

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/806/2019-FPUBL

ATA/1078/2019

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 25 juin 2019**

dans la cause

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

représenté par le Syndicat interprofessionnel des travailleuses et travailleurs – SIT, soit pour lui Madame Clémence Jung, juriste

contre

**FONDATION ROMANDE DE DÉTENTION ADMINISTRATIVE**

représentée par Me Stéphanie Fuld, avocate

\_\_\_\_\_

---

## EN FAIT

- 1) Par « contrat de travail » du 1<sup>er</sup> novembre 2015, Monsieur A\_\_\_\_\_ a été engagé par « LMC-Frambois, établissement concordataire romand de détention administrative » (ci-après : Frambois ou l'établissement), sous la signature de sa directrice, à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2015 à 100 % à la fonction d'agent de détention administrative, code 3.04.011. Il était engagé en classe 11 position 00, soit la classe maximum.

Les rapports de service étaient régis par le « statut du personnel de LMC - Frambois » du 27 mai 2004 (ci-après : statut).

Les trois premiers mois d'engagement constituaient un temps d'essai. « Après douze mois d'activité, une évaluation formelle de la qualité de [ses] prestations permettra[it] sa confirmation en qualité d'employé ».

Copie du contrat était envoyée au services des paies de l'État de Genève et à la CPEG, caisse de prévoyance de l'État de Genève.

- 2) Le 26 avril 2018, M. A\_\_\_\_\_ a été libéré de son obligation de travailler, à l'issue d'un entretien portant sur un grief précis, mais non pertinent en l'espèce, de l'établissement à son encontre.
- 3) Par courrier recommandé du 22 octobre 2018 à M. A\_\_\_\_\_, la direction de l'établissement a résilié les rapports de travail avec effet au 31 décembre 2018.
- 4) Le 28 décembre 2018, M. A\_\_\_\_\_ a sollicité du Conseil de fondation (ci-après : le conseil) de la Fondation romande de détention administrative LMC (ci-après : la fondation) une décision formelle sujette à recours et sa réintégration en raison du caractère illicite de la résiliation.

Le personnel de Frambois était engagé « sous un régime de droit privé avec analogies au droit public ». Toutefois, aucune base légale régissant la fondation ne prévoyait expressément que le personnel engagé relevait du droit privé comme l'exigeait pourtant la doctrine et la jurisprudence. En conséquence, les rapports de travail liant la fondation à ses employés relevaient du droit public.

- 5) Par courrier du 28 janvier 2019, la fondation a refusé de rendre une décision formelle, les rapports de travail relevant du droit privé.
- 6) Le 27 février 2019, M. A\_\_\_\_\_ a déposé auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) un recours.

Il a conclu à l'annulation « de la décision de non-entrée en matière du 28 janvier 2019 », au constat du caractère illicite de la « décision de résiliation des rapports de travail », et à sa réintégration. Subsidiairement, le caractère illicite des « décisions de non-entrée en matière » du 28 janvier 2019 et de résiliation des rapports de travail devait être constaté et la fondation devait être condamnée au paiement d'une indemnité équivalent à vingt-quatre mois de traitement. Préalablement, il souhaitait compléter son recours et demandait qu'une comparution personnelle des parties soit ordonnée.

La chambre administrative était compétente s'agissant d'un contrat de droit public. Il n'avait pas été entendu avant d'être licencié. Aucun juste motif de licenciement n'avait été avancé et encore moins prouvé. Les art. 21 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05) et 46A du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 24 février 1999 (RPAC - B 5 05.01) avaient été violés. La fondation ayant refusé toute réintégration, elle devait être condamnée à une indemnité. Enfin, notifiée le 6 novembre 2018, la résiliation des rapports de travail ne pouvait intervenir avant fin janvier 2019.

- 7) La fondation a conclu à l'irrecevabilité du recours. Le personnel de la fondation était soumis au droit privé. Seul le Tribunal des Prud'hommes était compétent pour traiter de ce type de litige, ce qu'il avait confirmé dans un jugement du 6 mai 2010. Aucun élément nouveau ou substantiel ne permettait de distinguer le cas de 2010 de la présente procédure. Le statut n'avait notamment pas subi de modifications depuis ce jugement. Le conseil ne disposant pas d'un pouvoir décisionnel, il n'avait pas à rendre de décision sujette à recours. Les griefs du recourant étaient contestés.
- 8) Dans sa réplique, le recourant a persisté dans ses conclusions. La chambre administrative n'était pas liée par un jugement du Tribunal des Prud'hommes. Aucun arrêt de la chambre administrative n'avait tranché la question de la qualification des rapports de travail entre la fondation et ses employés.
- 9)
  - a. Le jugement du Tribunal des Prud'hommes cité par l'intimée a été versé à la procédure par la chambre de céans et un délai imparti aux parties pour éventuelles observations.
  - b. Le recourant a persisté dans ses conclusions. La fondation ne s'est pas manifestée.
- 10) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

## EN DROIT

- 1)
  - a. Lorsqu'une autorité mise en demeure refuse sans droit de statuer ou tarde à se prononcer, son silence est assimilé à une décision (art. 4 al. 4 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA-GE - E 5 10).
  - b. Une partie peut recourir en tout temps pour déni de justice ou retard non justifié si l'autorité concernée ne donne pas suite rapidement à la mise en demeure prévue à l'art. 4 al. 4 LPA (art. 62 al. 6 LPA).
  - c. Si la juridiction administrative admet le recours pour déni de justice ou retard injustifié, elle renvoie l'affaire à l'autorité inférieure en lui donnant des instructions impératives (art. 69 al. 4 LPA).
- 2)
  - a. Au stade de l'examen de la recevabilité, la juridiction saisie doit se demander si la décision dont l'absence est déplorée aurait pu faire l'objet d'un recours devant elle au cas où elle avait été prise et si le tiers recourant disposait de la qualité pour recourir contre celle-ci (ATA/947/2014 du 2 décembre 2014 consid. 7).
  - b. 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). Elle examine d'office sa compétence, qui est déterminée par la loi et ne peut être créée par accord entre les parties (art. 11 al. 1 et 2 LPA).

Sauf exceptions prévues par la loi ou lorsque le droit fédéral ou une loi cantonale prévoit une autre voie de recours (art. 132 al. 8 LOJ), 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. a et e et 57 LPA (art. 132 al. 2 LOJ).
- 3) Les cantons peuvent conclure des conventions entre eux et créer des organisations et des institutions communes. Ils peuvent notamment réaliser ensemble des tâches d'intérêt régional (art. 48 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101).

Les cantons peuvent, par une convention, habiliter un organe intercantonal à édicter pour sa mise en oeuvre des dispositions contenant des règles de droit, à condition que cette convention : soit adoptée selon la procédure applicable aux lois (art. 48 al. 4 let. a Cst.), fixe les grandes lignes de ces dispositions (art. 48 al. 4 let. b Cst.).
- 4)
  - a. Le 15 octobre 1997, la République et canton de Genève a adhéré au concordat sur l'exécution de la détention administrative à l'égard des étrangers du 4 juillet 1996 (CEDA - F 2 12) (art. 13A de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10 et loi d'approbation du

concordat sur l'exécution de la détention administrative à l'égard des étrangers - L-CEDA – F 2 12.0).

Le concordat a été conclu par les cantons de Vaud, Neuchâtel et Genève.

b. Selon le CEDA, les organes du concordat sont : la Conférence romande des chefs de département compétents en matière de police des étrangers (ci-après : la Conférence ; let. a) ; le Secrétariat de la Conférence (let. b) ; la Commission concordataire (let. c) ; la Commission consultative (let. d).

À teneur de l'art. 32 let. a CEDA, une fondation de droit public sera créée par la Conférence, qui en déterminera le siège et l'acte constitutif selon les éléments essentiels suivants : le but consistera notamment à étudier et définir les besoins en infrastructures pour la détention administrative, réaliser, exploiter et gérer un ou plusieurs établissements pour l'exécution de la détention administrative.

La Conférence constitue la Fondation et établit ses statuts par un règlement (art. 32 CEDA).

Le règlement des établissements concordataires est adopté par la Fondation ou par le canton dont l'établissement relève. Il est soumis à l'approbation de la Conférence, sur proposition de la commission concordataire. Il ne doit rien contenir de contraire au concordat ou à ses dispositions d'application (art. 37 CEDA).

5) a. Le Règlement de la Conférence romande des chefs de département compétents en matière de police des étrangers concernant la Fondation romande de détention LMC (ci-après : règlement concordataire) a été accepté à l'unanimité le 16 mars 2000 par les membres de la Conférence.

b. Il contient notamment les clauses suivantes :

Sous le nom de Fondation romande de détention LMC, a été créée une fondation de droit public dont le siège est à Lausanne (art. 1 règlement concordataire).

La Fondation a pour buts, notamment : l'étude et la définition des besoins en infrastructures pour la détention administrative (art. 2 al. 1 let. a), la réalisation, l'exploitation et la gestion d'un ou plusieurs établissements affectés à la détention administrative (art. 2 al. 1 let. b). La Fondation peut accomplir tous les actes en rapport direct ou indirect avec la réalisation de ses buts ; elle peut notamment acquérir ou aliéner des droits réels immobiliers, souscrire ou prendre des participations dans des établissements affectés à la détention, passer tous contrats portant sur l'exploitation de tels établissements (art. 2 al. 2 règlement concordataire).

Les organes de la Fondation sont le Conseil (art. 6 let. a règlement concordataire) et le contrôleur des finances (art. 6 let. b règlement concordataire).

Aux termes de l'art. 8 du règlement concordataire, le Conseil est l'organe responsable de l'administration, de la direction et de la gestion de la Fondation (al. 1). Il dispose à cet effet des pouvoirs les plus étendus sous réserve de la nomination du ou des directeurs d'établissement, pour laquelle l'accord de la Conférence est nécessaire (al. 2). Le Conseil exerce les attributions prévues par le CEDA ou les dispositions concordataires et adopte le règlement des établissements concordataires (al. 3).

- 6) Le canton de Genève a intégré le règlement concordataire dans sa législation en adoptant le Règlement de la Conférence romande des chefs de département compétents en matière de police des étrangers concernant la Fondation romande de détention LMC du 3 mai 2000 (RCRLMC – F 2 12.04).

Le RCRLMC est composé d'un article unique qui adopte le règlement concordataire et l'annexe au RCRLMC.

Le RCRLMC est entré en vigueur le 2 juin 2000.

- 7) a. À teneur de l'art. 1 du Règlement de l'établissement concordataire de détention administrative de Frambois du 8 avril 2004 (RFrambois – F 2 12.08) Frambois est un établissement concordataire affecté exclusivement à l'exécution de la détention administrative des étrangers (détention de phase préparatoire et détention en vue du refoulement), telle que prévue aux art. 13a à 13d de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (RS 142.20, devenue depuis la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 - LEI), introduits par la loi fédérale sur les mesures de contrainte, du 18 mars 1994 (RO 1995 146 152).

Aux termes des al. 1 et 2 de l'art. 2 RFrambois, l'établissement est subordonné à la Fondation, instituée par le RCRLMC. L'établissement est placé sous l'autorité d'un directeur, nommé par le Conseil qui le dirige et l'administre. Cette nomination est soumise à l'approbation de la Conférence.

La direction établit les ordres de service et les instructions nécessaires à l'application du RFrambois et à l'organisation interne et au fonctionnement de l'établissement. Avant d'être édictés, ces ordres de service et ces instructions sont soumis à l'approbation du Conseil (art. 56 RFrambois).

Les voies de recours prévues expressément auprès de la chambre administrative (art. 55 RFrambois) concernent les sanctions disciplinaires prises à l'encontre d'un détenu (art. 54 RFrambois).

b. Le RFrambois a été approuvé par la Conférence, au sens de l'art. 37 CEDA, le 14 juin 2004. Il est entré en vigueur le 15 juin 2004 (art. 57 RFrambois).

8) a. Il ressort du préambule du statut :

« Que la Fondation romande de détention LMC (ci-après : la Fondation) est une personne morale de droit public chargée d'exécuter des tâches étatiques telles l'application et l'exécution des mesures de contrainte, qui sont des mesures de privation de liberté ; ces tâches sont importantes et délicates et confèrent à ceux qui les exécutent un pouvoir considérable, analogue à celui qu'exerce la police ou le personnel chargé de l'exécution des sanctions pénales ; ce pouvoir s'en différencie néanmoins par l'absence du caractère punitif inhérent à l'exécution d'une sanction pénale ; Qu'il se justifie dès lors que le personnel engagé par cette Fondation ait des conditions de travail analogues à celles d'agents publics dans des fonctions équivalentes. Les conditions générales de travail de ces collaborateurs sont en principe celles du personnel de l'État de Genève et en particulier de celui du Service genevois des établissements de détention, qui s'appliquent par analogie, sous réserve de dispositions particulières expresses. En outre, s'agissant de l'application de la Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, conformément à l'article 3a lettre c de ladite loi (surveillants occupés dans des établissements), seules les dispositions relatives à la protection de la santé (articles 6, 35 et 36a) sont applicables ».

b. Il ressort du statut notamment les clauses suivantes :

Le conseil désigne les autorités compétentes et définit le régime des attributions et les conditions cadre. Le directeur procède à l'engagement du personnel. Il prend les dispositions d'application du présent statut. Il soumet ses décisions à l'approbation du conseil (art. 2 statut).

Tout engagement fait l'objet d'un « contrat individuel de travail » mentionnant divers points que l'article liste (art. 3 al. 1 statut), notamment le temps d'essai d'une durée de trois mois, la classe de fonction, la position dans la classe d'engagement.

Selon l'art. 4 statut, les catégories de personnel comprennent les membres de la direction (let. a), les chefs ou responsables d'atelier ou de secteurs et les agents de détention (let. b), et le personnel chargé de tâches d'accompagnement social et d'animation (let. c).

Une assistance juridique est possible dans certains cas définis par l'art. 10 statut. Les décisions quant à son éventuel octroi sont prises par le conseil.

Les classes de fonction sont fixées en tenant compte de la liste des fonctions-type du service d'évaluation des fonctions de l'État de Genève (art. 26 statut).

Les salaires sont fixés par analogie par l'échelle des traitements de l'administration cantonale genevoise (art. 29 al. 1 statut). Les articles relatifs à l'allocation unique de vie chère (art. 30 statut), aux augmentations annuelles (art. 31 statut), et à la prime de fidélité (art. 32 statut) font référence au statut de la fonction publique genevoise, « par analogie ». Une assurance perte de gain en cas de maladie accorde des indemnités journalières couvrant 80 % du salaire dès le 61<sup>ème</sup> jour d'absence. Les cotisations y relatives sont payées paritairement (art. 37 al. 1 et 2 statut).

Le collaborateur est obligatoirement affilié à la « caisse de prévoyance du personnel enseignant de l'instruction publique et des fonctionnaires de l'administration du canton de Genève (C.I.A.), selon les dispositions en vigueur dans l'administration cantonale genevoise » (art. 40 al. 1 statut).

Une fois le temps d'essai de trois mois écoulé, le contrat de travail – s'il n'a pas été résilié – est réputé conclu pour une durée indéterminée (art. 49 al. 1 statut).

Les dispositions relatives à la résiliation des rapports de travail sont déterminées selon les art. 334 ss de la Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : droit des obligations ; art. 50 statut).

Pour tout litige, les tribunaux genevois sont compétents (art. 53 statut).

Le statut a été adopté par le conseil. Il est entré en vigueur dès son approbation par la Conférence, le 14 juin 2004 (art. 54 statut).

- 9) a. La LPAC s'applique, notamment, au personnel pénitentiaire des établissements pénitentiaires, sous réserve des dispositions particulières de la loi sur l'organisation des établissements et le statut du personnel pénitentiaire, du 3 novembre 2016 (LOPP - F 1 50 ; art. 1 al. 1 let.c LPAC).
- b. La LOPP règle l'organisation des établissements pénitentiaires ainsi que le statut du personnel pénitentiaire qui y est affecté (art. 1 al. 1 LOPP).

La LOPP s'applique par analogie à tout établissement de détention administrative sous l'autorité de la direction générale (art. 1 al. 3 LOPP).

- c. Le règlement sur l'organisation des établissements et le statut du personnel pénitentiaires du 22 février 2017 (ROPP - F 1 50.01) contient les dispositions d'application de la LOPP (art. 1 al. 1 ROPP).

L'établissement de détention administrative sous l'autorité de la direction générale, au sens de l'art. 1 al. 3 LOPP, est l'établissement de détention administrative de Favra (ci-après : Favra). Le ROPP s'y applique par analogie (art. 1 al. 3 ROPP).

L'établissement concordataire de détention administrative de Frambois n'est pas soumis au ROPP (art. 1 al. 4 ROPP).

d. Les travaux préparatoires de la LOPP mentionnent « que le personnel de détention administrative n'est pas concerné par ce PL. En effet, Frambois est une fondation de droit privé » (Rapport de la Commission judiciaire et de la police chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'État sur l'organisation des établissements, PL 11661-A, p. 5/350 : audition du Conseiller d'État en charge du département de la sécurité).

« En ce qui concerne Frambois, il s'agit d'une fondation privée qui doit quand même être gérée comme tout autre établissement, auquel on va appliquer les mêmes règles que dans les établissements pénitentiaires. Mais en vertu du droit fédéral, on ne peut pas parler d'établissement pénitentiaire au sens strict, car les gens qui y sont ne purgent pas de peine. Un député (MCG) aimerait savoir à quelle date l'établissement de Frambois sera soumis à l'application par analogie de cette loi. [Le Conseiller d'État] répond en disant qu'il s'agit d'une condition résolutoire. Il explique le mécanisme suivant : Favra sera supprimé et les Dardelles seront construites. Les Dardelles seront affectées à l'exécution de peine et la Brenaz sera affectée à la détention administrative. À ce moment-là, Frambois sera supprimé et statutairement le régime de fondation disparaîtra. Ce PL 11661 permet donc de préparer les agents de Frambois à s'intégrer aux standards de l'OCD » (Rapport de la Commission judiciaire et de la police chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'État sur l'organisation des établissements, PL 11661-A, p. 78/350).

- 10) 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 droit. Si une autorité est partie audit rapport de droit, le droit public est présumé applicable (arrêts du Tribunal fédéral 2P.151/2005 du 9 février 2006 consid. 5; 2P.136/2005 du 14 décembre 2005 consid. 3.1.1).

Si une tâche étatique est transférée à une personne morale de droit privé, celle-ci reste régie par le droit privé, indépendamment du fait qu'elle exerce des tâches publiques. Son personnel est donc régi par le droit privé et le seul exercice d'une tâche de droit public ne peut justifier une requalification de la relation de travail comme relevant du droit public. Il en va de même si une tâche étatique est transférée à une entité de droit privé créée dans ce but (Pierre MOOR, François BELLANGER, Thierry TANQUEREL, Droit administratif, Vol. III :

L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat, 2018, p. 559 et les références citées).

b. Selon la jurisprudence et la doctrine, la distinction entre droit public et droit privé repose sur quatre critères (ATF 138 II 134 consid. 4.1 ; Valérie DEFAGO GAUDIN, Les obstacles à la privatisation de la fonction publique, in Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction public, 2016, p. 272) :

- le critère des intérêts, qui qualifie les normes juridiques ainsi que les rapports de droit dont elles sont le fondement de droit public ou de droit privé selon qu'elles sauvegardent exclusivement ou principalement l'intérêt public ou les intérêts privés ;
- le critère dit fonctionnel, qui qualifie les normes juridiques de droit public lorsqu'elles réglementent la réalisation de tâches publiques ou l'exercice d'une activité publique ;
- le critère du sujet ou de la subordination, qui soumet au droit public les rapports dans lesquels une partie est supérieure à l'autre en fait ou en droit et au droit privé ceux où les parties traitent d'égal à égal à tous points de vue ;
- et enfin le critère modal (ou critère de la sanction) qui attribue une norme à l'un ou l'autre droit selon que sa violation entraîne une sanction relevant du droit privé (par exemple, nullité d'un acte juridique) ou une sanction relevant du droit public (par exemple, révocation d'une autorisation).

Aucune de ces théories ne l'emporte a priori sur les autres (ATF 132 V 303 consid. 4.4.2 ; arrêt 2C\_58/2009 du 4 février 2010 consid. 1.2 et les références citées). Il convient bien plutôt d'examiner dans chaque cas particulier quel critère de distinction est le plus approprié aux circonstances concrètes. Il faut en effet garder à l'esprit que la délimitation entre droit privé et droit public répond à des fonctions totalement différentes suivant les nécessités de la réglementation en cause et, notamment, selon les conséquences juridiques pouvant en découler dans chaque affaire; ces exigences ne peuvent pas être théoriquement réunies en un seul critère distinctif qui ferait définitivement autorité, mais requièrent au contraire une approche modulée et pragmatique (ATF 137 II 399 consid. 1.1 ; 132 V 303 consid. 4.4.2 et les références citées).

c. 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/822/2013 du 17 décembre 2013 ; ATA/582/2011 du 13 septembre 2011 consid. 4b).

Par ailleurs, la jurisprudence a précisé que les relations de travail relèvent du droit public lorsque l'objet de l'engagement est, dans une très large mesure, soustrait à la libre négociation des parties (RDAF 1985 p. 477). Les analogies entre les règles applicables au contrat et le droit administratif, s'agissant par exemple de l'existence d'une procédure disciplinaire, de voies de recours internes, de restrictions à la liberté d'expression et aux droits politiques, sont des éléments caractéristiques de la fonction publique (RDAF 1986 p. 390).

Auront également valeur d'indices la disposition réglementaire stipulant que les rapports de travail sont rattachés à l'un ou l'autre droit, le renvoi, en cas de litige, à une juridiction particulière, ou l'affiliation à la caisse de prévoyance de l'État (arrêt de la Cour d'appel des Prud'hommes du 5 mars 2003 en la cause C/2345/2002 - 5).

Ne sera en revanche pas déterminante la ressemblance entre certaines dispositions de contrat avec des normes de droit public, comme par exemple la classification de fonction correspondant à une échelle de salaires (RDAF 1986, pp. 388 ss).

- 11) Les fondations de droit public sont des personnes morales disposant d'un patrimoine qui doit être utilisé pour l'exercice d'une tâche publique (Aurélie GAVILLET, La pratique administrative dans l'ordre juridique, 2018, p. 80, n° 205).

C'est l'acte constitutif (loi, voire convention de droit public, et non pas les formalités de l'art. 81 CC) qui distingue les fondations de droit public de celles de droit privé, et non la participation de l'État (Pierre MOOR/François BELLANGER/ Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 305).

Les titulaires de tâches administratives se caractérisent par le fait qu'il s'agit de personnes morales au sens juridique du terme (art. 52 al. 2 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 - CC - RS 210 et 59 al. 1 CC). L'exécution de tâches administratives que la loi leur confie suppose en effet qu'ils affectent les droits et les obligations des administrés, ce qu'ils ne peuvent faire que s'ils disposent eux-mêmes de la capacité civile passive et active. Tel est le cas parfois des patrimoines spéciaux que sont notamment les fondations de droit public ; lorsque tel n'est pas le cas, ceux-ci sont néanmoins réputés jouir d'une capacité civile active limitée à ce qu'exige l'accomplissement autonome de leur tâche (Jacques DUBEY/Jean-Baptiste ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, p. 14 n° 30).

- 12) En l'espèce, le litige porte sur un courrier du 28 janvier 2019 dans lequel le conseil refuse de rendre une décision formelle sujette à recours, le licenciement querellé étant selon lui soumis au droit privé.

Se pose la question de savoir si l'employeur était tenu de rendre une décision, ce qui impose de déterminer préalablement si les rapports entre les parties sont soumis au droit public.

- a. Selon le RFrambois, adopté par le conseil, approuvé par la Conférence (art. 57 RFrambois), l'établissement est subordonné à la Fondation (art. 1 RFrambois). Celle-ci a été instituée par le règlement concordataire, imposé par le CEDA (art. 37), adopté par la Conférence.

L'établissement est donc soumis à une fondation de droit public, créée par le biais d'un règlement concordataire, découlant d'un concordat romand conclu par les cantons de Genève, Vaud et Neuchâtel. Le personnel affecté à l'établissement de Frambois est engagé par une entité de droit privé, à savoir une fondation, même si celle-ci exerce des tâches de droit public. La doctrine et la jurisprudence précitées confirment que, soumis à une fondation privée, le personnel est régi par le droit privé.

- b. Par ailleurs, le législateur genevois a expressément exclu l'application du droit genevois de la fonction publique au personnel de Frambois (art. 1 al. 1 LPAC ; art. 1 al. 1 LOPP ; art. 1 al. 4 ROPP).

Les travaux préparatoires de la LOPP mentionnent l'assujettissement du personnel de Frambois au droit privé.

- c. Certes, de nombreux termes employés dans le contrat de travail du recourant font référence à des notions de droit public. De même, le personnel se voit appliquer les classes de traitement de l'État, reçoit ses fiches de salaire du service des paies et assurances de l'Office du personnel de l'État, est affilié à la caisse de prévoyance du personnel de l'État. Toutefois, conformément à la jurisprudence précitée, il ne s'agit là tout au plus que d'indices.

À l'inverse, les documents liant les parties s'intitulent « contrat individuel de travail ». Il ne s'agit pas d'une décision, ni de rapports de service. Le statut d'employé tel que connu dans la fonction publique pendant deux ans avant nomination n'est pas prévu. Seul un temps d'essai de trois mois, conforme à l'art. 335 CO est indiqué. Référence est faite aux art. 334 ss CO pour ce qui concerne la « fin des rapports de travail ». Il n'est prévu ni sanction disciplinaire, ni procédure en cas de licenciement.

Ainsi, si certains indices évoquent le droit public, de nombreux font référence au droit privé.

Le statut précise par ailleurs expressément, tant dans son préambule que dans de nombreux articles, que le droit public n'est appliqué que par analogie.

d. Une éventuelle évolution du statut du personnel de Frambois a été évoquée lors des travaux préparatoires, notamment en lien avec la construction de l'établissement des Dardelles et un transfert du personnel sous l'autorité de l'office cantonal de la détention. En l'état, ces conditions ne sont pas réalisées et aucun élément n'est de nature à imposer un changement au statut du personnel.

e. Le recourant reconnaît d'ailleurs dans son courrier du 28 décembre 2018 avoir été soumis au droit privé « le personnel de Frambois est aujourd'hui engagé sous un régime de droit privé » tout en estimant remplir les conditions pour être soumis à du droit public.

Le recourant critique l'évaluation des critères susmentionnés par le Tribunal des Prud'hommes. Si certes, les critères des intérêts, voire éventuellement celui, plus délicat, de la fonction, peuvent se discuter, à tout le moins ceux de la subordination et de la sanction sont en faveur du droit privé.

f. Une application du droit privé est pour le surplus cohérente avec le jugement du Tribunal des Prud'hommes qui retient la soumission des rapports de travail d'un employé de Frambois au droit privé (JTPH/308/2010 du 6 mai 2010).

Le recourant critique l'évaluation des critères susmentionnés par le Tribunal des Prud'hommes. Certes, les critères des intérêts, voire éventuellement celui, plus délicat, de la fonction, peuvent se discuter. Toutefois à tout le moins ceux de la subordination et de la sanction sont en faveur du droit privé.

g. Les jurisprudences citées par le recourant dont celle selon laquelle l'application du droit privé dans la relation de travail entre un agent public et une collectivité publique s'applique pour autant qu'une base légale expresse le prévoit ne lui est d'aucune utilité, le présent cas ne concernant pas une collectivité publique.

De même l'ATA/582/2011 n'est pas pertinent. Dans ce cas, l'art. 9 de la loi sur la Fondation officielle de la jeunesse du 3 juin 2016 (LFOJ - J 6 15), intitulé « personnel » disposait que « la commission nomme, rétribue et révoque le personnel administratif et domestique qui lui est nécessaire (al. 1). Ce personnel fait partie de la caisse de prévoyance du personnel enseignant de l'instruction publique et des fonctionnaires de l'administration (ci-après : CIA) (al. 2) » La chambre de céans était arrivée à la conclusion que le contenu de la relation de travail, largement emprunté à la fonction publique, notamment pour les évaluations périodiques et la possibilité de déplacer unilatéralement le travailleur, impliquaient que les relations de travail entre le recourant et la FOJ relevaient du

droit public. Dans le présent cas, le droit cantonal exclut expressément l'application des LPAC et LOPP à Frambois.

Dans ces conditions, les rapports de travail ne sont pas soumis au droit public.

La chambre de céans n'est en conséquence pas compétente pour trancher du présent litige.

Le recours pour déni de justice est irrecevable.

- 13) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- est mis à la charge de la partie recourante (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 750.- est allouée à l'intimée qui y a conclu et a bénéficié des conseils d'un mandataire (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

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

déclare irrecevable le recours interjeté le 27 février 2019 par Monsieur A\_\_\_\_\_ contre la lettre de la Fondation romande de détention administrative du 28 janvier 2019 ;

met un émolument de CHF 500.- à charge de Monsieur A\_\_\_\_\_ ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 750.- à la Fondation romande de détention administrative à la charge de Monsieur A\_\_\_\_\_ ;

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, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, 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 Monsieur A\_\_\_\_\_, soit pour lui au Syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs (SIT), à l'attention de Madame Clémence Jung, ainsi qu'à Me Stéphanie Fuld, avocate de la Fondation romande de détention administrative.

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, MM. Thélín et Verniory, Mmes Payot Zen-Ruffinen et Cuendet, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

D. Werffeli Bastianelli

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :