

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/467/2008-CE

ATA/202/2008

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 29 avril 2008

dans la cause

M. X _____
représenté par Me Henri Nanchen, avocat

contre

CONSEIL D'ÉTAT

EN FAIT

1. M. X_____ a été engagé en qualité d'auxiliaire comme "commis administratif 4" du service des établissements de détention (ci-après : SED ou le service) au département de justice, police et sécurité, devenu depuis le département des institutions (ci-après : DI) en classe 10/00 à un taux d'activité de 100 % du 17 au 28 février 2003, en tant qu'éducateur non diplômé affecté à la maison de M_____ (ci-après : M_____ ou l'établissement). Cet engagement a été successivement reconduit pour les périodes du 17 mars au 31 juillet 2003, du 1^{er} août 2003 au 31 mars 2006 et prolongé à titre exceptionnel jusqu'au 31 octobre 2006, afin de lui permettre de s'inscrire auprès de l'institut d'études sociales (ci-après : IES) de la haute école de travail social (ci-après : HETS) en vue d'une formation d'éducateur spécialisé qui lui permettrait d'être engagé à long terme au sein du SED.
2. Entre septembre 2003 et juin 2004, M. X_____ a suivi des cours de soir et passé des examens à l'école de culture générale pour remplir les conditions d'inscription à l'IES.
3. Suite au courrier du 9 octobre 2006 de la sous-commission d'admission de l'IES approuvant la poursuite de la procédure d'admission de M. X_____, ce dernier a été nommé, par arrêté du Conseil d'Etat du 8 novembre 2006, fonctionnaire dès le 1^{er} novembre 2006 en tant que "commis administratif 4", classe 11/02 de l'échelle des traitements, avec les mêmes affectation et taux d'activité que précédemment.
4. Par courrier du 29 juillet 2007, M. X_____ s'est adressé à l'office du personnel de l'Etat de Genève (ci-après : l'Etat) du département des finances afin de s'enquérir des effets sur son traitement de sa future diminution de taux d'activité à 70 %. L'office n'a pas répondu mais a transmis la missive au service des ressources humaines du DI (ci-après : RH).
5. Le 3 août 2007, M. X_____ a signé un contrat pédagogique tripartite avec le directeur de M_____ et un représentant de l'IES, dans lequel il était spécifié que son taux d'activité serait de 70 % pendant sa formation.
6. Le 27 août 2007, l'IES a confirmé au directeur de M_____ que M. X_____ commencerait sa formation à partir de la semaine du 17 septembre 2007, en précisant que son taux d'activité pendant cette période serait de 70 %.
7. Le 15 octobre 2007, M. X_____ a annoncé par écrit au directeur du SED qu'il s'opposait à une réduction de 30 % de son traitement, aucune justification juridique ne lui ayant été donnée. De plus, une telle mesure serait discriminatoire

car contraire à la pratique de l'Etat en matière d'encouragement à la formation continue.

8. Le 18 octobre 2007, le directeur du service a répondu que l'Etat ne prenait plus en charge, depuis de nombreuses années, la formation en cours d'emploi des travailleurs sociaux. Celle-ci devait donc s'effectuer durant leur temps libre. Depuis 2001, plus de 10 collaborateurs avaient dû diminuer leur temps de travail de 100 % à 70 % afin de mener à bien leur formation, qui ne pouvait être menée de front avec un plein emploi. Il a demandé de M. X_____ une confirmation écrite selon laquelle celui-ci s'était engagé, en débutant son activité à M_____, à suivre la formation en emploi d'éducateur social et s'il s'était jamais renseigné sur les conditions de travail liées à la formation en emploi auprès de ses collègues ou de ses supérieurs durant ces quatre dernières années. L'intéressé n'a pas répondu à ce courrier.
9. Le 7 novembre 2007, le syndicat des services publics a adressé un courrier aux RH, en demandant de maintenir le taux d'activité de M. X_____ à 100 % avec une décharge de 30 % de son temps de travail, comme c'était déjà le cas actuellement, l'intéressé ayant commencé sa formation en septembre 2007. Par ailleurs, il ne pouvait se permettre une baisse de salaire, car ses "charges financières correspondent au revenu qui est le sien depuis presque cinq ans".
10. Le 26 novembre 2007, les RH ont répondu au courrier du 29 juillet 2007 de M. X_____. La vocation du DI n'était pas de proposer des formations de base à son personnel, mais des formations continues en vue d'un perfectionnement utile à la fonction. Lors de son engagement en 2003, l'intéressé n'avait pas la formation de base requise et il avait été convenu que celui-ci devrait l'assumer. Il ne s'agissait donc pas d'un cas de formation en cours d'emploi. D'autres collaborateurs qui avaient suivi le même cursus étaient dans la même situation. Les RH ont donc décidé d'abaisser le taux d'activité de M. X_____ à 70 % dès le 1^{er} octobre 2007.
11. Par arrêté du Conseil d'Etat du 17 décembre 2007 avec effet au 1^{er} octobre 2007, M. X_____ a été promu à la fonction de "commis administratif 5", classe 13/02 de l'échelle des traitements, avec la même affectation que précédemment, mais avec un taux d'activité de 70 %. Il s'ensuivait une baisse des revenus mensuels de CHF 1'288,80. Cet arrêté a été notifié le 16 janvier 2008.
12. Par acte du 15 février 2008, M. X_____ a recouru auprès du tribunal de céans contre cet arrêté de promotion. Il concluait principalement à ce que l'arrêté soit annulé et que son traitement s'élève au 100 % de la classe 13/02 de l'échelle des traitements dès le 1^{er} octobre 2007, subsidiairement à sa réintégration à 100 % en qualité de commis administratif 4, classe 11/03 de l'échelle des traitements depuis le 1^{er} octobre 2007. A défaut d'acceptation de l'intimé, l'Etat de Genève devait être condamné à lui verser une indemnité de CHF 76'949,80 correspondant

à sa perte de salaire durant les quatre années de formation, ainsi qu'à une indemnité équitable de procédure.

Le recours était recevable, car une réduction du taux d'activité équivalait à une résiliation partielle des rapports de service, pour laquelle une voie de recours était ouverte au Tribunal administratif (art. 31 al. 1^{er} de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 - LPAC - B 5 05 ; ATA/630/2007 du 11 décembre 2007).

M. X_____ ne savait pas lors de son engagement en 2003 qu'il subirait une réduction de son salaire pendant sa formation à l'IES. Aucune disposition légale ne prévoyait la réduction unilatérale du traitement pendant la formation demandée par l'Etat. En outre, plusieurs de ses collègues avaient pu effectuer cette même formation en cours d'emploi sans diminution de revenu, les heures de formation ayant été comptées comme des heures de travail. L'arrêté du 17 décembre 2007 violait donc le principe d'égalité de traitement.

13. L'office du personnel de l'Etat a déposé ses observations le 31 mars 2008.

La réduction du taux d'activité et du traitement résultait d'une situation fondamentalement différente de la jurisprudence citée par le recourant. Aucune disposition légale, réglementaire ou statutaire ne prévoyant de recours au Tribunal administratif dans le cas d'espèce, le recours devait être déclaré irrecevable.

Dans la mesure où il serait déclaré recevable, le recours devrait être rejeté. Conformément à une pratique constante depuis 2001, le recourant avait été informé lors de son engagement en 2003 du fait qu'il devait suivre la formation précitée en cours d'emploi et que son taux d'activité serait ramené à 70 % pendant cette dernière. Le recourant ne saurait être de bonne foi en soutenant qu'il ignorait ces conditions. En outre, il ne pouvait pas non plus invoquer une violation du principe d'égalité de traitement, car les collaborateurs qui étaient dans la même situation que lui avaient aussi vu leur taux d'activité et leur traitement réduits à 70 %.

14. Les parties, qui ont persisté dans leurs conclusions, ont été entendues en audience de comparution personnelle le 17 avril 2008.

a. M. X_____ avait appris par le directeur du SED, lors d'une rencontre informelle en novembre 2006, qu'il perdrait 30 % de son traitement durant les quatre ans de formation en cours d'emploi, alors qu'il avait été convenu lors de son engagement en 2003 que son taux de travail pendant la formation serait de 100 %, réparti à raison de 70 % à M_____ et 30 % à l'IES, ce que le directeur du service a contesté.

Les personnes qui avaient suivi la même formation sans réduction de leur salaire et qu'il citait dans son recours avaient effectué celle-ci avant 2001. En

revanche Mme Z_____, une collègue qui avait été engagée en 2001 et avait commencé sa formation en 2002, avait accepté en toute connaissance de cause une réduction correspondante de son traitement.

Le 3 août 2007, au moment de signer le contrat pédagogique tripartite, il ne savait toujours pas qui paierait sa différence de salaire s'il y en avait une.

Les RH lui avaient suggéré, dans leur courrier du 26 novembre 2007, de demander une bourse d'études pour compenser la perte de salaire. Cela s'était toutefois révélé impossible, ses revenus étant trop élevés malgré ses charges familiales.

Son traitement avait continué à lui être versé à 100 % jusqu'à fin février 2008.

b. La représentante de l'office du personnel de l'Etat a confirmé qu'il y avait eu des lenteurs dans la transmission du dossier et des erreurs du service des paies, la réduction de traitement devant en principe être effective depuis le 1^{er} octobre 2007.

La question de l'effet suspensif du recours n'avait pas été abordée. Si tel devait être le cas, l'Etat de Genève en requerrait le retrait.

La référence dans l'arrêté du Conseil d'Etat du 17 décembre 2007 à l'article 12 LPAC relatif à l'affectation d'un membre du personnel était une formule-type employée dans les arrêtés de promotion. Pour la même raison, aucune voie de recours n'était mentionnée.

c. Le directeur du SED a déclaré avoir bien spécifié à M. X_____, lors de son engagement en 2003 comme éducateur non diplômé, que celui-ci devrait suivre une formation à l'IES, ce qui entraînerait une diminution de son taux d'activité à 70 %. Il n'avait pas parlé de diminution de salaire car, selon lui, cela allait de soi.

Il dirigeait ce service depuis 2001, date de la création de l'office pénitentiaire qui avait repris la maison de M_____, L_____ et C_____, ces trois établissements ayant fait partie antérieurement des "Foyers F_____", une fondation privée. Il était possible que des éducateurs aient suivi auparavant une formation en cours d'emploi en étant alors rémunérés à 100 % pour un taux d'activité réduit à 70 %. Néanmoins et dès son arrivée, il avait appliqué le système en vigueur au sein de l'Etat, consistant à réduire de 30 % le traitement du personnel pendant la période de formation, avec la garantie de retrouver, une fois le diplôme acquis, un poste au même taux d'activité qu'initialement.

Avant 2001, il était directeur de la maison de Pinchat, soit un centre pour toxicomanes appelé "Le Tram". Ce système de formation en cours d'emploi et de réduction du taux d'activité couplé avec une diminution de salaire était déjà en

vigueur lorsque cette maison était rattachée à l'Etat, à savoir au service du patronage.

Il n'avait pas à disposition de document ou de contrat-type pour préciser que le taux d'activité et le traitement étaient réduits dans une telle situation, mais il avait toujours informé oralement les éducateurs non diplômés qu'il engageait.

Entre novembre 2006 et juillet 2007, M. X_____ ne l'avait pas contacté. Il avait appris par le directeur de M_____ que l'intéressé avait discuté des conditions de la formation en cours d'emploi avec des collègues, étant précisé que le directeur adjoint de l'établissement avait lui-même suivi en 1990 le même parcours que le recourant. Par ailleurs, Mme Z_____ était dans la même situation que le recourant et elle avait subi une réduction de traitement, qu'elle avait acceptée.

Il avait préparé en septembre 2007 une demande de promotion de l'intéressé en classe 13 et de réduction du taux d'activité à 70 % à l'attention des RH. L'intéressé s'étant opposé à la réduction du traitement, il avait attendu la réponse des RH du 26 novembre 2007 pour transmettre ladite demande. Cette dernière avait alors été traitée par l'office pénitentiaire, les RH et l'office du personnel de l'Etat. Il ignorait si les RH avaient convoqué M. X_____ après cette requête et avant l'arrêté querellé.

d. Le conseil du recourant a considéré que la cause était en état d'être jugée sur la recevabilité uniquement. Si celle-ci était admise, il souhaitait faire entendre des témoins.

15. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Le recours a été interjeté en temps utile (art. 63 al. 1^{er} let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Reste à examiner si le Tribunal administratif est compétent *ratione materiae*.
2. Fonctionnaire de l'Etat de Genève, M. X_____ est soumis à la LPAC.

Le 31 mai 2007 est entrée en vigueur la loi n° 9904 du 23 mars 2007 modifiant la LPAC. A teneur de la disposition transitoire contenue à l'article 4 de la nouvelle, le nouveau droit ne s'applique pas aux procédures litigieuses pendantes au moment de son entrée en vigueur (ATA/544/2007 du 30 octobre 2007).

La présente cause est entièrement régie par cette nouvelle loi, la décision attaquée prise le 17 décembre 2007 n'ayant été précédée d'aucune procédure administrative.

3. a. Le Tribunal administratif est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 56A LOJ). Le recours est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives, au sens des articles 4, 5 et 6 alinéa 1^{er} lettre c et 57 LPA, sauf exception prévue par la loi (art. 56A al. 2 LOJ). L'article 56B alinéa 4 lettre a LOJ précise que les décisions concernant le statut et les rapports de service des fonctionnaires et autres membres du personnel de l'Etat, n'est recevable que si une disposition légale, réglementaire ou statutaire spéciale le prévoit.
- b. Le recours au Tribunal administratif n'est ouvert que contre une sanction disciplinaire (art. 16, 30 al. 2 et 32 al. 1^{er} LPAC) ou contre la résiliation des rapports de service (art. 31 LPAC) ou encore en matière de certificat de travail (art. 31A LPAC).

En l'espèce, l'arrêté de promotion du Conseil d'Etat n'est manifestement pas une sanction disciplinaire et n'est pas relatif à un certificat de travail. Reste à examiner s'il peut être assimilé à une résiliation des rapports de service.

4. Le recourant soutient que l'arrêté doit être assimilé à une résiliation partielle des rapports de service, comme cela a déjà été jugé par le Tribunal administratif (ATA/630/2007 du 11 décembre 2007).

La jurisprudence citée par le recourant concerne toutefois un fonctionnaire de la commune de Troinex qui n'était pas soumis à la LPAC, mais au statut du personnel de la Ville de Genève (LC 21 151). En outre, l'intéressé avait vu son taux d'activité et son traitement baisser suite à une diminution de son cahier des charges.

En conséquence, aucune analogie ne peut en être tirée dans la présente cause, les normes applicables n'étant pas les mêmes et les raisons de la diminution du taux d'activité n'étant pas comparables.

5. a. L'autorité compétente peut résilier les rapports de service du fonctionnaire pour un motif fondé. Elle motive sa décision. Elle est tenue, préalablement à la résiliation, de proposer des mesures de développement et de réinsertion professionnels, et de rechercher si un autre poste au sein de l'administration cantonale correspond aux capacités de l'intéressé. Les modalités sont fixées par règlement (art. 21 al. 3 LPAC).

Selon l'article 22 LPAC, "il y a motif fondé lorsque la continuation des rapports de service n'est plus compatible avec le bon fonctionnement de l'administration, soit notamment en raison de :

- l'insuffisance des prestations ;
- l'inaptitude à remplir les exigences du poste ;

- la disparition durable d'un motif d'engagement".

b. Le Conseil d'Etat peut aussi résilier les rapports de service lorsqu'un poste occupé par un membre du personnel régulier est supprimé pour des motifs de réorganisation ou de restructuration du service.

6. En l'espèce, l'arrêté du 17 décembre 2007 ne peut être assimilé à une résiliation pour motif fondé ni à une résiliation pour suppression d'un poste. On ne saurait non plus considérer qu'il s'agit d'un autre cas de résiliation des rapports de service qui ouvrirait la voie du recours au Tribunal administratif au sens de l'article 31 alinéa 1^{er} LPAC. En effet, la décision litigieuse est un arrêté de promotion qui nomme le recourant à un poste rémunéré en classe 13, soit deux classes de plus que celui de commis administratif 4, avec une diminution du taux d'activité, que le recourant avait acceptée le 3 août 2007 en signant son contrat pédagogique.

En conséquence, le recours au Tribunal administratif est irrecevable.

7. Reste à examiner si le tribunal de céans peut considérer le recours comme une action pécuniaire, le recourant ayant pris des conclusions condamnatoires.

a. Selon l'article 56G LOJ, le Tribunal administratif, siégeant au nombre de cinq 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 :

- des rapports entre l'Etat, les communes, les autres corporations et établissements de droit public et leurs agents publics ;
- des régimes de retraite des agents publics de l'Etat, des communes et des autres corporations et établissements de droit public ;
- d'un contrat de droit public.

b. Sont des prétentions de nature pécuniaire, c'est-à-dire appréciables en argent, celles qui tendent directement à l'octroi de sommes en espèces, notamment au paiement de traitements, d'allocations, d'indemnités ou de prestations d'assurances. 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).

c. Ne sont, en revanche, pas des prétentions de nature pécuniaire celles qui ont trait à la création, à l'établissement et à la disparition des rapports de service, à l'obtention d'une promotion ou d'un avancement, à la reconnaissance d'un diplôme, à la réintégration dans une classe de fonction antérieure et à l'évaluation ou à la réévaluation d'une fonction car alors, la prétention a, en réalité, deux objets, l'un pécuniaire et l'autre de nature différente. Comme l'aspect pécuniaire n'est pas susceptible d'être 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/460/2007 du 18 septembre 2007 et les références citées).

8. La prétention du recourant porte sur une indemnité tendant à compenser la diminution de 30 % de son traitement pendant ses quatre années de formation. Elle est directement liée au recours, car fondée implicitement sur l'article 31 alinéa 3 LPAC qui prévoit la fixation d'une indemnité dans le cas où, le Tribunal administratif ayant admis un recours contre une résiliation des rapports de service contraire au droit, l'intimé refuse de réintégrer le recourant.

Cette prétention ne pouvant pas être détachée du recours contre l'arrêté de promotion du Conseil d'Etat, celle-ci sera également déclarée irrecevable.

9. Le 1^{er} janvier 2007 est entrée en vigueur la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont l'article 86 alinéa 2 fait obligation aux cantons d'instituer des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral, sauf dans les cas où une autre loi fédérale prévoit qu'une décision d'une autre autorité judiciaire peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral.

Toutefois, l'article 130 alinéa 3 LTF accorde aux cantons un délai de deux ans pour adapter les dispositions d'exécution relatives à la compétence, à l'organisation et à la procédure des autorités précédentes au sens des articles 86 alinéas 2 et 3, et 88 alinéa 2, y compris celles qui sont nécessaires pour garantir l'accès au juge prévu à l'article 29a Cst., ce que le canton de Genève n'a pas encore fait (ATA/179/2007 du 17 avril 2007, confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 1C.118/2007 du 5 juin 2007).

En l'état de la législation, le Tribunal administratif ne peut donc s'arroger une compétence que le législateur cantonal ne lui a pas donnée (ATA/612/2008 du 8 avril 2008).

10. Le recours et l'action pécuniaire seront donc déclarés irrecevables. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant et demandeur (art. 87 LPA).

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

déclare irrecevables le recours ainsi que l'action pécuniaire interjetés le 15 février 2008 par M X_____ contre la décision du Conseil d'Etat du 17 décembre 2007 ;

met à la charge du recourant un émolument de CHF 1'000.- ;

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

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 Henri Nanchen, avocat de M. X_____ ainsi qu'au Conseil d'Etat.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la secrétaire-juriste :

S. Hüsler Enz

le président :

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :