

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3810/2015-FPUBL

ATA/698/2016

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 23 août 2016**

dans la cause

**Monsieur A\_\_\_\_\_**

contre

**HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE**  
représentés par Me Pierre Martin-Achard, avocat

et

**FONDATION B\_\_\_\_\_**, appelée en cause  
représentée par Me Nicolas Wisard, avocat

---

## EN FAIT

1. Monsieur A\_\_\_\_\_ a travaillé en tant que médecin au sein des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après: les HUG) entre 1978 et fin octobre 2013.
2. La Fondation B\_\_\_\_\_ (ci-après: la B\_\_\_\_\_ ) est une fondation de droit privé basée à Genève et subventionnée par l'État de Genève et par la Confédération. Son but est la promotion des valeurs de respect, de dignité et de valorisation des personnes handicapées.
3. Par courrier du 13 mars 2013, les HUG ont accepté la démission de M. A\_\_\_\_\_ avec effet au 31 octobre 2013 et l'ont mis au bénéfice du plan d'encouragement à la retraite anticipée (ci-après: PLEND) à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2013.

Il s'engageait à ne plus travailler pour le compte de l'État de Genève ou d'un établissement public genevois. Les conditions spécifiques à cette procédure étaient régies par la brochure de l'office du personnel de l'État (ci-après : OPE) lui ayant été adressée fin novembre 2012.
4. Le 13 mars 2015, M. A\_\_\_\_\_ a demandé par courriel à l'OPE si, en tant que bénéficiaire du PLEND, il était autorisé à travailler pour la B\_\_\_\_\_ en tant que médecin-conseil à un taux d'activité de 20 %, sachant qu'il s'agissait d'une fondation de droit privé.
5. Par courriel du 13 mars 2015, l'OPE lui a répondu que la B\_\_\_\_\_ était assimilée à un établissement public genevois et qu'elle figurait sur la liste des établissements subventionnés. M. A\_\_\_\_\_ n'était dès lors pas autorisé à travailler pour elle.
6. Le 17 mars 2015, M. A\_\_\_\_\_ a requis des HUG une confirmation qu'une prise d'emploi au sein de la B\_\_\_\_\_ était incompatible avec le PLEND dont il bénéficiait.
7. Par courrier du 25 septembre 2015, les HUG ont confirmé à l'intéressé que bien que la B\_\_\_\_\_ soit une fondation de droit privé, elle figurait sur la liste des établissements assimilés aux structures étatiques et que, par conséquent, ils se ralliaient à la position de l'OPE du 13 mars 2015.
8. Le 6 octobre 2015, M. A\_\_\_\_\_ a sollicité une décision motivée de la part des HUG.
9. Le 21 octobre 2015, les HUG ont confirmé les termes de leur courrier du 25 septembre 2015.

10. Par acte du 30 octobre 2015, M. A\_\_\_\_\_ a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après: la chambre administrative), concluant à l'annulation de la décision du 25 septembre 2015 et à la confirmation que la prise d'emploi au sein de la B\_\_\_\_\_ est admissible et conforme aux règles régissant le PLEND.

La B\_\_\_\_\_ étant une fondation de droit privé, régie par le Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CCS - RS 210), la législation invoquée par les HUG sur laquelle ils basaient leur interdiction de travailler n'était pas applicable.

11. Le 11 décembre 2015, les HUG ont conclu au rejet du recours « sous suite de frais et dépens ».

Ils émettaient un doute quant à la recevabilité du recours, le courrier du 25 septembre 2015 n'étant pas une décision.

Une lacune proprement dite était présente dans la législation régissant les retraites anticipées pour les membres du personnel d'une institution étatique ou paraétatique. En effet, ladite législation ne mentionnait pas expressément une interdiction de travailler aux bénéficiaires de PLEND s'étendant aux institutions de droit privé subventionnées par l'État. Or, la B\_\_\_\_\_, malgré son statut d'institution privée, était listée par les fiches du « Mémento des instructions de l'OPE » (ci-après: MIOPE) n<sup>os</sup> 01.03.09 et 01.03.10, comme étant une entité au bénéfice d'un mandat de prestations de l'État de Genève et donc assimilée à une entité étatique. Dès lors, en la listant comme telle, l'OPE avait comblé cette lacune en élargissant ladite interdiction de travailler à ce genre de fondation et, partant, la décision querellée avait été valablement rendue.

12. Le 18 janvier 2016, la B\_\_\_\_\_ a demandé à être appelée en cause.

13. Par décision du 29 janvier 2016, la chambre administrative a admis la demande d'appel en cause.

14. Le 23 février 2016, la B\_\_\_\_\_ a transmis ses observations à la chambre administrative. La décision du 25 septembre 2015 devait être annulée et M. A\_\_\_\_\_ devait être autorisé à travailler pour elle.

La loi était claire et complète, de sorte qu'il n'y avait pas de lacune proprement dite à combler, et qu'en tout état, les directives du MIOPE ne constituant pas une base légale étaient sans pertinence dans l'objet du litige.

Même à admettre qu'une lacune existait, les HUG n'étaient pas compétents pour la combler.

15. Le 25 février 2016, M. A\_\_\_\_\_ a persisté dans ses conclusions et a repris en substance l'argumentation de la B\_\_\_\_\_.

16. Le 24 mars 2016, la cause a été gardée à juger.

### EN DROIT

1. a. L'intimée émet un doute quant à la recevabilité du recours du 30 octobre 2015 étant donné que la communication du 25 septembre 2015, reçue par le recourant le 2 octobre 2015, ne constituerait pas une décision au sens de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- b. Selon 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 le 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 corporations et établissements de droit public (art. 5 let. e LPA).
- c. La communication attaquée, même si elle ne mentionne pas les voies et délais de recours, comme devrait le mentionner chaque décision au sens de l'art. 46 al. 1 LPA, confirme une interdiction de travailler à l'encontre du recourant, ce qui a pour conséquence de constater l'inexistence du droit de travailler pour M. A\_\_\_\_\_ au sein d'une fondation. Il s'agit d'une mesure individuelle et concrète prise par une autorité compétente et fondée sur le droit public cantonal.

Le courrier du 25 septembre 2015 doit par conséquent être qualifié de décision. Le grief sera écarté.

2. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a, art. 63 al. 1 let. b et 17 al. 3 LPA).
3. Le recourant a été mis au bénéfice du PLEND à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2013, de sorte que les dispositions de l'ancienne loi instaurant des mesures d'encouragement à la retraite anticipée du 15 décembre 1994 (aLERA - B 5 20), en vigueur jusqu'au 31 décembre 2013, s'appliquaient jusqu'à son abrogation au 1<sup>er</sup> janvier 2014 par la loi sur la rente-pont AVS du 3 octobre 2013 (LRP - B 5 20).

La aLERA, à son art. 2 let. e, prévoyait comme condition que le membre du personnel bénéficiant du PLEND s'engageait, dès la fin des rapports de services, à ne plus travailler pour le compte de l'État de Genève ou d'un établissement public genevois.

D'après les dispositions transitoires de la LRP, l'art. 15 al. 1 et al. 4 de cette loi s'applique aux membres du personnel bénéficiant de rentes en cours au jour de l'entrée en vigueur de la présente loi (art. 20 al. 3 LRP).

L'art. 15 al. 1 LRP dispose que les membres du personnel au bénéfice d'une rente-pont AVS après une retraite anticipée par démission ne peuvent plus occuper de fonction permanente au sein de l'État ou d'une institution publique au sens de l'art. 2 de cette loi, intitulé « champ d'application », dont la teneur est la suivante :

« 1. La loi s'applique aux membres du personnel de l'État et des institutions de droit public dont les rapports de service sont régis par la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux, du 4 décembre 1997, ou par une loi de fondation de l'institution s'y référant obligatoirement.

2. Elle est également applicable aux membres du personnel dont les rapports de service relèvent de la loi sur l'instruction publique, du 17 septembre 2015, de la loi sur l'université, du 13 juin 2008, et de la loi sur la Haute école spécialisée de Suisse occidentale – Genève, du 29 août 2013. ».

4. Le droit des fondations est régi par les art. 80ss CCS.
5. a. La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Dans le cas où plusieurs interprétations sont possibles, le juge recherche la véritable portée de la norme en la dégagant de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but recherché, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort des travaux préparatoires (interprétation historique). Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important. Lorsqu'il est appelé à interpréter une loi, le Tribunal fédéral adopte une position pragmatique en suivant une pluralité de méthodes, sans soumettre les différents éléments d'interprétation à un ordre de priorité (ATF 140 V 485 consid. 4.1 ; ATF 140 V 227 consid. 3.2 et les arrêts cités).

L'interprétation de la loi peut conduire à la constatation d'une lacune. Une lacune proprement dite suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. En revanche, si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante. D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une lacune proprement dite appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle qui découle notamment du principe de

la séparation des pouvoirs, de corriger les silences qualifiés et les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant d'une norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution (ATF 140 V 485 consid. 4.1 ; ATF 139 I 57 consid. 5.2 et les arrêts cités).

6. Le MIOPE a valeur d'ordonnance administrative. Une telle ordonnance ne lie pas le juge, mais celui-ci la prendra en considération, surtout si elle concerne des questions d'ordre technique, tout en s'en écartant dès qu'il considère que l'interprétation qu'elle donne n'est pas conforme à la loi ou à des principes généraux (ATA/31/2012 du 17 janvier 2012 consid. 7 ; ATA/11/2012 du 10 janvier 2012 consid. 6b ; ATA/97/2011 du 15 février 2011 consid. 4 et les références citées). Les ordonnances administratives ne sont pas considérées comme des règles de droit (ATF 120 Ia 343). Reposant non sur une délégation législative formelle, mais sur le pouvoir hiérarchique ou le pouvoir de surveillance, elles ne doivent rien contenir qui sorte du cadre légal. Elles ne sont impératives pour les autorités d'application de la loi que dans la mesure où elles restituent le sens exact de celle-ci (ATF 121 II 473). Le juge ne doit en tenir compte que dans la mesure où elles permettent une application correcte des dispositions légales dans un cas d'espèce. Il doit en revanche s'en écarter lorsqu'elles établissent des normes qui ne sont pas conformes aux règles légales applicables (ATF 126 V 64).

7. En l'espèce, la B\_\_\_\_\_ est, selon ses statuts, une fondation de droit privé, régie par les art. 80ss du CCS. Elle ne rentre pas dans le champ d'application des dispositions de la aLERA et de la LRP, si l'on s'en tient à leur texte.

Pour l'intimée, il existerait une lacune proprement dite dans les dispositions susmentionnées et celle-ci serait comblée par les directives du MIOPE n<sup>os</sup> 01.03.09 et 01.03.10. Ces dernières préciseraient que la B\_\_\_\_\_ entre dans le champ d'application des art. 2 let. e aLERA et 15 al. 1 LRP.

Selon l'exposé des motifs du projet de LRP du 19 janvier 2012 (PL 10912), ce texte s'appliquait uniquement aux entités dont le personnel est soumis à la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05) en application d'une disposition légale formelle, et non à celles qui font référence à la LPAC par un règlement du personnel ou une convention collective de travail (PL 10912, p. 15 ad. art. 2 ; rapport 10912-A de la Commission des finances chargée d'étudier le projet de LRP du 29 juillet 2013, p. 64 ad art. 2). De plus, le législateur n'entendait pas interdire aux bénéficiaires de cette rente toute activité lucrative au sein de l'État ou d'institutions publiques, ceci pour des missions précises, bien délimitées et de courte durée car il serait regrettable de se priver de personnes bénéficiant d'un savoir-faire dans leur domaine qui nécessite une longue expérience (PL 10912, p. 21 ad art. 15). Ces propositions, longuement

discutées par la commission des finances, ont été adoptées par le législateur (cf. rapport 10912-a, p. 80).

Par ailleurs, une éventuelle lacune proprement dite ne peut être comblée par les fiches du MIOPE n<sup>os</sup> 01.03.09 et 01.03.10. La première fiche est établie en vue du traitement à appliquer à un nouveau collaborateur de l'État provenant d'un organisme appliquant les normes salariales de l'État, dont fait partie la B\_\_\_\_\_. Elle énumère des entités tant subventionnées que non subventionnées par l'État. Elle ne définit pas spécifiquement la B\_\_\_\_\_ comme une entité assimilée à une institution étatique. De plus, il est mentionné dans le MIOPE que les organismes listés, dont la B\_\_\_\_\_, ont une personnalité juridique qui leur accorde une certaine autonomie et que les collaborateurs qui quittent ces organismes pour entrer à l'État doivent démissionner et qu'il ne s'agit pas d'un simple « transfert ». Ainsi, une différence entre entités listées dans cette directive du MIOPE et entités étatiques est constatable. Concernant la fiche du MIOPE n° 01.03.10, elle vise les fondations ou établissements de droit public et autres établissements à prendre pour définir la date d'origine des droits. Il n'y est pas non plus mentionné que la B\_\_\_\_\_ est une fondation assimilée à une entité de droit public qui devrait être régie par le droit public. En tout état, les dispositions de la aLERA et de la LRP concernant les conditions d'interdiction de travailler pour une personne bénéficiant d'un PLEND sont suffisamment précises pour en apprécier le sens et les limites. Ces directives du MIOPE ne sont pas en lien direct avec les dispositions des lois précitées et ne viennent pas les préciser.

Ainsi, en l'absence d'une lacune proprement dite, voire d'un indice de lacune, dans la aLERA et dans la LRP, et en présence de lois complètes et claires, la chambre administrative constatera que la B\_\_\_\_\_ n'entre pas dans leur champ d'application et, partant, que les HUG ne peuvent pas interdire au recourant de travailler au sein de la B\_\_\_\_\_.

8. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et la décision attaquée annulée. Malgré l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge des HUG (art. 87 al. 1 2<sup>ème</sup> phr. LPA). Le recourant agissant en personne, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée. En revanche, une indemnité de procédure de CHF 500.- sera allouée à l'appelée en cause, à la charge des HUG (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

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

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 30 octobre 2015 par Monsieur A\_\_\_\_\_ contre la décision des Hôpitaux universitaires de Genève du 25 septembre 2015 ;

**au fond :**

l'admet ;

annule la décision des Hôpitaux universitaire de Genève ;

constate que Monsieur A\_\_\_\_\_ est autorisé à travailler au sein de la Fondation B\_\_\_\_\_ sans conséquence à l'égard du PLEND dont il bénéficie ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 500.- à la Fondation B\_\_\_\_\_, à la charge des Hôpitaux universitaires de Genève ;

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 Monsieur A\_\_\_\_\_, à Me Pierre Martin-Achard, avocat des Hôpitaux universitaires de Genève, ainsi qu'à Me Nicolas Wisard, avocat de la Fondation B\_\_\_\_\_.

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