

GE_GERICHTE ATA/822/2013 vom 17. Dezember 2013

GE Cour de justice, 2013-12-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_822_2013

FR: GE_GERICHTE ATA/822/2013 du 17 décembre 2013

IT: GE_GERICHTE ATA/822/2013 del 17 dicembre 2013

Regeste

Résumé: Le Statut du Grand Théâtre de Genève constitue une base légale formelle suffisamment claire pour admettre la soumission au droit privé des rapports de travail des membres de la direction générale et du personnel artistique de scène travaillant au sein de cette fondation d'intérêt public communal. En l'espèce, les différentes activités exercées par la recourante pouvaient, sans arbitraire ni inégalité de traitement, être qualifiées d'artistiques. C'est donc à bon droit que la recourante a été engagée sous contrat de droit privé, en tant que membre du personnel artistique de scène. Le litige relatif à ses rapports de travail échappent, partant, à la compétence de la chambre administrative.

Erwägungen

E. 26

septembre 2010 - LOJ - E 2 05). Sauf exceptions prévues par la loi, 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. d et 57 LPA ; art. 132 al. 2 LOJ).

b. A teneur de 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 les 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 autorités communales, les services et les institutions qui en dépendent (art. 5 let. f LPA).

- 31/44 - A/1491/2011

c. Le délai de recours est de 30 jours s'il s'agit d'une décision finale ou d'une décision en matière de compétence (art. 62 al. 1 let. a LPA).

En l'espèce, Mme X_____ a recouru en temps utile contre le courrier de la fondation du 20 avril 2011, laquelle est une institution de droit public communal au sens de l'art. 5 let. f LPA. L'examen de la recevabilité du recours implique encore de déterminer si ce courrier, en tant qu'il rejette les prétentions de la recourante en paiement de diverses sommes d'argent, constitue bien une décision fondée sur du droit public fédéral, cantonal ou communal. 2)

Dans sa réponse, l'intimée a en effet soulevé l'exception d'incompétence *ratione materiae*. Elle considère avoir été liée à la recourante par des contrats de travail de droit privé, de sorte que la chambre de céans ne serait pas compétente pour statuer sur le présent litige.

Celui-ci ressortirait à la compétence de la juridiction des prud'hommes.

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 travail (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.151/2005 du 9 février 2006 consid. 5 et les références citées ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.136/2005 du 14 décembre 2005 consid. 3.1.1). Si une autorité est partie audit rapport de droit, le droit public est présumé applicable. 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 et 2P.136/2005 précités).

b. 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/582/2011 du 13 septembre 2011 consid. 4b ; P. MOOR, Droit administratif, Vol. 3, 2ème éd., 1992, ch. 5.1.2.1 et 5.1.3.1).

c. Le Tribunal fédéral et la doctrine admettent le principe de l'application du droit privé dans la relation de travail entre un agent public et une collectivité publique pour autant qu'une base légale expresse le prévoit (ATF 118 II 213 = JdT 1993 I p. 634 consid. 3 ; Arrêt du Tribunal fédéral 8C_467/2012 du 14 février 2013 consid. 5.4.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.18/2006 du 19 mars 2006 consid. 2.3 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.136/2005 précité consid. 3.2 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 87 ss, n. 269 et 270 ; B. KNAPP, Précis de droit administratif, 1991, p. 628, n. 3070). En principe, les rapports entre l'Etat et ses agents doivent être soumis au droit public, des rapports de droit privé n'étant admissibles que dans des circonstances exceptionnelles, par

- 32/44 - A/1491/2011 exemple s'il s'agit de tâches de trop courte durée pour être confiées à des fonctionnaires et même à des employés ou, en cas de tâches spéciales, voire s'il est nécessaire d'individualiser le rapport juridique (JAAC 2000 III 64.64 consid. 1.b.aa ; ATA/582/2011 précité consid. 4c ; ATA/362/2010 du 1er juin 2010 consid. 7b). Le législateur peut, en édictant une norme claire à cet effet, décider de soumettre au droit privé ou permettre à l'autorité d'application de soumettre au droit privé certains rapports de travail du personnel étatique. La base légale autorisant le recours au droit privé peut être fédérale, cantonale, voire communale dans la mesure où le droit cantonal le permet. Elle peut aussi consister en une prescription autonome d'une entité décentralisée, mais, dans ce cas, le droit de la collectivité dont dépend cette entité doit expressément autoriser celle-ci à prévoir le recours au droit privé dans ses prescriptions autonomes. La base légale doit être formelle, par respect du parallélisme des formes, lorsqu'elle permet de déroger à un principe d'engagement de droit public lui-même prévu dans une loi formelle, ce qui est en pratique presque toujours le cas. Plus généralement, le principe même du recours au droit privé devrait figurer dans une loi formelle, les modalités pouvant faire l'objet d'une délégation (T. TANQUEREL, Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique, in Les réformes de la fonction publique, 2012, p. 71 à 73).

d. Dans la gestion de son personnel comme ailleurs, l'Etat doit respecter les principes et droits constitutionnels qui encadrent l'ensemble de son activité. Cette obligation concerne aussi bien les libertés que les principes de la légalité, de l'égalité de traitement, de

l'interdiction de l'arbitraire, de l'intérêt public, de la proportionnalité ou de la bonne foi. Il en va de même du droit d'être entendu (T. TANQUEREL, op. cit., n. 58 ss et les références de doctrine et de jurisprudence citées). L'Etat doit respecter ces exigences constitutionnelles y compris lorsqu'il soumet son personnel à un régime de droit privé (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.137/2005 du 17 octobre 2005 in RDAF 2007 I p. 42 consid. 3.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.63/2003 du 29 juillet 2003 consid. 2.3 ; Contra : O. SUBILIA, Note au sujet de l'arrêt 2P.137/2005 : Les communes sont-elles condamnées à exercer leur puissance publique y compris contre leur volonté ?, in RDAF I 2007 p. 46 ss). Le pouvoir du législateur de prévoir la soumission du personnel de l'Etat au droit privé trouve ainsi sa limite dans le principe de l'égalité de traitement : l'existence de statuts différents – de droit privé ou de droit public – doit reposer sur des motifs objectifs suffisants. Tel est notamment le cas lorsque le recours au droit privé concerne des emplois de brève durée ou des tâches spéciales (T. TANQUEREL, op. cit., n. 74). Au sein d'une même entité, l'existence de régimes différents doit ainsi faire l'objet d'un examen critique. Il n'y a a priori pas de raison d'y traiter différemment des employés effectuant un travail similaire. Le caractère véritablement temporaire d'un emploi peut en revanche constituer un critère admissible de distinction, mais non l'origine du financement du salaire (T. TANQUEREL, op. cit., n. 75).

- 33/44 - A/1491/2011 3)

Formellement, Mme X_____ a été engagée à de multiples reprises par la fondation au moyen de contrats de travail temporaires de droit privé.

Ses contrats fixaient le poste à pourvoir, la durée de l'engagement, le taux d'activité et le salaire y relatif. Ils renvoyaient aux conditions générales d'engagement du personnel temporaire de la fondation qui les qualifiaient expressément de contrats de droit privé soumis au CO.

Ils ont été conclus par la seule fondation, représentée tantôt par son secrétaire général, tantôt par son directeur général agissant seul ou conjointement avec le directeur des RH, sans qu'aucune autre autorité n'intervienne dans les processus d'engagement.

Matériellement, la recourante n'a de même pas été traitée comme une fonctionnaire municipale. Elle n'a pas été soumise au SPAM, applicable à cette catégorie de travailleurs jusqu'au 30 décembre 2010 et remplacé depuis lors par le Règlement du personnel de la ville de Genève du 29 juin 2010 (RPVG – LC 21 151.30), et n'a en particulier pas été rémunérée en fonction de l'échelle de traitements prévue par cette législation.

Reste à examiner si la fondation disposait d'une base légale suffisante pour recourir au droit privé dans ses relations de travail avec Mme X_____ et si, cas échéant, elle a usé de cette prérogative dans le respect du principe de l'égalité de traitement. 4)

L'art. 30 al. 1 let. t LAC dispose que le conseil municipal délibère sur la création de fondations d'intérêt public communal. Il partage cette compétence avec le Grand Conseil, auquel les statuts de telles fondations et leurs modifications subséquentes doivent être soumis pour approbation (art. 2 LFond). Le conseil municipal délibère en outre sur le statut du personnel communal et l'échelle des traitements et salaires (art. 30 al. 1 let. w LAC), tandis que le conseil administratif est chargé, dans les limites de la constitution et des lois, d'engager et de nommer le personnel de l'administration municipale, de fixer son salaire, de le contrôler et de le révoquer conformément au statut du personnel (art. 48 let. r LAC),

respectivement d'édicter les règlements municipaux, à l'exclusion des domaines où les lois donnent cette compétence au conseil municipal (art. 48 let. v LAC).

L'acte constitutif de la fondation a en l'espèce été adopté conformément à la répartition des compétences précitées. Le Statut du GTG a en effet été approuvé tant par le conseil municipal en date du 21 avril 1964 que par le Grand Conseil en date du 20 novembre 1964. Ses prescriptions ont donc force de loi. 5)

Selon l'art. 10 al. 1 du Statut, le conseil de fondation est l'organe suprême de la fondation. Sous réserve des compétences de l'autorité de surveillance (soit

- 34/44 - A/1491/2011 du conseil administratif à teneur de l'art. 5 du Statut), il est investi des pouvoirs les plus étendus pour la gestion et l'administration de la fondation. Il est notamment chargé de présenter des propositions au conseil administratif en vue de la nomination ou de la révocation, par ce dernier, de tout le personnel permanent ou temporaire, ainsi que des sanctions éventuellement nécessaires. Le personnel est soumis au statut du personnel de l'administration municipale, dont il fait partie ; toutefois, les membres de la direction générale et le personnel artistique de scène peuvent être engagés par le conseil administratif en vertu d'un contrat de droit privé (art. 10 al. 2 ch. 4 du Statut).

Cette disposition n'a pas été modifiée depuis son adoption en 1964. A cette époque, le GTG, qui revêtait déjà la forme d'une fondation d'intérêt public communal, venait de connaître d'importants problèmes de gestion. Ceux-ci avaient contraint le conseil administratif à suppléer temporairement les organes de la fondation et à proposer au conseil municipal une refonte du Statut aux fins de renforcer les pouvoirs de contrôle et d'intervention des autorités municipales sur l'institution (cf. MGC 1964/II 1487 - 1489). Dans ce contexte, le nouvel art. 10 al. 2 ch. 4 a été présenté au vote du conseil municipal, puis du Grand Conseil, dans les termes suivants : « quant au personnel, il est dorénavant prescrit que tous les employés et ouvriers permanents du Grand-Théâtre sont soumis au statut du personnel de l'administration municipale et font partie de cette dernière, ceci à l'exception du personnel de caractère artistique dont l'engagement doit préférablement être régi par un contrat de droit privé de nature temporaire » (MGC 1964/II 1490). Le rôle de la fondation se limitait ainsi à « présenter les propositions au conseil administratif en vue de la nomination ou de la révocation, par ce dernier de tout le personnel permanent ou temporaire » (MGC 1964/III 1946).

Interprété selon son texte et la volonté concordante du législateur communal, l'art. 10 al. 2 ch. 4 du Statut donne ainsi au seul conseil administratif la compétence d'engager le personnel travaillant au sein du GTG, le conseil de fondation ne disposant que d'une compétence de proposition en la matière. 6)

A une date inconnue de la chambre de céans, le conseil administratif a toutefois partiellement délégué cette compétence à la fondation.

Cela ressort notamment du règlement intérieur édicté par la fondation en application de l'art. 11 du Statut et approuvé par le conseil administratif le 1er février 2004 (ci-après : le règlement intérieur), auquel l'intimée se réfère.

Sous le titre « engagement de personnel », l'art. 6 du règlement intérieur dispose ce qui suit :

Le personnel du Grand Théâtre est engagé de la manière suivante :

- 35/44 - A/1491/2011

1. Personnel engagé par le conseil administratif de la ville de Genève a) Le directeur général et le secrétaire général sont engagés par le conseil administratif au moyen d'un contrat de droit privé, sur proposition du conseil de fondation, lequel devra avoir pris connaissance du préavis obligatoirement formulé par le bureau. b) Le personnel administratif ou technique permanent appartenant à l'administration municipale de la ville de Genève est engagé par le conseil administratif, selon le statut de l'administration municipale, sur proposition de la fondation, conformément aux règles suivantes - pour le personnel supérieur (catégories hors cadre, 14e classe statutaire ou supérieure, ou traitement correspondant), la proposition est faite par le conseil de fondation qui, au préalable, aura pris connaissance des préavis obligatoirement formulés par le bureau et par la direction du Grand Théâtre ; - pour tous les autres membres du personnel, administratif ou technique (classes statutaires de 4 à 13, ou traitement correspondant), la proposition est faite directement par le bureau du conseil qui, au préalable, aura pris connaissance du préavis obligatoirement formulé par la direction du Grand Théâtre

Tous les cas de sanctions, de résiliation ou révocation, etc. concernant le personnel permanent appartenant à l'administration municipale de la ville de Genève seront traités également selon la procédure décrite ci-dessus.

La direction du Grand Théâtre propose au conseil administratif les confirmations définitives, les engagements et les changements de catégorie. c) Le personnel administratif ou technique temporaire (y compris personnel de salle) est engagé par le conseiller administratif chargé du département des affaires culturelles au moyen d'un contrat de droit privé, sur proposition de la direction. 2. Personnel engagé par la fondation du Grand Théâtre a) Les chefs d'un secteur artistique (tels que directeur du ballet, chef des chœurs, directeur technique ou autre fonction de même importance) sont engagés par la fondation au moyen d'un contrat de droit privé et sur décision du conseil de fondation, lequel devra avoir pris connaissance des préavis obligatoirement formulés par le bureau et la direction. b) Le personnel artistique, administratif ou technique est engagé par la fondation au moyen de contrats annuels de droit privé sur proposition de la direction. 3. Personnel engagé par la direction.

Le personnel artistique, administratif ou technique temporaire ou au spectacle est engagé par la direction conformément aux dispositions de l'article 5, litt. b ci-dessus et en respectant les dispositions en vigueur de la ville de Genève dans ce domaine.

A rigueur de texte, le règlement intérieur prévoit une compétence d'engagement concurrente du conseil administratif et de la fondation concernant le personnel administratif ou technique, permanent ou temporaire. (art. 6 ch. 1 let. b et c d'une part et art. 6 ch. 2 let. b et ch. 3 d'autre part). Suivant la personne

- 36/44 - A/1491/2011 de son employeur, le personnel administratif ou technique permanent se voit ainsi soumis à des régimes juridiques différents, à savoir au régime de droit public valant pour les membres de l'administration municipale dans le premier cas (art. 6 ch. 1 let. b du règlement intérieur) ou à des contrats annuels de droit privé dans le second cas (art. 6 ch. 2 let. b du règlement intérieur). Cette clause est l'illustration de l'inégalité de traitement que les audits de 2007 ont à juste titre dénoncée et à laquelle il aurait depuis lors été remédié moyennant la « municipalisation » de tout le personnel administratif ou technique exerçant une fonction permanente au sein du GTG. Concernant le personnel administratif

ou technique temporaire, il est susceptible d'être engagé, à teneur de l'art. 6 ch. 1 let. c et ch. 3 du règlement intérieur, tant par le conseiller administratif chargé du département des affaires culturelles que par la fondation, au moyen d'un contrat de droit privé. L'art. 6 ch. 1 let. a du règlement intérieur donne enfin au conseil administratif la compétence d'engager, au moyen d'un contrat de droit privé, le directeur général et le secrétaire général du GTG, tandis qu'en vertu de l'art. 6 ch. 2 et 3, la fondation est seule compétente pour engager, au moyens de contrats de droit privé, les membres de la direction artistique et le personnel artistique.

Cette délégation de compétence du conseil administratif à la fondation concernant l'engagement de certaines catégories de personnel ressort également de la PR-688 du 11 mars 2009 en vue de l'approbation du budget de la saison 2009/2010 du GTG, du rapport de la commission des arts et de la culture et de la commission des finances du conseil municipal du 3 août 2009 relatif à cette proposition, de l'organigramme du GTG pour la saison 2010-2011 ou du catalogue exhaustif des fonctions établi par l'intimée en vue du processus de « municipalisation » précité. Les autorités communales en ont donc pleinement conscience et s'en accommodent.

La fondation disposerait donc de la compétence d'engager, au moyen de contrats de droit privé, les membres de la direction générale, le personnel artistique permanent et le personnel artistique, administratif ou technique temporaire du GTG, tandis qu'il appartiendrait au conseil administratif de n'engager que le personnel administratif et technique permanent. L'intimée résume de la sorte ses prérogatives en la matière.

La légalité de la délégation de compétence qui s'est en pratique opérée en faveur de la fondation paraît toutefois douteuse. Cette délégation ne trouve en effet ancrage que dans un règlement intérieur édicté en 2004 qui, tout en dérogeant au texte clair de l'art. 10 al. 2 ch. 4 du Statut, s'avère de rang inférieur. Certaines clauses de ce règlement ne seraient en outre plus appliquées, tel l'engagement par la fondation de personnel technique ou administratif permanent selon l'art. 6 ch. 2 let. b.

La question d'une éventuelle violation du principe de la légalité, comme des conséquences juridiques à en tirer pour le personnel engagé par la fondation

- 37/44 - A/1491/2011 souffrira toutefois de demeurer indécise dans la présente espèce en raison de ce qui suit. 7)

L'art. 10 al. 2 ch. 4 du Statut distingue deux catégories de personnel susceptible de travailler au sein du GTG, à savoir le personnel permanent ou temporaire faisant partie de l'administration municipale d'une part et, d'autre part, les membres de la direction générale et le personnel artistique de scène.

A l'époque des faits litigieux, le régime juridique auquel était soumis le personnel appartenant à la première catégorie résultait du SPAM. Bien que ce dernier ait été remplacé par le RPVG en date du 31 décembre 2010, il reste déterminant en l'espèce, puisque les faits pertinents, soit les engagements successifs de la recourante par la fondation, se sont déroulés alors qu'il était en vigueur. Lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences juridiques d'un événement passé qui constitue le fondement de la naissance d'un droit ou d'une obligation, le droit en vigueur au moment de cet événement demeure en effet applicable (cf. T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 133, n. 408 et la jurisprudence citée).

Selon son art. 1, le SPAM s'appliquait à tous les fonctionnaires de la ville, à l'exception du personnel du service d'incendie et de secours soumis à un statut spécial. Toute personne nommée en cette qualité par le conseil administratif pour exercer, à temps complet ou à temps partiel, une fonction permanente au service de la ville était fonctionnaire au sens de ce statut.

Sous le titre « engagement de droit privé », l'art. 2 SPAM disposait :

Le conseil administratif peut engager, dans le cadre du budget et sur la base de contrats de droit privés ressortissant au titre dixième du Code des obligations : - des auxiliaires fixes ; - des agents spécialisés. Est un auxiliaire fixe toute personne engagée pour une durée indéterminée en vue d'exercer une fonction permanente à temps complet ou à temps partiel. Est un agent spécialisé toute personne engagée en raison de ses connaissances particulières et de son expérience pour accomplir une mission déterminée de durée limitée. Les conseillers administratifs peuvent engager, dans le cadre de leur budget et sur la base d'un contrat de droit privé ressortissant au titre dixième du Code des obligations, des personnes en qualité de temporaires pour une durée limitée en vue de travaux particuliers ou saisonniers.

- 38/44 - A/1491/2011 Des règlements distincts fixent les conditions générales d'engagement applicables à chacune de ces catégories.

En vertu de l'art. 3 SPAM, le conseil administratif était enfin habilité à édicter par voie de règlements ou d'ordres de service les prescriptions nécessaires à l'application du statut.

Le régime juridique des auxiliaires fixes était détaillé dans le règlement du personnel auxiliaire fixe de l'administration municipale du 14 janvier 1987 (LC 21 153 – ci-après : aRPAF), désormais abrogé. Selon les art. 1 et 2 aRPAF, les auxiliaires fixes étaient engagés par le conseil administratif, sous contrat de droit privé régi par les dispositions du règlement et subsidiairement par les art. 319 ss du CO. En dépit de ce renvoi au droit privé, les rapports de travail de cette catégorie de personnel de l'administration municipale relevaient toutefois du droit public, puisque leurs contours étaient précisément déterminés par le aRPAF. Ledit règlement prévoyait en effet la forme de l'engagement, lequel se faisait par lettre soumise à acceptation écrite (art. 3), les délais de résiliation (art. 5), la durée et l'horaire de travail (art. 6 ss), le droit aux vacances et congés (art. 34 ss) des intéressés, etc. L'art. 11 aRPAF soumettait en outre les auxiliaires fixes à la même échelle de traitements que celle des fonctionnaires, à charge pour le conseil administratif d'en classer la fonction au sein de celle-ci (art. 12 aRPAF).

Sur la base de l'art. 3 SPAM, le conseil administratif avait en outre édicté le règlement du personnel technique du Grand Théâtre de Genève du 1er juillet 1977 (LC 21 156 ; ci-après : aRPT), également abrogé depuis lors. Selon l'art. 1 aRPT, ce règlement s'appliquait au personnel technique (fonctionnaires et auxiliaires fixes) du GTG. Le personnel technique du Grand Théâtre comprenait le personnel de scène et le personnel des ateliers. Faisaient partie du personnel de scène : l'ingénieur-technicien ; le régisseur technique ; les machinistes ; les électriciens ; les mécaniciens-électroniciens ; les tapissiers-accessoiristes ; les habilleuses. Faisaient partie du personnel des ateliers : les constructeurs (menuisiers, ébénistes, serruriers) ; les décorateurs (peintres, décorateurs, graphistes, staffeurs) ; les tapissiers-accessoiristes ; les magasiniers (art. 2 aRPT). Les autres dispositions fixaient les conditions de travail de cette catégorie de personnel, à savoir la durée du travail (art. 3 aRPT), l'horaire de travail (art. 4 et 5 aRPT), les heures supplémentaires (art. 6, 8 et 9

aRPT), les heures de nuit (art. 10 aRPT), les indemnités de fonction, de repas et collations (art. 7 et 11 aRPT), les jours de repos et congés (art. 14 à 16 aRPT). Le SPAM était enfin applicable à titre supplétif (art. 23 aRPT).

Aucune réglementation particulière n'ayant été édictée pour les agents spécialisés et le personnel temporaire chargé de travaux particuliers ou saisonniers, ces catégories de personnel pouvaient en revanche être engagées par la ville au moyen de contrats de travail au sens des art. 319 ss CO. L'art. 2 du

- 39/44 - A/1491/2011 SPAM constituait une base légale suffisante au sens exigé par la jurisprudence pour permettre à la ville d'assujettir ces rapports de travail au droit privé.

A l'époque des faits litigieux, le personnel du GTG soumis au SPAM en vertu de l'art. 10 al. 2 ch. 4 ab initio du Statut pouvait donc être engagé soit en qualité de fonctionnaires ou d'auxiliaires fixes assujettis à un régime de droit public, soit en qualité d'agents spécialisés ou de temporaires affectés à des travaux de durée limitée au moyen de contrats de droit privé.

L'autre exception au principe de la soumission au droit public des rapports de travail du personnel travaillant au sein du GTG était et demeure toujours ancrée à l'art. 10 al. 2 ch. 4 in fine du Statut.

Cette disposition prévoit en effet expressément la possibilité de recourir au droit privé pour l'engagement des membres de la direction générale et le personnel artistique de scène du GTG. Compte tenu de son champ d'application limité, elle fait figure de *lex specialis* par rapport aux régimes généraux qui résultaient à l'époque du SPAM et résultent désormais du RPVG. Adoptée par le conseil municipal et approuvée par le Grand Conseil, elle déroge valablement à ces régimes généraux, tout en délimitant précisément le cercle des personnes visées, respectivement le régime juridique auxquelles celles-ci peuvent être soumises. Elle constitue donc une base légale formelle suffisamment claire pour asseoir un recours au droit privé. 8)

Il reste à déterminer si Mme X_____ pouvait être soumise au régime d'exception prévue par l'art. 10 al. 2 ch. 4 in fine du Statut, soit engagée sous contrats de travail de droit privé en qualité de membre du personnel artistique de scène, ou si, au contraire, elle aurait dû être soumise au SPAM sous l'un ou l'autre des régimes prévus par cette législation.

Entre 2005 à 2009, la recourante a travaillé pour le compte du GTG sur une vingtaine de productions. Elle a alternativement exercé les fonctions de régisseuse de scène, de régisseuse lumière, de régisseuse surtitres ou d'assistante à la mise en scène à l'occasion de différents spectacles. Selon elle, de telles activités relevaient, tant d'un point de vue organisationnel que matériel, du domaine technique.

Selon l'intimée, le personnel artistique de scène visé par l'art. 10 al. 2 ch. 4 in fine du Statut engloberait toutes les personnes attachées à la production artistique d'un spectacle que celles-ci participent ou non à l'acte de création proprement dit. La régie de scène, à laquelle appartenaient les différents postes occupés par Mme X_____, aurait pour fonction de coordonner tous les aspects artistiques d'un spectacle, soit de gérer tout ce qui a trait au déroulement scénique et musical d'une œuvre, et relèverait ainsi du domaine artistique. En référence à son organigramme établi dès 2007, la fondation expose que tout le personnel

- 40/44 - A/1491/2011 travaillant dans ce secteur serait engagé au moyen de contrats de droit privé, qu'il s'agisse d'employés permanents ou de temporaires, soit de personnes qui,

comme la recourante, sont engagées en renfort de l'équipe de base sur une production déterminée. A l'inverse, le personnel exerçant des fonctions relevant de la technique de scène (la machinerie, le son et la vidéo, l'électricité, l'habillage, l'électromécanique, les perruques et le maquillage, les accessoires et les chefs de plateau) serait engagé par la ville et soumis au SPAM en application de l'art. 10 al. 2 ch. 4 ab initio. Si certains membres de ce personnel technique avaient, par le passé, été engagés sous contrats de droit privé, leur situation aurait été régularisée depuis lors, via le processus de « municipalisation » achevé en janvier 2011. Le personnel affecté à la régie de scène n'aurait en revanche pas été visé par ce processus, leur appartenance au secteur artistique n'ayant pas été remise en cause. 9)

La notion de personnel artistique de scène contenue à l'art. 10 al. 2 ch. 4 du Statut est une notion juridique indéterminée qui laisse un pouvoir d'appréciation à l'autorité, celle-ci n'étant limitée que par l'excès ou l'abus de ce pouvoir. La chambre de céans revoit librement l'interprétation des notions juridiques indéterminées, mais contrôle sous le seul angle des limites précitées, l'exercice du pouvoir d'appréciation conféré à une autorité. Cette dernière doit notamment respecter les principes constitutionnels régissant le droit administratif, comme l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire (T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 168 ss, n. 507 ss).

Les témoignages recueillis en cours d'instruction concordent tous sur le fait que les différentes activités exercées par la recourante au sein du GTG revêtaient des composantes à la fois techniques et artistiques. Mme X_____ ne participait pas directement au processus de création artistique, qui était l'affaire du metteur en scène, de son assistant et du chef d'orchestre, mais relayait leur indications, consignées dans une partition, auprès des différents secteurs techniques (machinerie, accessoires, costumes, maquillage, etc.). Sous l'égide de la régisseuse principale, elle était chargée de planifier et de coordonner un spectacle, en étroite collaboration avec l'équipe artistique. Pour ce faire, elle devait disposer de compétences spécifiques, notamment de connaissances en solfège, qui n'étaient pas requises des personnes travaillant au sein des secteurs techniques précités (machinistes, cintriers, électriciens, etc.). A l'inverse de Mme X_____, ces techniciens n'avaient par ailleurs aucun contact avec les personnes chargées de la mise en scène. Les activités de la recourante au sein de la régie de scène ne se confondaient ainsi pas avec celles d'un régisseur technique ou d'un chef de plateau, chargé de diriger et de coordonner la seule équipe des techniciens.

La nature hybride des activités exercées par un régisseur de scène est connue tant du législateur fédéral (cf. l'art. 35 OLT 2 qui distingue les travailleurs affectés à la réalisation technique-artistique – à savoir, selon le commentaire du SECO d'avril 2010, les travailleurs dont l'activité, tout en participant à la

- 41/44 - A/1491/2011 dimension artistique du théâtre, requiert un savoir-faire technique et qui doivent assurer une certaine continuité et une certaine responsabilité et ne peuvent donc être remplacés pendant la production et les représentations –, de ceux affectés à la création artistique des spectacles ou encore de ceux affectés à des activités nécessaires aux représentations, soit notamment les techniciens aux tâches dépourvues de dimension artistique), que des milieux du théâtre. Tout en le rattachant à la famille des techniciens, l'Opéra national du Rhin sis à Strasbourg décrit le régisseur général comme un « intermédiaire entre le chef d'orchestre, le metteur en scène, les artistes et les techniciens. En fonction de sa partition, aussi appelée 'conduite du spectacle', il supervise toutes les répétitions, puis les représentations. Il gère les artistes, leurs entrées et sorties, les

manœuvres des techniciens, les changements de décors, etc. ». Selon l'Observatoire prospectif des métiers et des qualifications du spectacle vivant sis à Paris, le régisseur de scène « est un professionnel capable d'organiser, de coordonner et de participer à la mise en œuvre des activités techniques, des ressources humaines et des moyens matériels liés à la scène et/ou au plateau (machinerie, décors, accessoires...), avant, pendant et après le spectacle ou la manifestation. Ces activités sont menées en lien permanent avec l'artistique. Sous l'autorité de la direction technique, et en lien avec les autres régisseurs spécialisés, il est garant du bon déroulement du spectacle (...) et apporte des réponses aux demandes techniques et artistiques en respectant les règles de sécurité et d'organisation du lieu ». En Suisse également, les régisseurs de scène sont décrits comme « des techniciens responsables de la coordination de tous les éléments qui interviennent lors d'une représentation théâtrale. Ils font le lien entre le metteur en scène et les équipes artistique et technique et agissent comme des 'chefs d'orchestre' en donnant le départ du spectacle et en assurant le rythme et le bon déroulement » (cf. <http://www.orientation.ch>).

Compte tenu de ce qui précède, la fondation pouvait, sous contrôle des autorités municipales, légitimement interpréter la notion de personnel artistique de scène de l'art. 10 al. 2 ch. 4 in fine du Statut comme englobant le personnel travaillant, comme la recourante, à la régie de scène. Ce même personnel aurait également pu être rattaché à la catégorie des techniciens, soumis à l'ancien SPAM et désormais au RPVG en application de l'art. 10 al. 2 ch. 4 ab initio du Statut, l'une ou l'autre de ces deux solutions apparaissant soutenables en raison du caractère technico-artistique ou artistico-technique des activités concernées. Une telle décision relevait du pouvoir d'appréciation de l'autorité compétente qui l'a en l'espèce exercé sans excès, ni abus.

La définition du personnel artistique de scène litigieuse apparaît d'autant moins arbitraire qu'elle n'a pas varié au fil des ans. La recourante n'a en effet pas démontré que des collaborateurs ayant occupé des fonctions parfaitement similaires aux siennes auraient été engagés comme membres de l'administration municipale et soumis à la réglementation y afférente. Il ressort uniquement de

- 42/44 - A/1491/2011 l'instruction de la cause que les diverses activités exercées par Mme X_____ comportaient une dimension technique présente dans d'autres fonctions, notamment celle de régisseur technique, sans que cette circonstance soit pour autant constitutive d'inégalité de traitement, puisque lesdites activités s'en distinguaient par ailleurs par leur dimension artistique. La fondation et le conseil administratif disposaient, partant, d'un motif objectif valable pour attribuer les collaborateurs travaillant à la régie de scène au personnel artistique visé par l'art. 10 al. 2 ch. 4 in fine du Statut. 10) Les rapports de travail de la recourante ont donc été soumis à bon droit au droit privé. Les prétentions pécuniaires que Mme X_____ déduit de ces rapports et que la fondation a rejetées par décision du 20 avril 2011 échappent, en conséquence, à la compétence de la chambre administrative.

La même conclusion aurait par ailleurs dû être tirée si les activités de Mme X_____ s'étaient avérées purement techniques. Dans cette hypothèse également, ses rapports de travail auraient en effet pu être soumis au droit privé en vertu de l'art. 2 du SPAM, dans la mesure où la recourante a toujours été engagée pour des périodes déterminées et en regard de certains spectacles, afin de renforcer, aux côtés d'autres collaborateurs coutumiers de telles missions temporaires, le personnel permanent du GTG. 11) Au vu de ce qui précède, le recours sera donc déclaré irrecevable. Il ne sera pas transmis d'office à la juridiction

compétente, celle-ci n'étant pas une juridiction administrative au sens de l'art. 6 LPA (art. 64 al. 2 LPA). Dans la mesure où la compétence de la chambre des prud'hommes de la Cour de justice n'entre pas en ligne de compte s'agissant d'une juridiction de seconde instance, il ne sera de même pas fait application de l'art. 118A LOJ.

Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de Mme X_____ qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Deux des témoins entendus lors de l'instruction conjointe de la présente cause et de la cause n° A/1492/11 ayant en outre demandé à être indemnisés, il se justifie également de mettre à la charge de la recourante l'une des deux indemnités de CHF 180.- qui ont dû être versées auxdits témoins (art. 1 et 3 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). Aucune indemnité de procédure ne sera enfin allouée à Mme X_____, pas plus qu'à la fondation, puisque celle-ci n'a pas engagé de frais particuliers pour la défense de ses intérêts (art. 87 al. 2 LPA). * * * * *

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