RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3519/2006-VG **ATA/460/2007**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 18 septembre 2007

dans la cause

Monsieur R_____
représenté par Me Bernard Ziegler, avocat

contre

CONSEIL ADMINISTRATIF DE LA VILLE DE GENÈVE

EN FAIT

1. Monsieur R_____, né le _____ 1944, est entré au service de la Ville de Genève (ci-après : la Ville) le 12 avril 1976. Il a été nommé, le 1er janvier 1988, directeur des services de constructions du département municipal "constructions et voirie".

   M. R_____ a atteint l'âge de la retraite le 12 avril 2006 conformément à l'article 99 alinéa 1 du Statut du personnel de l'administration municipale du 3 juin 1986 (LC 21 151 - Statut) et il est effectivement parti à la retraite, le 30 avril 2006.

   En 2006, le traitement mensuel brut de base de l'intéressé s'élevait à CHF 18'674,60.

2. Par décision du 21 octobre 2005, le Conseiller administratif en charge du département précité a prononcé la suspension provisoire de M. R_____ pour des raisons ne concernant pas le présent litige.

3. Cette décision a été confirmée le 26 octobre 2005 par le Conseil administratif de la Ville (ci-après : le Conseil administratif), qui a également décidé de l'ouverture d'une enquête disciplinaire à l'encontre de l'intéressé.

4. Selon un certificat médical du 24 octobre 2005, M. R_____ s'est trouvé dès cette date en incapacité totale de travailler pour une durée indéterminée.

5. Le 27 octobre 2005, M. R_____ a contesté l'intégralité des griefs formulés à son endroit dans la décision du 26 octobre 2005. Il n'a pas interjeté recours contre la décision de suspension temporaire prise à son encontre.

6. La commission d'enquête (ci-après : la commission) a procédé à des auditions les 8 novembre, 6, 7, 8, 12, 13, 15 et 22 décembre 2005, ainsi que le 19 janvier 2006.

7. Selon les certificats médicaux des 7 novembre et 7 décembre 2005, M. R_____ a été en incapacité totale de travailler jusqu'au 8 janvier 2006.

8. Le 3 janvier 2006, l'intéressé a eu un entretien avec Monsieur V_____, chef du service des relations humaines de la Ville, au cours duquel la question de ses vacances a été abordée.

9. Lors de la dernière audience d'enquêtes du 19 janvier 2006, la commission a imparti un délai au 3 février 2006 à la Ville et au 17 février 2006 à M. R_____ pour déposer leurs conclusions après enquêtes.

Par courrier du 1er février 2006, la Ville a indiqué n'avoir pas d'observations à formuler. Quant à M. R_____, il a déposé ses conclusions, le 15 février 2006.

10. Le 7 mars 2006, la commission a rendu son rapport.

11. Par courrier du 9 mars 2006, le Conseil administratif a fixé à M. R_____ un délai échéant le 17 mars 2006 pour présenter ses observations sur le rapport précité.

12. Par décision du 27 mars 2006, le Conseiller administratif André Hédiger a prononcé à un blâme à l'encontre de M. R_____, tout en le réintégrant dans ses fonctions.

13. Le 10 avril 2006, M. R_____ a informé le Conseil administratif du fait qu'ayant été réintégré dans ses fonctions le 28 mars 2006 et que partant à la retraite le 30 avril suivant, il ne pourrait prendre que 24 jours de vacances au lieu des 75,5 jours qui lui étaient dus. Il a dès lors demandé à ce qu'une indemnité lui soit versée pour les 51,5 jours de vacances restants, ce en sus de son dernier salaire.

14. Le bulletin de traitement du mois de mars 2006 indiquait un solde de vacances de 73,5 jours en faveur de M. R_____.

15. Le 10 mai 2006, la Ville a rejeté ladite demande. Au début du mois de janvier 2006, M. R_____ avait convenu avec le chef du service des relations humaines que son droit aux vacances devait être soldé avant la date de sa retraite et qu'il serait ainsi en vacances dès le 13 janvier 2006 à midi. Rien ne justifiait de revenir sur l'arrangement qui avait été pris.

16. Le 24 mai 2006, M. R_____ a prié le Conseil administratif de bien vouloir reconsidérer sa position et de lui verser le montant brut de CHF 44'903.- correspondant à l'indemnité sollicitée. La suspension provisoire dont il avait fait l'objet constituait une mesure provisionnelle qui devait préfigurer la décision sur le fond, sans pour autant lui causer un dommage. Le refus de son employeur de lui verser une indemnité pour les jours de vacances qu'il n'avait pu prendre en raison de l'enquête administrative lui causait un dommage illicite. Ce refus constituait une sanction disciplinaire déguisée.

17. Le 29 juin 2006, le Conseil administratif a confirmé sa détermination du 10 mai. M. R_____ avait demandé à son assistante, Madame O_____ de saisir le solde de ses vacances pour le 13 janvier 2006 à midi, ce qu'elle avait fait le 30 mars 2006 pour les mois de janvier et février et le 4 avril 2006 pour le mois de mars, les vacances étant saisies une fois le mois écoulé. C'était pour cette raison que les fiches de salaire des mois de mars et avril 2006 établies avant la fin du mois mentionnaient respectivement 73,5 jours et 18 jours de vacances.

18. En date du 27 septembre 2006, M. R_____ a déposé une action pécuniaire par devant le Tribunal administratif. Il conclut à ce que la Ville soit condamnée à lui payer la somme brute de CHF 44'903.- représentant l'indemnité relative à 51,5 jours de vacances, plus intérêts à 5 % dès le 30 avril 2006.

Le fonctionnaire qui avait reporté ses vacances avec l'accord exprès ou tacite de sa hiérarchie devait être protégé dans sa bonne foi. Il ne devait pas être privé de son solde de vacances, au motif qu'il apparaîtrait a posteriori au Conseil administratif ou à sa hiérarchie que le report de celui-ci n'aurait pas dû être admis. Cette solution s'imposait également dans l'hypothèse où un fonctionnaire n'avait pas pu prendre ses vacances en raison d'une enquête administrative ouverte à son encontre, exigeant sa présence à Genève. Celui-ci ne devait subir aucune conséquence négative du fait qu'il avait pleinement collaboré à la procédure et qu'il n'avait pas demandé à ce que les actes d'instruction soient reportés jusqu'à la fin de ses vacances.

Pendant la période du 21 octobre 2005 au 28 mars 2006, il n'avait pas pu prendre de vacances car il avait dû se tenir à la disposition de son employeur et de la commission pour les besoins de l'enquête. Au mois de mars 2006, il avait annulé un voyage prévu pour la semaine du 12 au 16 mars avec l'accord exprès de sa hiérarchie. Ce fait ressortait tant des bulletins de traitement des mois de janvier, février et mars 2006 que du courrier du 29 juin 2006, dans lequel le Conseil administratif ne remettait pas en cause son droit aux vacances. Il avait été obligé d'assister aux audiences d'enquêtes tenues les 8 novembre, 6, 7, 8, 12, 13, 15 et 22 décembre 2005, ainsi que le 19 janvier 2006. Compte tenu de la date fixée pour cette dernière audience, il avait dû annuler ses vacances d'hiver prévues durant la même semaine. Après cette date, la commission s'était réservé le droit de le reconvoquer. De plus, dite commission lui avait imparti un délai au 17 février 2006 pour déposer des conclusions après enquêtes et le 9 mars 2006, le Conseil administratif lui avait également fixé un délai arrivant à échéance le 17 mars 2006 pour présenter ses observations sur le rapport de la commission d'enquêtes du 7 mars 2006. Ayant dû se tenir à la disposition tant de la Ville que de la commission, il n'avait ainsi pas pu prendre l'intégralité de ses vacances avant sa retraite. Entendant être totalement innocenté à l'issue de l'enquête, il avait toujours pleinement collaboré à l'enquête et renoncé à user les voies de droit à sa disposition afin de ne pas retarder la procédure.

Ses conclusions s'imposaient également en raison du principe selon lequel une mesure provisionnelle devait préfigurer la décision sur le fond, sans causer un dommage à l'intéressé.

19. Le 17 novembre 2006, le Conseil administratif a conclu principalement à l'irrecevabilité de l'action pécuniaire de M. R_____ et, subsidiairement à son rejet. Le demandeur prétendait à tort qu'il n'avait pas pu prendre le solde de ses vacances avant la fin de ses rapports de service, au motif que l'enquête

administrative diligentée à son encontre aurait exigé de lui une disponibilité totale pendant toute sa durée. Sur la période des quelques trois mois qu'avait duré la procédure, il n'y avait eu que neuf jours d'audiences. La Ville n'avait jamais empêché le demandeur de partir en vacances pendant les jours où aucune audience n'était agendée, soit pendant quasiment deux mois et demi. Durant sa suspension, allant du 21 octobre 2005 au 27 mars 2006, M. R_____ avait été en incapacité de travail du 24 octobre 2005 au 7 janvier 2006. Dès le 8 janvier 2006, il avait recouvré sa pleine capacité de travail, date depuis laquelle il aurait pu prendre ses vacances.

Au début du mois de janvier 2006, un accord avait été conclu entre le demandeur et M. V_____ lui permettant de solder ses vacances avant son départ à la retraite. C'est ainsi qu'il avait pu "partir à la retraite" le 13 janvier 2006 à midi, au lieu du 30 avril 2006. Le demandeur n'avait apporté aucune preuve démontrant qu'il avait dû annuler des vacances entre le 15 et le 22 janvier 2006 ainsi que du 12 au 16 mars 2006. Partant, du 13 janvier 2006 à midi jusqu'au 30 avril 2006, M. R_____ était en vacances. La demande qui tendait au paiement d'une somme d'argent pour des vacances non prises visait en réalité à contester le moment où le demandeur avait été contraint à les prendre. Or, la Ville l'avait autorisé et enjoint à solder ses vacances pendant la durée de l'enquête. Cette décision relevait, selon la jurisprudence du Tribunal administratif, de la pure opportunité et ne pouvait faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, que ce soit par le biais d'un recours ou d'une action (ATA/617/2004 du 5 août 2004 ; ATA/332/2000 du 23 mai 2000).

Les autres arguments de la Ville seront examinés en tant que de besoin.

20. a. Le 19 janvier 2007, M. V_____ a été entendu en qualité de témoin par le juge délégué. Au début de l'année 2006, il avait eu un entretien avec M. R_____ au cours duquel tous deux avaient évoqué le futur départ à la retraite avec celui-ci. Le demandeur avait sollicité le décompte exact de son solde de vacances pour pouvoir les prendre avant son départ à la retraite. M. V_____ avait alors demandé à l'une de ses collaboratrices d'établir ce décompte qui avait été communiqué au demandeur. La gestion des décomptes de vacances était de la compétence du chef de service, respectivement du département. Il n'existait pas de compte rendu de cet entretien. En revanche, il y avait la trace de la demande qu'il avait faite à sa collaboratrice d'établir le décompte des vacances de M. R_____. Il restait à ce moment-là un solde de 55,5 jours de vacances non prises au 31 décembre 2005 et 18 jours de vacances pour l'année 2006 arrêtés au 30 avril de la même année. M. R_____ avait reçu cette communication et sur cette base, la date de la fin de son activité professionnelle avait été fixée au 13 janvier à midi.

b. M. R_____ a confirmé avoir eu un entretien avec M. V_____ le 3 janvier 2006 au sujet de son décompte de vacances. A ce moment, il pensait que l'enquête

serait terminée fin janvier, de sorte qu'il aurait pu être en vacances dès cette période. Or, une semaine après cet entretien, il avait reçu une convocation pour l'audience du 19 janvier. L'enquête administrative s'était achevée le 7 mars 2006. Cette procédure avait entraîné la perte réelle de ses vacances puisqu'il avait dû être présent, ne serait-ce que pour répondre à la presse et éviter qu'il ne se dise n'importe quoi. Il avait également été sollicité par son avocat pour préparer sa défense.

c. M. V_____ n'avait pas le souvenir que la discussion ait porté sur la fin de l'enquête. L'objet essentiel de l'entretien était le décompte précis des vacances de manière à ce qu'elles puissent être prises avant la retraite de l'intéressé. Le décompte de vacances apparaissant sur la fiche de paie d'un collaborateur pouvait ne pas être exact si des jours de vacances avaient été pris après l'enregistrement du solde qui devait figurer sur ladite fiche de paie.

d. M. R_____ a contesté avoir demandé à Mme O_____ de mettre à jour son décompte. Quant à M. V_____, il a confirmé le message électronique qu'il avait envoyé le 13 juin 2006 à M. B_____.

e. Sur question du conseil du demandeur, les saisies relatives aux décomptes de vacances laissaient des traces dans l'informatique, soit au niveau des services concernés, soit au niveau du service des ressources humaines.

f. S'agissant des vacances projetées du 15 au 22 janvier 2006, M. R_____ a indiqué qu'il devait se rendre dans un chalet chez des amis. Quant au déplacement prévu à Barcelone en mars 2006, il n'avait pas été remplacé ultérieurement. Le demandeur avait pris des vacances entre le 20 avril et le 14 mai 2006. Il n'avait pas requis le report de l'audience du 19 janvier 2006, ni de délai pour présenter ses observations après le 17 mars 2006 car il souhaitait que l'enquête se termine rapidement et, en tous cas, avant son départ à la retraite puisqu'alors, elle n'aurait plus eu d'objet. Il souhaitait être blanchi avant son départ.

g. Durant toute la période qu'avait duré l'enquête, soit jusqu'à la reddition du rapport le 7 mars 2006, il avait tenu à être à disposition des enquêteurs. Ceux-ci lui avaient d'ailleurs demandé de ne rien faire qui puisse retarder l'avancement de la procédure. En outre, cette affaire avait eu un retentissement médiatique important qui l'avait tenu sous une pression constante. Dès lors, même en demeurant à Genève, il ne pouvait pas considérer qu'il s'agissait d'une période de vacances.

21. Le juge délégué a tenu une audience d'enquêtes le 18 avril 2007. Mme O_____ a été entendue en qualité de témoin. Celle-ci avait vu M. R_____ pour la dernière fois, dans un contexte professionnel, en octobre 2005.

A cette époque, elle était responsable des décomptes de vacances pour toute la direction, y compris pour M. R_____. En octobre 2005, ils n'avaient pas évoqué le décompte des vacances de l'intéressé. Cette question avait été abordée dans le courant de l'été 2005. En effet, le demandeur devait prendre sa retraite fin avril 2006 et, à l'instar de ce qui se faisait pour les autres collaborateurs dans une situation analogue, elle avait établi une sorte de décompte de pré-retraite en déterminant le nombre de jours de vacances qui lui restaient jusqu'au dernier jour d'activité prévu. Le but de cette opération était d'indiquer à chaque intéressé à partir de quelle date il pouvait effectivement partir s'il ne prenait pas de vacances avant le jour de la retraite. Sauf erreur, dans le cas de M. R_____, celui-ci aurait pu quitter le service aux environs de mi-janvier 2006. Elle avait effectué le 30 mars 2006 des saisies de vacances selon les données en sa possession. Il s'agissait de mettre à jour le décompte du demandeur en fonction de la date effective de son départ à la retraite. M. R_____ n'avait pas pris de vacances depuis octobre 2005. Le but était qu'au 30 avril 2006, il n'ait plus de jours de vacances à prendre.

Le 1er janvier 2006 il restait 73,5 jours de vacances à prendre au demandeur, ce qui, décompté depuis le 1er mai 2006, donnait comme date de départ, le 13 janvier 2006 à midi. Mme O_____ a précisé que depuis qu'elle s'occupait des ressources humaines, elle n'avait pas eu connaissance de cas de personnes partant à la retraite avec un solde de vacances.

M. R_____ lui avait indiqué avoir pris contact avec M. V_____ au sujet de son décompte de vacances. Le témoin avait saisi les vacances de M. R_____ de sa propre initiative. Elle n'avait reçu aucune directive du service des ressources humaines ou du Conseil administratif. Elle avait attendu fin mars 2006 pour établir le décompte.

EN DROIT

1. Selon l'article 56 G de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ – E 2 05), le Tribunal administratif, siégeant au nombre de 5 juges, connaît en instance unique des actions relatives à des prétentions de nature pécuniaire fondées sur le droit public cantonal, de même que sur la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes, qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision au sens de l'article 56A, alinéa 2, de la présente loi, et qui découlent :

a. des rapports entre l'Etat, les communes, les autres corporations et établissements de droit public et leurs agents publics ;

b. des régimes de retraite des agents publics de l'Etat, des communes et des autres corporations et établissements de droit public ;

c. d'un contrat de droit public.

2. Sont des prétentions de nature pécuniaire, c'est-à-dire appréciables en argent, celles qui tendent directement à l'octroi de sommes en espèces, notamment au paiement de traitements, d'allocations, d'indemnités ou de prestations d'assurances. Rentrent aussi dans cette catégorie les droits qui sont étroitement liés à un rapport juridique appréciable en argent. Le Tribunal administratif est par exemple compétent pour statuer sur une demande en paiement de la réparation financière de désavantages que le fonctionnaire a subis en raison d'une clause illicite de traitement contenue dans l'acte d'engagement (ATF du 29 janvier 1987, publié in SJ 1988 p. 292) ou encore une demande de versement d'une allocation complémentaire de vie chère (ATA T. du 26 novembre 1974).

3. Ne sont, en revanche, pas des prétentions de nature pécuniaire celles qui ont trait à la création, à l'établissement et à la disparition des rapports de service (ATA/404/2004 du 18 mai 2004), à l'obtention d'une promotion ou d'un avancement (RDAF 1980 p 121), à la reconnaissance d'un diplôme (ATA M. du 11 septembre 1985), à la réintégration dans une classe de fonction antérieure (ATA R. du 2 octobre 1991) et à l'évaluation ou à la réévaluation d'une fonction (ATA G. du 17 octobre 1990) car alors, la prétention a, en réalité, deux objets, l'un pécuniaire et l'autre de nature différente. Comme l'aspect pécuniaire n'est pas susceptible d'être détaché, c'est-à-dire jugé de manière indépendante de l'autre objet pour lequel l'autorité hiérarchique dispose d'un entier pouvoir d'appréciation, personne ne saurait alors exiger d'elle qu'elle accorde une prestation dont l'octroi est laissé à sa discrétion. Dans ces cas, peu importe en définitive que le litige débouche sur l'allocation d'une somme d'argent, celle-ci apparaissant comme secondaire (ATA/404/2004 du 18 mai 2004).

4. Lorsque le demandeur, dont les rapports de service ont été résiliés, conclut au paiement d'une somme d'argent en compensation de vacances non prises pendant son service, sa prétention est a priori recevable dans le cadre de l'action pécuniaire, dès lors qu'il ne peut plus obtenir de jours de congés (ATA/683/2002 du 12 novembre 2002 ; R. du 13 février 1985 a contrario).

5. Le demandeur conteste avoir pu prendre ses vacances pendant la période courant du 21 octobre 2005 au 27 mars 2006, durant laquelle il a été suspendu et réclame une compensation en argent des jours de vacances qu'il n'aurait pas pris en 2005 et 2006, correspondant à 51,5 jours.

A l'appui de sa demande, il soutient qu'il n'a pas pu partir en vacances en raison de l'enquête dirigée à son encontre : d'une part, pour ne pas retarder le travail de la commission et d'autre part, du fait que cette période n'y était guère propice.

En l'espèce, il convient toutefois de considérer que le demandeur connaissait la date de son départ à la retraite, fixée au 30 avril 2006. Il ressort des enquêtes qu'il savait qu'il devait épuiser son droit aux vacances avant la fin de ses rapports de service. A ce sujet, le témoin O_____ lui avait précisé en été 2005, soit avant sa suspension, que s'il ne prenait aucune vacances d'ici là, il terminerait son activité aux alentours de la mi-janvier janvier 2006.

En prenant en compte la période d'incapacité de travail survenue pendant la suspension (du 24 octobre 2005 au 7 janvier 2006), le demandeur, suspendu, avait recouvré sa pleine capacité de travail dès le 8 janvier 2006.

Il résulte de l'entretien que le demandeur a eu avec le directeur des ressources humaines en janvier 2006 qu'il savait que pour épuiser son droit aux vacances, il devait quitter son poste le 13 janvier à midi.

Le seul fait qu'un employé fasse l'objet d'une suspension provisoire ainsi que d'une enquête administrative ne signifie encore pas qu'il soit empêché de prendre les vacances auxquelles il a droit.

Si un tel contexte a pu être ressenti d'un point de vue subjectif comme une contrainte de rester à disposition des enquêteurs, le demandeur n'a, à aucun moment, reçu l'interdiction de quitter le canton, et encore moins d'en faire la demande.

Ainsi, contrairement à ce qu'il prétend, aucun élément du dossier ne permet de conclure qu'il ait été empêché de prendre ses vacances pendant les derniers mois où il était en pleine capacité de travailler. Si l'on peut comprendre qu'il ait préféré renoncer à des déplacements à l'étranger ou chez des amis en raison de la période difficile qu'il traversait, il n'est pas établi que la commission ou son employeur l'auraient empêché d'aménager ses vacances comme il le souhaitait**.**

Ainsi, bien qu'elle tende au paiement d'une somme d'argent, la prétention du demandeur vise, en réalité, à contester le moment où celui-ci devait prendre ses vacances.

Or, comme l'a justement relevé l'intimé, cette décision relève de la pure opportunité et ne peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, que ce soit par le biais d'un recours ou par celui d'une action (ATA/617/2004 et ATA/332/2000 déjà cités).

6. Partant, la demande doit être déclarée irrecevable.

7. Vu l'issue du litige un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge du demandeur (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

déclare irrecevable l'action pécuniaire déposée le 27 septembre 2006 par Monsieur R_____ contre le Conseil administratif de la Ville de Genève ;

met à la charge du demandeur un émolument de CHF 500.- ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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 articles 113 et suivants 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'article 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 Bernard Ziegler, avocat du demandeur ainsi qu'au Conseil administratif de la Ville de Genève.

Siégeants : Mmes Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :	la vice-présidente :
C. Del Gaudio-Siegrist	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :