent tous sur le fait que les différentes activités exercées par la recourante au sein du GTG revêtaient des composantes à la fois techniques et artistiques. Mme X\_\_\_\_\_ ne participait pas directement au processus de création artistique, qui était l'affaire du metteur en scène, de son assistant et du chef d'orchestre, mais relayait leur indications, consignées dans une partition, auprès des différents secteurs techniques (machinerie, accessoires, costumes, maquillage, etc.). Sous l'égide de la régisseuse principale, elle était chargée de planifier et de coordonner un spectacle, en étroite collaboration avec l'équipe artistique. Pour ce faire, elle devait disposer de compétences spécifiques, notamment de connaissances en solfège, qui n'étaient pas requises des personnes travaillant au sein des secteurs techniques précités (machinistes, cintriers, électriciens, etc.). A l'inverse de Mme X\_\_\_\_\_, ces techniciens n'avaient par ailleurs aucun contact avec les personnes chargées de la

mise en scène. Les activités de la recourante au sein de la régie de scène ne se confondaient ainsi pas avec celles d'un régisseur technique ou d'un chef de plateau, chargé de diriger et de coordonner la seule équipe des techniciens.

La nature hybride des activités exercées par un régisseur de scène est connue tant du législateur fédéral (cf. l'art. 35 OLT 2 qui distingue les travailleurs affectés à la réalisation technique-artistique – à savoir, selon le commentaire du SECO d'avril 2010, les travailleurs dont l'activité, tout en participant à la dimension artistique du théâtre, requiert un savoir-faire technique et qui doivent assurer une certaine continuité et une certaine responsabilité et ne peuvent donc être remplacés pendant la production et les représentations –, de ceux affectés à la création artistique des spectacles ou encore de ceux affectés à des activités nécessaires aux représentations, soit notamment les techniciens aux tâches dépourvues de dimension artistique), que des milieux du théâtre. Tout en le rattachant à la famille des techniciens, l'Opéra national du Rhin sis à Strasbourg décrit le régisseur général comme un « intermédiaire entre le chef d'orchestre, le metteur en scène, les artistes et les techniciens. En fonction de sa partition, aussi appelée 'conduite du spectacle', il supervise toutes les répétitions, puis les représentations. Il gère les artistes, leurs entrées et sorties, les manœuvres des techniciens, les changements de décors, etc. ». Selon l'Observatoire prospectif des métiers et des qualifications du spectacle vivant sis à Paris, le régisseur de scène « est un professionnel capable d'organiser, de coordonner et de participer à la mise en œuvre des activités techniques, des ressources humaines et des moyens matériels liés à la scène et/ou au plateau (machinerie, décors, accessoires...), avant, pendant et après le spectacle ou la manifestation. Ces activités sont menées en lien permanent avec l'artistique. Sous l'autorité de la direction technique, et en lien avec les autres régisseurs spécialisés, il est garant du bon déroulement du spectacle (...) et apporte des réponses aux demandes techniques et artistiques en respectant les règles de sécurité et d'organisation du lieu ». En Suisse également, les régisseurs de scène sont décrits comme « des techniciens responsables de la coordination de tous les éléments qui interviennent lors d'une représentation théâtrale. Ils font le lien entre le metteur en scène et les équipes artistique et technique et agissent comme des 'chefs d'orchestre' en donnant le départ du spectacle et en assurant le rythme et le bon déroulement » (cf. <http://www.orientation.ch>).

Compte tenu de ce qui précède, la fondation pouvait, sous contrôle des autorités municipales, légitimement interpréter la notion de personnel artistique de scène de l'art. 10 al. 2 ch. 4 *in fine* du Statut comme englobant le personnel travaillant, comme la recourante, à la régie de scène. Ce même personnel aurait également pu être rattaché à la catégorie des techniciens, soumis à l'ancien SPAM et désormais au RPVG en application de l'art. 10 al. 2 ch. 4 *ab initio* du Statut, l'une ou l'autre de ces deux solutions apparaissant soutenables en raison du caractère technico-artistique ou artistico-technique des activités concernées. Une

telle décision relevait du pouvoir d'appréciation de l'autorité compétente qui l'a en l'espèce exercé sans excès, ni abus.

La définition du personnel artistique de scène litigieuse apparaît d'autant moins arbitraire qu'elle n'a pas varié au fil des ans. La recourante n'a en effet pas démontré que des collaborateurs ayant occupé des fonctions parfaitement similaires aux siennes auraient été engagés comme membres de l'administration municipale et soumis à la réglementation y afférente. Il ressort uniquement de l'instruction de la cause que les diverses activités exercées par Mme X\_\_\_\_\_ comportaient une dimension technique présente dans d'autres fonctions, notamment celle de régisseur technique, sans que cette circonstance soit pour autant constitutive d'inégalité de traitement, puisque lesdites activités s'en distinguaient par ailleurs par leur dimension artistique. La fondation et le conseil administratif disposaient, partant, d'un motif objectif valable pour attribuer les collaborateurs travaillant à la régie de scène au personnel artistique visé par l'art. 10 al. 2 ch. 4 *in fine* du Statut.

- 10) Les rapports de travail de la recourante ont donc été soumis à bon droit au droit privé. Les prétentions pécuniaires que Mme X\_\_\_\_\_ déduit de ces rapports et que la fondation a rejetées par décision du 20 avril 2011 échappent, en conséquence, à la compétence de la chambre administrative.

La même conclusion aurait par ailleurs dû être tirée si les activités de Mme X\_\_\_\_\_ s'étaient avérées purement techniques. Dans cette hypothèse également, ses rapports de travail auraient en effet pu être soumis au droit privé en vertu de l'art. 2 du SPAM, dans la mesure où la recourante a toujours été engagée pour des périodes déterminées et en regard de certains spectacles, afin de renforcer, aux côtés d'autres collaborateurs coutumiers de telles missions temporaires, le personnel permanent du GTG.

- 11) Au vu de ce qui précède, le recours sera donc déclaré irrecevable. Il ne sera pas transmis d'office à la juridiction compétente, celle-ci n'étant pas une juridiction administrative au sens de l'art. 6 LPA (art. 64 al. 2 LPA). Dans la mesure où la compétence de la chambre des prud'hommes de la Cour de justice n'entre pas en ligne de compte s'agissant d'une juridiction de seconde instance, il ne sera de même pas fait application de l'art. 118A LOJ.

Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de Mme X\_\_\_\_\_ qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Deux des témoins entendus lors de l'instruction conjointe de la présente cause et de la cause n° A/1491/11 ayant en outre demandé à être indemnisés, il se justifie également de mettre à la charge de la recourante l'une des deux indemnités de CHF 180.- qui ont dû être versées auxdits témoins (art. 1 et 3 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). Aucune indemnité de procédure ne sera enfin allouée à Mme X\_\_\_\_\_, pas plus qu'à la fondation,

puisque celle-ci n'a pas engagé de frais particuliers pour la défense de ses intérêts (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

déclare irrecevable le recours interjeté le 20 mai 2011 par Madame X\_\_\_\_\_ contre la décision de la Fondation du Grand-Théâtre de Genève du 20 avril 2011 ;

met à la charge de Madame X\_\_\_\_\_, à titre d'émolument et de débours, la somme de CHF 680.-, incluant CHF 180.- de frais d'assignation de témoin ;

dit qu'il n'est pas 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 ;

communiquera le présent arrêt à Me Marc Mathey-Doret, avocat de la recourante, ainsi qu'à la Fondation du Grand-Théâtre de Genève.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, M. Dumartheray, Mme Payot Zen-Ruffinen et M. 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 :