

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/211/2009-FPUBL

ATA/553/2009

**ARRÊT**

**DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**du 3 novembre 2009**

dans la cause

**Monsieur X** \_\_\_\_\_

**Monsieur N** \_\_\_\_\_

**Monsieur O** \_\_\_\_\_

**Monsieur G** \_\_\_\_\_

représentés par Me Eric Mangué, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DES INSTITUTIONS**

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

## EN FAIT

1. Messieurs G\_\_\_\_\_, N\_\_\_\_\_, O\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_ sont fonctionnaires nommés au département des institutions (ci-après : DI). Ils sont contrôleurs au service de police frontière (ci-après : SPF) qui est rattaché depuis le 15 juillet 2001 à la police de sécurité internationale (ci-après : PSI).
2. Le 18 août 2008, l'Association du personnel de la police frontière (ci-après : APPF) a écrit, sous la plume du même conseil que celui des demandeurs, à la direction du service des ressources humaines du DI. Les collaborateurs du service de la police frontière étaient victimes d'inégalité de traitement par rapport à leurs autres collègues de la PSI. Ils n'étaient pas mis au bénéfice des mêmes prestations que ces derniers prévues par la loi sur la police du 27 octobre 1957 (LPol - F 1 05). Il convenait de restaurer les droits des personnes discriminées. Leur conseil était à disposition du DI pour examiner les solutions permettant de parvenir à rétablir une situation conforme au droit.
3. Le 8 octobre 2008, la directrice du service des ressources humaines du DI a répondu à l'APPF. Même si les collaborateurs du SPF avaient été intégrés à la PSI, ils avaient conservé leur statut antérieur et n'assuraient pas les mêmes tâches que leurs collègues. Ils n'avaient pas la même formation. Il leur avait été donné la possibilité d'effectuer une formation complémentaire. Certains d'entre eux avaient effectué cette démarche et avaient été promus agents. Les autres qui ne l'avaient pas accomplie conservaient leur statut antérieur, conformément à l'art. 13 du règlement relatif à la police de sécurité internationale du 16 février 2005 (RPSI - F 1 05.21).
4. Le 22 janvier 2009, les demandeurs ont saisi le Tribunal administratif d'une action en constatation de droit et d'une action pécuniaire visant à la reconnaissance de leur droit au paiement de diverses prestations prévues par la LPol ainsi qu'à la condamnation de l'Etat à payer certains montants.

Ils concluent préalablement à ce que le DI soit invité à produire tout document utile pour calculer l'indemnité pour inconvénient de service et celle pour servir de nuit auxquelles ils prétendent. De même, ils concluent à ce qu'un délai leur soit accordé pour compléter leurs moyens et amplifier leurs conclusions au vu de ces pièces. Ils sollicitent que les parties soient entendues et que des enquêtes soient ouvertes.

A titre principal, ils concluent à ce qu'il soit dit et constaté qu'ils ont un droit aux prestations prévues par les art. 43B et suivants LPol, notamment au remboursement intégral des frais médicaux pour maladie et à la prise en charge intégrale des cotisations d'assurance-maladie, au paiement d'un forfait mensuel

fixe pour les inconvénients de service représentant les 15 % du traitement initial d'un agent, à l'obtention d'un grade honorifique avec augmentations de salaires après six et douze ans de service ainsi qu'au paiement d'une indemnité pour service de nuit. De même, ils concluent à la condamnation de l'Etat de Genève à leur payer à chacun une indemnité dont ils ont donné, pour chacun d'entre eux, le montant pour les postes qu'ils avaient déjà pu chiffrer.

5. Par mémoire du 30 mars 2009, le DI a répondu. Il conclut au déboutement des demandeurs.

6. Le 26 mai 2009, le conseil de ces derniers a écrit au juge délégué. Il sollicitait un délai pour un nouvel échange d'écritures portant sur la recevabilité de sa demande au regard des nouvelles dispositions de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05) entrées en vigueur le 1er janvier 2009. Il n'avait pas pris en compte ces nouvelles dispositions dans le développement juridique de son mémoire introductif d'instance. Le DI n'en avait pas tenu compte non plus. La loi figurant sur le site internet officiel de l'Etat de Genève à l'époque du dépôt de la demande, n'avait pas encore été modifiée et ne l'était d'ailleurs toujours pas le 26 mai 2009.

7. Le 6 juillet 2009, les demandeurs ont ainsi déposé de nouvelles écritures. Leurs conclusions étaient identiques à celles présentées dans la demande du 22 janvier 2009.

La recevabilité des actions formées le 22 janvier 2009 devait être admise. La volonté du souverain et du législateur fédéral découlant de l'adoption de l'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) était de faciliter l'accès à la justice et non pas de l'entraver. Si à chaque fois qu'un agent public entendait recourir à la justice pour faire appliquer la loi en relation avec des prétentions pécuniaires dues statutairement, il devait au préalable solliciter une décision, cela revenait à entraver l'exercice de ses droits. Une telle interprétation de la loi cantonale laissait toute latitude à l'autorité publique pour tarder, voire refuser de statuer au risque pour l'intéressé de devoir agir dans un premier temps en déni de justice pour ensuite tenter une seconde procédure pour faire reconnaître ses prétentions. Il n'était d'ailleurs pas acquis que l'agent puisse prétendre dans tous les cas à une décision. En effet, les questions relatives au droit au traitement, étaient réglées par le statut de la catégorie d'agents publics auquel il se rattachait. Ce statut lui accordait un droit subjectif, soit une créance de droit public qui ne se distinguait d'aucune manière de tout autre créance qui résulterait d'un contrat de droit public. Dans ces circonstances, l'action prévue à l'art. 56G LOJ restait ouverte et la compétence du Tribunal administratif restait acquise.

Au surplus, les actions des demandeurs, introduites le 22 janvier 2009, faisaient suite à une prise de position du DI du 8 octobre 2008 par laquelle le service des ressources humaines du DI rejetait les prétentions des demandeurs. Ce

courrier revêtait toutes les caractéristiques d'une décision au sens de l'art. 4 al. 1 let. c de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), même s'il n'indiquait pas les voies de droit et les délais de recours. De ce fait, pour tenir compte du principe de la non rétroactivité des lois et d'économie de procédure, les conclusions sur l'action pécuniaire devaient être considérées comme recevables.

Subsidiairement, la cause devait être transmise au DI pour qu'il rende une décision, en application de l'art. 11 al. 3 LPA.

8. Le DI a fait savoir au Tribunal administratif le 10 août 2009 qu'il persistait dans ses conclusions.
9. Le 29 octobre 2009, le juge délégué a informé les parties que la cause était gardée à juger.

## **EN DROIT**

1. a. Le 18 septembre 2008, le Grand Conseil de la République et canton de Genève a modifié la loi d'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05). Cette nouvelle, entrée en vigueur le 1er janvier 2009, répond à l'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) qui garantit l'accès au juge et à l'art. 86 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) qui oblige les cantons à instituer des tribunaux supérieurs statuant en dernière instance comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral.
- b. Cette modification législative a notamment entraîné l'abrogation de l'ancien art. 56B al. 4 LOJ. Le Tribunal administratif est désormais compétent, en sa qualité d'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative, pour connaître également des recours contre les décisions concernant le statut et les rapports de service des fonctionnaires et autres membres du personnel de l'Etat (art. 56A al.1 et 2 LOJ). Quant à l'art. 56G LOJ qui réglementait l'ancienne action pécuniaire largement utilisée pour régler le contentieux financier de la fonction publique, sa teneur a été modifiée. Il s'intitule dorénavant action contractuelle et celle-ci est réservée aux prétentions fondées sur le droit public qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision et qui découlent d'un contrat de droit public.
- c. Le but du législateur est de simplifier le contentieux administratif de la fonction publique. La voie du recours au Tribunal administratif est ouverte en cas de litige entre un agent public et une collectivité publique portant sur des prétentions pécuniaires dans tous les cas où la détermination relative à celles-ci peut sans difficulté faire l'objet d'une décision ordinaire (PL 10253, ad art. 56G LOJ, p.49). La conséquence de cette modification est importante. Elle implique en

effet que l'agent public, avant d'agir en justice, présente sa requête à l'entité publique à laquelle il est rattaché pour qu'elle statue par une décision au sens de l'art. 4 LPA, la juridiction administrative n'intervenant plus que sur recours contre cette décision. De son côté, l'action contractuelle de l'art. 56G LOJ, n'est plus une voie de droit ouverte pour ce type de contentieux, étant désormais réservée à celui des contrats de droit publics (PL 10253, ad art. 56G LOJ, p.49).

2. Le nouveau droit s'appliquant à toutes les situations qui interviennent depuis son entrée en vigueur, c'est à l'aune des nouvelles règles d'organisation judiciaire qu'il y a lieu d'apprécier la recevabilité de «l'action en constatation de droit» et de «l'action pécuniaire» formée le 22 janvier 2009 par les demandeurs.
3. a. Au sens de l'art. 4 al. 1er de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), sont considérées comme des décisions au sens de l'art. 1 de cette loi, les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal ou communal et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits et des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (let. c). En droit genevois, la notion de décision est calquée sur le droit fédéral (art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 - PA - RS 172.021).  
  
b. La liste des autorités administratives habilitées à prendre de telles décisions est énumérée à l'art. 5 LPA. Le DI en fait partie (art 5 let. c LPA).
4. La démarche des demandeurs vise à obtenir du DI auquel ils sont rattachés d'être mis au bénéfice, comme leurs collègues de la PSI, d'un certain nombre d'indemnités prévues par la LPol. De telles prétentions peuvent sans autres faire l'objet d'une décision au sens de l'art. 4 LPA de la part du DI. Il s'agit en effet pour cette autorité d'examiner s'ils peuvent ou non être mis au bénéfice du statut complet reconnu aux agents de la PSI et de se déterminer sur les prétentions pécuniaires qu'ils formulent. Contrairement à ce que soutiennent les demandeurs, leur engagement à l'Etat ne découle pas d'un contrat de droit public, soit d'une convention qu'ils auraient passée avec l'Etat pour fixer leurs droits et leurs devoirs en rapport avec l'accomplissement d'une tâche d'intérêt public (ATF 102 II p. 56 ; HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, Zurich 5<sup>e</sup> ed., n° 1052, p.221). Il résulte d'un acte fondé sur une décision qui a pour conséquence l'application d'un régime statutaire unilatéral (P. MOOR, Droit administratif, 2e édition, tome II, n° 3.1.2.3. p.364 ; ibid., tome III n°5.1.2.1, p.210). Dans ces circonstances, la voie de l'action contractuelle au sens de l'art. 56G LOJ n'est pas ouverte, et chacun des demandeurs devait solliciter du DI qu'il statue sur sa situation et ses prétentions avant de saisir le Tribunal administratif d'un recours s'il voulait contester cette décision.

5. Les demandeurs considèrent que le courrier adressé par le DI à leur avocat le 8 octobre 2008 équivaut à une telle décision, ce qui permettrait d'admettre la recevabilité de leur demande. Indépendamment des autres questions de recevabilité que pourrait poser l'acte du 22 janvier 2009 puisqu'il devrait alors être considéré comme un recours, cette argumentation ne peut être suivie. La lettre en question, qui est une réponse générale du DI à la suite d'une démarche d'un syndicat pour des membres qu'il ne nomme pas, ne constitue pas une mesure d'une intensité individuelle et concrète suffisante au sens de l'art. 4 al. 1 LPA pour constituer vis-à-vis de chacun des demandeurs une décision ouvrant la voie à un recours.
  
6. Quel que soit l'état d'avancement de l'instruction de la présente procédure, le Tribunal administratif est lié par les nouvelles règles de répartition des rôles et des compétences entre autorités et juridictions administratives. La demande des quatre fonctionnaires sera déclarée irrecevable. Toutefois, en application de l'art. 11 al. 3 LPA, la cause sera transmise au DI pour qu'il statue individuellement sur les prétentions de chacun des demandeurs.
  
7. Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge des demandeurs pris conjointement et solidairement.

\* \* \* \* \*

## **PAR CES MOTIFS**

### **LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

déclare irrecevables l'action en constatation de droit et l'action pécuniaire formées le 22 janvier 2009 par Messieurs G \_\_\_\_\_, N \_\_\_\_\_, O \_\_\_\_\_ et X \_\_\_\_\_ ;

transmet la cause au département des institutions, pour traitement de celle-ci au sens des considérants ;

met un émolument de CHF 500.- à la charge de MM. G \_\_\_\_\_, N \_\_\_\_\_, O \_\_\_\_\_ et X \_\_\_\_\_ pris conjointement et solidairement ;

dit que, conformément aux art. 82 et ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Eric Mangué, avocat des demandeurs ainsi qu'au département des institutions.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy, Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. a.i. :

F. Rossi

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :