

## **GE\_GERICHTE ATA/700/2020 vom 4. August 2020**

GE Cour de justice, 2020-08-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_700\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_700_2020)

FR: GE\_GERICHTE ATA/700/2020 du 4 août 2020

IT: GE\_GERICHTE ATA/700/2020 del 4 agosto 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 10**

janvier 2020 de transfert et changement de fonction de la recourante dès le 1er janvier 2020, comme commise administrative 3 auprès du secteur administration des RH F\_\_\_\_\_ en classe 09/22, impliquant une rétrogradation.

a. En tant que membre du personnel des HUG, le statut de la recourante était soumis à l'ancienne loi générale relative au personnel de l'administration publique cantonale et des établissements publics médicaux du 15 octobre 1987 (art. 1 al. 2 aLPAC), puis de l'art. 1 al. 1 let. e LPAC, sous réserve des dispositions particulières figurant dans la loi sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980 (LEPM - K 2 05).

b. En tant que membre du personnel de l'État, la recourante est soumise à la LPAC et RPAC, à la LTrait, ainsi qu'au RTrait.

- 7/13 - A/514/2020

c. Selon l'art. 4 al. 1 LPAC, le personnel de la fonction publique se compose de fonctionnaires, d'employés, d'auxiliaires, d'agents spécialisés et de personnel en formation. Est un employé le membre du personnel régulier qui accomplit une période probatoire (art. 6 al. 1 LPAC). La nomination en qualité de fonctionnaire intervient au terme d'une période probatoire de deux ans, sous réserve de prolongation de cette dernière (art. 47 al. 1 RPAC).

d. L'affectation d'un membre du personnel dépend des besoins de l'administration ou de l'établissement et peut être modifiée en tout temps (art. 12 al. 1 LPAC). Un changement d'affectation ne peut entraîner de diminution de salaire (al. 2). Sont réservés les cas individuels de changements d'affectation intervenant comme alternative à la résiliation des rapports de service au sens de l'art. 21 al. 3 LPAC.

Selon l'art. 21 al. 3 LPAC, 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.

e. Selon l'art. 9 al. 1 RTrait, lorsqu'un titulaire postule pour une fonction moins bien classée que celle qu'il occupe et que sa demande est acceptée, son nouveau traitement est fixé dans la classe correspondant à sa nouvelle fonction.

Lorsqu'un titulaire est affecté dans une fonction moins bien classée que celle qu'il occupe pour des motifs relevant de l'art. 12 al. 3 LPAC (i.e. comme alternative à la résiliation des rapports de service au sens de l'art. 21 al. 3), son nouveau traitement est fixé dans la classe correspondant à sa nouvelle fonction (art. 9 al. 2 RTrait). Les fonctionnaires en poste depuis

vingt ans au moins et qui se trouvent dans cette situation pour raison de santé conservent leur traitement de base (al. 5).

f. L'art. 17 al. 1 L Trait prévoit que les années de service sont comptées dès le moment où les membres du personnel ont exercé une activité régulière au service de l'État. Toutefois, le règlement détermine comment sont comptées les années de service à temps partiel. Selon l'al. 2, s'il n'y a pas d'interruption entre les deux emplois, les années passées au service de la Confédération, du canton ou d'une commune genevoise, ainsi que d'une fondation ou d'un établissement de droit public genevois sont prises en considération. 3) a. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, la juridiction recherchera la véritable portée de la norme en la dégagant de sa

- 8/13 - A/514/2020 relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique ; ATF 145 I 108 consid. 4.4.2 ; 143 I 109 consid. 6 ; ATA/273/2019 du 19 mars 2019 consid. 3). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. Il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (ATF 144 V 313 consid. 6.1 ; ATA/1026/2019 du 18 juin 2019 consid. 5a). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution (ATF 144 III 58 consid. 4.1.3.1).

Il y a lacune proprement dite lorsque la loi reste, même après interprétation, muette sur un point qu'il est nécessaire de trancher pour pouvoir l'appliquer, autrement dit lorsque le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler. Il y a lacune improprement dite lorsque la loi apporte une solution qui peut être considérée comme objectivement insoutenable ou lorsque la réponse qu'apporte la loi est insatisfaisante (ATA/317/2020 du 31 mars 2020 consid. 2d ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, n. 440). En règle générale, les lacunes improprement dites ne peuvent, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, être comblées par les juges. Les lacunes proprement dites doivent en revanche l'être sous peine de commettre un déni de justice. Cette conception revient à assimiler la lacune improprement dite au silence qualifié, c'est-à-dire à la volonté du législateur de ne pas réglementer une situation ou de ne pas inscrire une solution déterminée dans la loi. Il est certain que lorsqu'il apparaît que c'est à dessein que la loi ne réglemente pas une situation donnée, ce silence qualifié doit être respecté. Il n'y a alors pas de place pour un quelconque comblement de lacune (ATA/317/2020 précité consid. 2d ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 441). La lacune proprement dite sera comblée non seulement par les juges, qui feront acte de législateur en s'inspirant des buts et valeurs qui sous-tendent la législation en cause, mais aussi par l'administration, chargée d'appliquer la loi en premier lieu. On peut certes imaginer que la lacune soit comblée par voie d'ordonnance législative (Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 442). S'agissant ensuite de la distinction entre lacune proprement dite et lacune improprement dite, la jurisprudence tend à assimiler à la première l'inconséquence manifeste de la loi, à savoir le cas où l'on arrive à la conclusion que si le législateur avait vu le problème, il aurait prévu une législation topique. Il apparaît ainsi que la jurisprudence admet des compléments de lacunes dans des

cas où il aurait quand même été possible d'appliquer la loi sans cela, certes au prix d'un résultat insatisfaisant (ATF 123 II 225 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 444).

D'après la jurisprudence, afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut expliciter l'interprétation qu'elle leur

- 9/13 - A/514/2020 donne dans des directives. Celles-ci n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce (ATF 145 II 2 consid. 4.3). Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 141 II 338 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_522/2012 du 28 décembre 2012 consid. 2.3 ; ATA/829/2019 du 25 avril 2019 consid. 6a).

b. Le sens littéral de l'art. 9 al. 5 RTrait des termes « en poste » en lien avec une durée de « vingt ans » ne renseigne nullement sur le sens que le Conseil d'État a entendu leur donner. En revanche, il ne semble pas que le terme de fonctionnaire puisse signifier que la personne concernée le soit depuis vingt ans au moment où la question de sa rétrogradation se pose.

c. Le but et la systématique de l'art. 9 RTrait, en regard de ses al. 1 et 2, est manifestement de permettre à l'employé qui doit changer de poste pour des raisons de santé de ne pas souffrir d'une réduction de son traitement si son ancienneté à l'État est de vingt ans ou plus.

Reste à déterminer si cela vaut uniquement pour l'État au sens strict par opposition au grand État.

d. Quant à la notion de calcul des années au service de l'État, elle n'apparaît dans la LTrait qu'à son art. 17, relatif au 13ème salaire (Chapitre II intitulé « Treizième salaire »), et prévoit une prise en compte extensive du décompte des années de service puisqu'elles sont dénombrées dès le moment où les membres du personnel ont exercé une activité régulière au service de l'État. En son al. 2, elle inclut dans ce décompte les années passées au service de la Confédération, du canton ou d'une commune genevoise, ainsi que d'une fondation ou d'un établissement de droit public genevois pour autant qu'il n'y ait pas d'interruption entre les deux emplois, soit au service du grand État.

Rien ne figure dans les travaux préparatoires en lien avec l'adoption de l'art. 17 LTrait lors de la modification de ladite loi adoptée le 23 juin 1977 (PL 4604 ; MGC 1976 8/I 648-657, 29/III 2936-2975, 1977 28/IV 3384-3423).

L'art. 13A RTrait, relatif au versement et au calcul du 13ème salaire, ne renseigne aucunement sur la notion de durée des rapports de service.

e. La fiche 04.02.03 du mémento des instructions de l'office du personnel de l'État (MIOPE), intitulée « changement de fonction avec rétrogradation sur demande du titulaire », n'apporte aucun éclairage dans la mesure où elle contient uniquement deux exemples de calcul de salaire avant et après rétrogradation.

- 10/13 - A/514/2020

f. En définitive, l'esprit de cette exception prévue par l'art. 9 al. 5 RTrait, visant à maintenir le traitement de base de la personne concernée nonobstant sa rétrogradation, vise visiblement à la protéger alors que cette rétrogradation intervient en raison de problèmes de santé et qu'elle a mis un minimum de vingt années de sa vie professionnelle au service de

l'État. 4) a. La recourante ne conteste pas s'être retrouvée, pour raison de santé, dans une situation où ses rapports de service auraient pu être résiliés pour un motif fondé (art. 21 al. 3 LPAC), qu'il lui a été proposé des mesures de développement et de réinsertion professionnelle, puis un nouveau poste au sein de l'administration cantonale correspondant à ses capacités. Sa nouvelle fonction, depuis le 1er janvier 2020, s'avère cependant moins bien classée (09/22) que celle occupée précédemment (classe 16/22). La recourante occupe toutefois ce nouveau poste, comme déjà dit, pour raison de santé, de sorte que se pose la question de savoir si elle peut conserver son traitement de base, conformément à l'art. 9 al. 5 RTrait. La question à résoudre est dès lors de savoir si son parcours professionnel répond à la condition d'avoir été « en poste » depuis « au moins vingt ans » au sens de cette disposition pour pouvoir en bénéficier.

Mme A\_\_\_\_\_ a travaillé comme infirmière aux HUG durant plus de huit ans, du 1er octobre 1994 jusqu'au 31 décembre 2002. L'intimé soutient néanmoins que le début de sa carrière à l'État doit être fixé au 1er janvier 2003, lorsqu'elle a intégré l'école B\_\_\_\_\_. Il soutient aussi que les vingt ans prévus à l'art. 9 al. 5 RTrait ne doivent être comptabilisés qu'à compter de sa nomination comme fonctionnaire dès le 1er octobre 2006, voire que le fonctionnaire qui peut se prévaloir de cette disposition devrait avoir occupé le même poste durant vingt ans.

Mme A\_\_\_\_\_ soutient au contraire que l'État a reconnu vingt-cinq années de service en son sein et l'en a remerciée le 17 septembre 2019 en lui octroyant une gratification de CHF 2'000.-. Elle soutient ainsi avoir commencé sa carrière au sein de l'État à compter de son entrée aux HUG en 1994.

b. Lorsque la recourante a travaillé pour les HUG du 1er octobre 1994 au 31 décembre 2002, son statut était notamment soumis à l'aLPAC, puis à la LPAC, sous réserve des dispositions prévues dans la LEPM, sans pertinence en l'espèce. Il est dans ces conditions difficile de soutenir qu'elle n'était pas au service de l'État, en l'occurrence du grand État. Elle l'était au contraire et telle a été également la situation pour ses emplois subséquents, à compter de celui auprès de l'école B\_\_\_\_\_, ce que l'intimé ne remet pas en cause. Il serait dans une telle situation contraire à l'esprit de l'al. 5 de l'art. 9 RTrait de lui donner l'interprétation d'une exigence d'avoir été pendant vingt ans au service du petit État uniquement, et a fortiori d'exiger que cela ait été en qualité de fonctionnaire uniquement. Il s'agit au contraire de considérer que le Conseil d'État a entendu, à titre d'exception, accorder une protection accrue au travailleur qui a évolué durant de nombreuses années au sein de l'État, fût-ce le grand État comme en l'espèce, et qui

- 11/13 - A/514/2020 se voit privé de le faire dans l'emploi plus qualifié qu'il doit quitter en raison de problèmes de santé.

Quant au calcul de la durée de vingt ans, comme relevé supra, le règlement en cause et la RTrait sont muets s'agissant de la problématique spécifique de la rétrogradation du fonctionnaire. Seule la RTrait aborde la durée de rapports de service dans le chapitre concernant le 13ème salaire, en son art. 17 RTrait, englobant dans son calcul le nombre d'années passées par l'employé au service du grand État (al. 2).

Or, la recourante a précisément bénéficié de la prime de fidélité reposant sur son ancienneté au service du grand État.

En définitive, il ne doit pas être donné à l'art. 9 al. 5 RTrait l'interprétation restrictive que lui prête l'intimé et que, en tous les cas dans les circonstances particulières du cas d'espèce, il s'impose de considérer qu'au moment de sa rétrogradation, la recourante remplissait bien la condition de vingt années d'ancienneté au sens de cette disposition de sorte qu'elle doit conserver son traitement prévalant avant rétrogradation. 5)

Enfin, il ne faut pas davanatge donner au terme « postulation » de l'art. 9 al. 1 RTrait l'interprétation restrictive telle que soutenue par le département et qui exclurait l'application de son al. 5 à la personne qui n'a pas à proprement parler « postulé » pour un reclassement mais s'est retrouvée dans cette situation pour raisons de santé, ce qui constitue précisément une exception à une péjoration de sa situation salariale nonobstant un reclassement. 6)

La décision du Conseil d'État du 10 janvier 2020 sera partant annulée et la cause lui sera renvoyée pour prise d'une nouvelle décision dans le sens des considérants du présent arrêt. 7)

Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA) et une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à la recourante, à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

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