

GE_GERICHTE ATA/1090/2020 vom 3. November 2020

GE Cour de justice, 2020-11-03, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1090_2020

FR: GE_GERICHTE ATA/1090/2020 du 3 novembre 2020

IT: GE_GERICHTE ATA/1090/2020 del 3 novembre 2020

Regeste

Résumé: Le contrat de travail du recourant, engagé en tant qu'aide-soignant non qualifié, puis qualifié, par une maison de retraite, est un contrat de droit privé. La loi, applicable à la maison de retraite concernée, le prévoit clairement. En outre et par rapport au contrat de travail signé et à son avenant, il n'existe aucun élément qui ferait apparaître que son caractère de droit privé ne correspondait pas à la volonté des parties ou à la réalité du contenu de la relation (application du droit privé en tant que droit supplétif, pas de période probatoire ou de nomination, délais de résiliation et sanctions disciplinaires différentes par rapport au droit de la fonction publique). Recours irrecevable.

Erwägungen

E. 12

septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

La chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative. Les compétences de la chambre constitutionnelle et de la chambre des assurances sociales sont réservées (art. 132 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05).

Le recours à la chambre administrative est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des articles 4, 4A, 5, 6, al. 1 let. a et e, et 57 LPA. Sont réservées les exceptions prévues par la loi (art 132 al. 2 LOJ).

La chambre administrative connaît en instance cantonale unique des actions fondées sur le droit public qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision au sens de l'al. 2 et qui découlent d'un contrat de droit public. Les dispositions de la LPA en matière de recours s'appliquent par analogie à ces actions (art. 132 al. 3 LOJ).

Il résulte des al. 2 et 3 de l'art. 132 LOJ que la compétence de la chambre administrative dépend de la qualification juridique de l'acte porté devant elle. Ce dernier doit notamment avoir son fondement en droit public, sous réserve du cas particulier de l'art. 4A LPA (ATA/26/2020 du 14 janvier 2020 consid. 2). 3)

En l'espèce, le recourant demande que la chambre administrative constate une violation des devoirs de service par les membres de la direction de l'intimée à son égard, cela fait que l'intimée soit condamnée à lui verser la somme brute de CHF 29'924.40 correspondant à six mois de salaire et CHF 4'000.- valant participation aux honoraires d'avocats.

Il s'agit ainsi de déterminer en premier lieu si les rapports de travail qui lient le recourant à l'intimée sont de droit public ou de droit privé. 4) 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

E. 14

décembre 2005 consid. 3.1.1 ; ATA/1078/2019 du 25 juin 2019 consid. 10a). En outre, les conditions d'engagement dans le secteur public sont en principe fixées par des décisions soumises à acceptation (arrêts du Tribunal fédéral 2P.151/2005 précité consid. 5 ; 2P.136/2005 précité consid. 3.1.1 ; ATA/119/2016 du 9 février 2016 consid. 2a).

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

- 8/14 - A/1262/2020 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'État, 3e éd., 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).

- 9/14 - A/1262/2020 5) a. Selon l'art. 1 de la loi sur l'organisation des institutions de droit public du 22 septembre 2017 (LOIDP - A 2 24), cette loi règle l'organisation des institutions décentralisées cantonales de droit public.

La LOIDP s'applique à la E_____ (art. 3 let. j LOIDP). Cette dernière, qui est un établissement de droit public selon l'art. 1 de la loi concernant la Maison de retraite E_____ du 17 septembre 1993 (PA 663.00), fait partie des « Autres établissements de droit public » définis comme étant des organisations administratives disposant d'un ensemble de moyens affectés durablement à l'exécution d'une tâche déterminée (art. 4 al. 1 let. b LOIDP).

La E_____ dispose de la personnalité juridique (art. 5 LOIDP).

Conformément à l'art. 29 LOIDP, la loi spéciale détermine le statut du personnel ou permet au conseil d'édicter ledit statut (al. 1). Si la loi spéciale ne prévoit pas de règle concernant le statut du personnel et n'attribue pas au conseil la compétence d'en édicter le statut, la LPAC ainsi que la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'État, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers du 21 décembre 1973 (L'Etat - B 5 15) s'appliquent (al. 2).

b. Selon les travaux préparatoires relatifs à l'article précité, les établissements et fondations de droit public connaissent des situations très variables du statut de leur personnel. Si certains appliquent la LPAC, d'autres peuvent – avec ou sans approbation du Conseil d'État – édicter leur propre règlement du personnel, qui peut être plus ou moins proche de la LPAC ou du code des obligations.

Vu le large champ d'application de la loi, une harmonisation et une uniformisation du statut du personnel entre toutes les entités semblent difficiles. Il est donc prévu que la loi spéciale détermine le statut du personnel ou permette au conseil de fixer ledit statut (al. 1).

Pour les institutions où la loi spéciale ne prévoit rien, il est prévu (al. 2) que la LPAC et la L'Etat s'appliquent.

S'agissant des institutions appliquant la LPAC et/ou la L'Etat pour une ou plusieurs catégories de leur personnel, les lois précitées s'appliquent intégralement. Il s'agit donc d'éviter de choisir l'une ou l'autre disposition de la LPAC (et/ou de la L'Etat) et d'y déroger pour d'autres. Cette règle ne remet pas en cause la possibilité pour les institutions de prévoir d'autres catégories de personnel, non prévues par la LPAC, qui auraient donc des règles propres. Certaines institutions pourraient donc avoir des catégories de personnel « LPAC » (où la LPAC s'applique intégralement) et d'autres catégories de personnel propres (Projet de loi PL 11'391 du 14 février 2014 sur l'organisation des institutions de droit public [ci-après : PL 11'391], p. 56).

- 10/14 - A/1262/2020

c. Conformément à l'art. 3 al. 1 LGÉPA, la E_____, qui est un EMS admis à fournir des prestations à charge de l'assurance-maladie obligatoire selon l'arrêté du Conseil d'État du 17 mai 2017, est régi par le chapitre II de cette loi.

Au chapitre II, l'art. 17 LGÉPA prévoit que les rapports de travail entre les établissements et leur personnel sont régis par le droit privé (al. 1). L'échelle des traitements de l'ensemble du personnel suit les mêmes principes que ceux appliqués aux membres du personnel de l'État et des établissements hospitaliers (al. 2). Une convention collective de travail règle les autres questions relatives aux rapports de travail (al. 3).

d. Les travaux préparatoires du projet de loi sur les établissements pour personnes âgées relatifs à l'art. 17 LGÉPA précisent qu'avec cet article, le Conseil d'État souhaitait à la fois

maintenir le statut de droit privé dans les rapports de travail des collaborateurs des EMS et appliquer les conditions de rémunération des employés de l'administration cantonale.

Une égalité de rémunération des professionnels était ainsi établie entre les différentes structures cantonales de soins (exemples : Hôpitaux universitaires de Genève, Fondation des services d'aide et de soin à domicile ; MGC 2008-2009/II A p. 3'130).

Le rapport de la commission des affaires sociales chargée d'étudier ce projet de loi relève à propos de l'art. 17 LGPEA que pour le représentant de l'État, il n'était pas question de transformer les employés des EMS en fonctionnaires, d'où l'empire du droit privé rappelé à l'al. 1, sauf à l'EMS de F_____, ce qui se traduisait par des instances différentes en cas de conflit de travail (MGC 2009- 2010/II A p. 977).

e. Une convention collective de travail (ci-après : CCT) conclue le 22 mars 2004 entre la FEGEMS et cinq syndicats prévoyait à son art. 2.1 que l'engagement du personnel était confirmé par un contrat écrit de droit privé, qui précisait les conditions propres à la fonction et à la personne ; l'employé recevait un exemplaire de ladite convention, partie intégrante du contrat, ainsi que son cahier des charges. L'art. 11 précisait également que pour tous les cas non prévus par la convention, les parties se référeront à la législation en la matière (législation fédérale et cantonale : notamment la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 [Livre cinquième : Droit des obligations] - CO - RS 220, la loi fédérale sur le travail, loi cantonale sur le travail).

Depuis le 1er janvier 2016, une nouvelle CCT régit les rapports de travail entre les EMS et l'ensemble du personnel (art. 1.1). L'engagement du personnel est confirmé par un contrat écrit de droit privé, qui stipule le taux d'activité et précise les conditions propres à la fonction et à la personne ; l'employé reçoit un exemplaire de la convention collective, partie intégrante du contrat, ainsi que son

- 11/14 - A/1262/2020 cahier des charges (art. 2.1). Pour tous les cas non prévus par la convention collective, les parties se référeront à la législation en la matière (législations fédérale et cantonale : notamment CO, loi fédérale sur le travail, loi cantonale sur le travail ; art. 6.3).

f. Le mémento édité par la E_____ depuis l'année 2018, mais qui a également été distribué aux collaborateurs déjà en fonction, relève que tous les collaborateurs bénéficient d'un contrat de travail de droit privé, mais se voient appliquer la grille salariale de l'État de Genève. 6)

En l'espèce, et quand bien même l'intimée est un établissement de droit public et qu'elle exécute une tâche publique, force est de constater que l'art. 29 al. 1 LOIDP, auquel la E_____ est soumise (art. 3 let. j LOIDP), précise qu'une loi spéciale détermine le statut de son personnel.

Cette loi spéciale est en l'occurrence la LGPEA, à laquelle l'intimée est soumise en tant qu'EMS admis à fournir des prestations à charge de l'assurance-maladie obligatoire.

Son art. 17 LGPEA est clair et sans équivoque. Les rapports entre les EMS et leur personnel sont régis par le droit privé (al. 1). Il s'agit en outre d'une base légale formelle.

Les travaux préparatoires de cette loi confirment que, sauf en ce qui concerne l'EMS de F_____ dont le personnel est resté soumis à la fonction publique pour des raisons historiques (cet EMS était incorporé à l'Hospice général ; art. 10 de la loi concernant la

Maison de F_____ du 11 mai 2001 - PA 664.00), la volonté du législateur était de maintenir le statut de droit privé dans les rapports de travail des collaborateurs des EMS tout en appliquant les conditions de rémunération des employés de l'administration cantonale.

Dès lors et contrairement à ce que soutient le recourant, celui-ci ne se trouve pas dans la situation prévue par l'art. 29 al. 2 LOIDP où la loi spéciale ne prévoirait pas de règle concernant le statut du personnel.

La réglementation applicable au contrat de travail liant le recourant à l'intimée ne laisse par conséquent pas de place au droit public. 7)

Par ailleurs et par rapport au contrat de travail du 27 août 2008 et à son avenant du 7 juin 2012, il n'existe aucun élément qui ferait apparaître que son caractère de droit privé ne correspondait pas à la volonté des parties ou à la réalité du contenu de la relation.

En effet, le contrat renvoie à la CCT FEGEMS de mars 2004. Celle-ci prévoit également à son art. 2.1 que l'engagement du personnel est confirmé par un contrat écrit de droit privé. Cela a été repris dans la nouvelle convention en

- 12/14 - A/1262/2020 vigueur depuis le 1er janvier 2016 (art. 2.1). En outre, les CCT FEGEMS prévoient l'application du droit privé en tant que droit supplétif (art. 11 CCT FEGEMS de mars 2004 et art. 6.3 CCT FEGEMS en vigueur).

Le caractère privé du contrat de travail conclu entre le recourant et l'intimée ressort également du mémento distribué à tous les nouveaux collaborateurs comme à ceux déjà en fonction (p. 7).

S'agissant de l'utilisation de la classification cantonale des traitements par analogie, elle ne saurait modifier le caractère privé du contrat de travail du recourant (arrêt du Tribunal fédéral 2P.181/2002 du 4 février 2003 consid. 2.3). En effet, il est admis qu'un contrat de droit privé puisse intégrer, par renvoi, des dispositions de droit public (Thierry TANQUEREL, L'évolution de la fonction publique dans l'administration centrale, in : Le droit du travail en pratique, vol. 20, Zurich 2000, p. 17). Il en est de même d'une éventuelle affiliation à la caisse de prévoyance du personnel de l'État (arrêt du Tribunal fédéral 2P.181/2002 précité consid. 2.3 ; ATA/1078/2019 du 25 juin 2019 consid. 12c).

Enfin, le recourant n'est jamais apparu comme étant employé directement par l'État de Genève et traité comme un agent soumis au droit public pendant toute la durée de son engagement. À titre d'exemples, aucune période probatoire ou de nomination en qualité de fonctionnaire n'est prévue. Les délais de résiliation sont également différents entre ce que prévoit la CCT FEGEMS en vigueur (art. 2.4) et ce que prévoit la législation applicable pour le personnel de l'État de Genève (art. 20 LPAC). Finalement, les sanctions disciplinaires ne sont pas les mêmes que celles prévues par la LPAC (art. 3.10 la CCT FEGEMS en vigueur versus art. 16 LPAC).

Au vu de ces éléments, la relation entre le recourant et l'intimée était soumise au droit privé, conformément au contrat qu'ils avaient conclu. Le litige soumis ne relève pas de la fonction publique.

La chambre administrative n'est donc pas compétente rationae materiae pour connaître du recours formé par le recourant contre le courrier du 9 avril 2020 et le déclarera irrecevable, sans qu'il y ait lieu de traiter de la question de la recevabilité de la conclusion constatatoire.

8)

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.-, à la charge du recourant, sera allouée à l'intimée qui y a conclu et a encouru des frais pour sa défense (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

- 13/14 - A/1262/2020

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.