

# **GE\_GERICHTE ATA/835/2010 vom 30. November 2010**

GE Cour de justice, 2010-11-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_835\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_835_2010)

FR: GE\_GERICHTE ATA/835/2010 du 30 novembre 2010

IT: GE\_GERICHTE ATA/835/2010 del 30 novembre 2010

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a. La loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire du 18 septembre 2008 est entrée en vigueur le 1er janvier 2009. Cette nouvelle a modifié considérablement les fondements du contentieux de la fonction publique. Le Tribunal administratif est devenu l'autorité supérieure de recours ordinaire en matière administrative (art. 56A al. 1 LOJ). Le nouveau système ouvre la voie d'un recours dès qu'il y a

- 11/18 -

A/3501/2007

décision au sens des art. 4, 5, 6 al. 1 let. d et 57 LPA, sauf exception légale (art. 56A al. 2 LOJ) alors que l'ancien système excluait le recours, sauf disposition légale, réglementaire ou statuaire contraire (art. 56B al. 4 aLOJ qui a été abrogé).

b. La possibilité de recourir, selon le nouveau droit, contre les décisions relatives au statut et aux rapports de service des fonctionnaires et autres membres du personnel de l'Etat, a entraîné une restriction dans les possibilités d'intenter une action pécuniaire. L'art. 56G aLOJ a été modifié. Dans son ancienne teneur, une action pécuniaire devant le Tribunal administratif était ouverte pour les actions relatives à des prétentions de nature pécuniaire fondées sur le droit public cantonal qui ne pouvaient pas faire l'objet d'une décision au sens de l'art. 56A al. 2 aLOJ et qui découlaient des rapports entre l'Etat, les communes, les autres corporations et établissements de droit public et leurs agents publics (art. 56G al. 1 let. a aLOJ). Selon le droit actuel, elle est devenue une action contractuelle réservée aux prétentions fondées sur le droit public, qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision et qui découlent d'un contrat de droit public (art. 56 G LOJ).

### **E. 2**

a. Le transfert du recourant à la fonction de comptable 2 a été arrêté en 2008, soit avant la modification de la LOJ. Les dispositions transitoires figurant à l'art. 162 LOJ ne déterminant pas si le Tribunal administratif saisi d'un recours en 2008 doit appliquer les anciennes ou les nouvelles clauses de compétence, il convient dès lors de trancher la présente cause en application des principes généraux du droit inter-temporel.

b. En principe, le nouveau droit s'applique à toutes les situations qui interviennent depuis son entrée en vigueur. En l'absence de dispositions transitoires, le Tribunal fédéral considère que les nouvelles règles de nature procédurale doivent s'appliquer immédiatement à toutes les affaires pendantes (ATF 130 V 560, 562 ; ATF 111 V 46, 47 ; voir aussi U. HAEFELIN / G. MÜLLER / F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zurich, 2006, p. 66, n° 327a ; P. MOOR, Droit administratif, vol. I, Berne, 1994, p. 171), sous réserve de deux exceptions. Premièrement, si une autorité compétente sous l'égide de

l'ancien droit a été saisi avant l'entrée en vigueur du nouveau droit et n'a pas été abolie par ce dernier, elle reste compétente pour connaître de la procédure en cause (ATF 130 V 90, 93). Deuxièmement, les nouvelles règles de procédure ne peuvent être appliquées immédiatement que si elles restent dans une certaine continuité avec le système antérieur, sans en bouleverser les fondements (ATF 112 V 356, 360 ; U. HAEFELIN / G. MÜLLER / F. UHLMANN, op. cit., p. 66, n° 327a).

En l'occurrence, le Tribunal administratif était déjà saisi du litige avant le 1er janvier 2009. De ce fait, tant la recevabilité du recours que celle de l'action pécuniaire seront traitées à l'aune des dispositions de procédure applicables au contentieux administratif avant le 31 décembre 2008. Cette solution se justifie d'autant plus au vu des nouveautés procédurales introduites après cette date en

- 12/18 -

A/3501/2007

matière de contentieux de la fonction publique (ATA/178/2009 du 7 avril 2009 ; ATA/179/2009 du 7 avril 2009).

### **E. 3**

a. Selon les dispositions de la LOJ en vigueur à la date de l'arrêté du Conseil d'Etat litigieux et l'interprétation qui en était faite, le Tribunal administratif ne pouvait être saisi d'un recours contre un changement d'affectation, sauf si le changement d'affectation constituait une sanction disciplinaire déguisée (ATA/221/2009 du 21 avril 2009 ; ATA/630/2006 du 28 novembre 2006, consid. 1 et les références citées).

b. De même, était irrecevable l'action pécuniaire formée dans le but d'obtenir, par un biais indirect, la remise en cause d'une décision entrée en force ou ne pouvant faire l'objet d'un recours, l'action pécuniaire constituant une voie de droit subsidiaire à celle du recours (ATA/404/2004 du 18 mai 2004 ; ATA U. du 23 septembre 1997 confirmé par l'ATF 2P.375/1997 du 29 avril 1998).

Dans le cas d'espèce, l'application des anciennes règles de procédure devrait conduire, au vu des jurisprudences précitées rendues sous l'égide de l'ancien droit, à déclarer irrecevable tant le recours contre le changement de fonction que l'action pécuniaire, dès lors qu'elle ne serait que l'accessoire et la conséquence de celui-ci. Il y a toutefois lieu d'examiner si, comme le soutient le recourant, une telle issue ne contrevient pas à la garantie de l'accès au juge découlant de l'art. 6 CEDH.

### **E. 4**

Selon cette dernière disposition, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Le Tribunal fédéral reconnaît l'applicabilité de l'art. 6 § 1 CEDH aux agents publics. Celle-ci dépend avant tout de la nature des fonctions qu'ils exercent (ATF 129 I 207 consid. 4 p. 211 ss et la jurisprudence citée = SJ 2003 p. 497). Seuls les agents participant directement ou indirectement à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder des intérêts généraux de l'Etat ou d'autres collectivités publiques ne sont pas au bénéfice de cette garantie. Par contre, les agents publics qui n'exercent pas une fonction de nature régaliennne peuvent se prévaloir de cette garantie.

L'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), en vigueur depuis le 1er janvier 2007, concrétise la garantie de l'accès au juge accordé par l'art. 6 al. 1 CEDH. Il donne à toute personne le droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. Le contrôle judiciaire est étendu en principe à toutes les contestations juridiques pouvant faire l'objet d'une décision. En matière de fonction publique, un acte qui affecte les droits et obligations d'un fonctionnaire en tant que sujet de droit, par exemple la fixation de son salaire, d'indemnités diverses ou encore de sanction disciplinaire est une décision susceptible de recours. C'est le cas d'une mutation qui affecte les droits et obligations d'un fonctionnaire en tant que sujet de droit, même sans modification

- 13/18 -

A/3501/2007

des modalités de rémunération (Arrêt du Tribunal fédéral 8D\_8/2009 du 16 août 2010).

En l'occurrence, la fonction qu'exerce le recourant, que ce soit à titre de contrôleur financier ou de comptable 2, n'est pas une fonction liée à l'exercice du pouvoir. De ce fait, au regard des garanties conférées par les arts. 6 al. 1 CEDH et 29 a Cst, un fonctionnaire doit se voir reconnaître le droit, nonobstant la teneur de l'art. 56 B al. 4 aLOJ, de contester une décision de l'Etat de Genève, son employeur, contrairement à ce que considérait la jurisprudence rendue sous l'égide de cette disposition légale (ATA/404/2004 du 18 mai 2004 consid. 2b).

L'arrêté du Conseil d'Etat du 25 juillet 2007 a une triple portée. Tout d'abord, la fonction de l'intéressé est modifiée. De contrôleur financier OCPA il devient comptable 2. Ensuite, sa classe de traitement maximum passe de la classe 18 à la classe 15 de l'échelle des fonctions prévue à l'art. 2 LTrait. Finalement, un traitement minimal équivalant à la classe 18 /05 lui est garanti. Eu égard à la garantie constitutionnelle précitée, le Tribunal administratif est compétent pour connaître du litige portant sur ces différents aspects. Le recours contre l'arrêté précité est recevable, sous réserve du respect des autres conditions de recevabilité formelle, qui seront examinées ci-après.

Quant aux conclusions pécuniaires formées par le recourant, leur examen dépendra de l'issue du recours, les conditions de l'art. 56B aLOJ étant réunies. Recours contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 25 juillet 2007

## **E. 5**

Aux termes de l'art. 63 al. 1 let. a LPA, le délai ordinaire de recours contre une décision est de trente jours (art. 30 al. 1 let. a LPA). Il court dès le lendemain de la notification de la décision (art. 63 al. 3 LPA). Lorsqu'il y a domicile élu chez un mandataire, une décision doit être notifiée à ce domicile (art. 46 al. 2 LPA). Si le domicile de notification a été omis, le délai de recours court du jour où le mandataire a eu connaissance de la décision (art. 63 al. 5 LPA).

En l'occurrence, le recourant allègue avoir pris connaissance de l'arrêté litigieux à son retour de vacances le 18 août 2006, ce que l'intimée ne remet pas en cause. Le fait que cet arrêté n'ait pas été notifié au domicile élu annoncé par son avocat dans son courrier du 12 juin 2006 n'a entraîné aucune conséquence dommageable. En effet, le recours, formé le 14 septembre 2007, a été déposé dans le délai de l'art. 63 al. 1 let. a LPA et devant la juridiction compétente (art. 56A al. 1 et 2 LOJ). Il est donc recevable.

## **E. 6**

a. Le recourant, en tant que fonctionnaire cantonal, est soumis à la LPAC et au RPAC ainsi que, concernant son mode de rémunération, à la LTrait et au RTrait. La teneur de certaines dispositions légales de la LPAC régissant la situation,

- 14/18 -

A/3501/2007

notamment les art. 12 et 23 LPAC ayant été modifiés avec effet au 31 mai 2007, se pose la question du droit applicable au présent contentieux. En effet, en vertu du principe de non rétroactivité le nouveau droit ne s'applique pas aux faits antérieurs à sa mise en vigueur (ATA/386/2010 du 8 juin 2010 et les jurisprudences citées).

En l'occurrence, l'arrêté formalisant le transfert de l'intéressé a été pris le 25 juillet 2007, mais il ressort des faits exposés par les parties, confirmés par les échanges de correspondance entre le recourant et sa hiérarchie, que son maintien au sein du DSE aux conditions reprises dans l'arrêté du Conseil d'Etat attaqué a été décidé le 26 septembre 2006, soit avant le 31 mai 2007. C'est donc à l'aune de la aLPAC et du RPAC, de même que de la LTrait et du RTrait que le litige sera examiné.

## **E. 7**

L'affectation d'un membre du personnel de l'administration dépend des besoins de celle-ci et peut être modifiée en tout temps (art. 12 al. 1 aLPAC). L'objectif est de lui offrir une certaine souplesse dans sa politique de mise à contribution de son personnel, mais uniquement en considération des nécessités d'une saine et efficace gestion des services publics, pour permettre à ceux-ci de faire face à leur mission (ATA/630/2006 du 28 novembre 2006, consid. 2). Toutefois, selon le Tribunal fédéral, un déplacement (non disciplinaire) d'un fonctionnaire n'est justifié que s'il est nécessaire aux besoins du service et si l'attribution d'une nouvelle occupation répond aux aptitudes de celui-ci (ATF 108 Ib 419 et la doctrine citée ; Arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2010, consid. 2.5. et 2.6).

Dans le cas d'espèce, le poste du recourant a été supprimé en raison d'une décision du département de tutelle de l'intéressé de réorganiser le service s'occupant du contrôle financier des EMS et de réduire le nombre de contrôleurs travaillant en son sein. Une telle décision, comme celle de changer l'affectation du recourant entre dans les prérogatives de la direction d'un département pour assurer l'efficacité et le fonctionnement optimum d'un service. Le Tribunal administratif ne relève pas d'éléments mettant en doute son bien-fondé. La mutation échappe au grief d'arbitraire, et il ne lui revient pas de contrôler son opportunité (art. 61 al. 2 LPA). Il en va de même du critère utilisé en 2006 pour choisir les collaborateurs qui conserveraient leur poste de contrôleurs au sein du secrétariat général du DSE. Le poste occupé par le recourant n'a pas été repourvu par un autre collaborateur et aucun autre poste de contrôleur disponible n'a pu lui être proposé malgré les recherches effectuées. De même, sa nouvelle fonction de comptable 2 entre dans le cadre de ses aptitudes professionnelles et la décision de le transférer à un nouveau poste n'a pas un caractère de sanction. En tant qu'il affecte le recourant à la fonction de comptable 2 à l'office cantonal des personnes âgées au sein du DSE l'arrêté du conseil d'état querellé respecte l'art. 12 al. 1 aLPAC.

- 15/18 -

A/3501/2007

## **E. 8**

a. Un changement d'affectation ne peut entraîner une diminution de salaire (art. 12 al. 2 aLPAC).

b. Avant le 31 mai 2007, l'art. 12 al. 3 aLPAC autorisait une dérogation à ce principe dans les cas de changement d'affectation à caractère exceptionnel. A la date précitée, cette disposition a été modifiée, l'exception de l'art. 12 al. 3 aLPAC visant dès lors les cas individuels de changement d'affectation intervenant comme alternative à une résiliation des rapports de service, au sens de l'art. 21 al. 3 aLPAC soit une résiliation pour motifs objectivement fondés au sens de l'art. 22 aLPAC.

c. De même, avant la date précitée, la suppression d'un poste pouvait entraîner la résiliation des rapports de service (art. 23 al. 1 aLPAC) sans qu'il y ait une nécessité, avant de prononcer le licenciement du membre du personnel régulier, de chercher à lui confier un autre poste correspondant à ses capacités, ainsi que le prévoit la loi actuelle (art. 23 al. 2 aLPAC).

d. Au cours des travaux législatifs et parlementaires relatifs à l'adoption en 1997 de l'art. 12 al. 3 aLPAC, il a été rappelé que la règle générale en cas de changement d'affectation était le maintien du salaire antérieur, mais qu'il y avait lieu de prévoir, dans des situations particulières, la possibilité de permettre un changement d'affectation moyennant une diminution de la rémunération. Etait visée la situation d'un fonctionnaire dont le changement d'affectation s'imposait hors le cadre d'une suppression de poste, parce qu'il rencontrait des difficultés à accomplir sa tâche, sans toutefois qu'un licenciement se justifie, mais également le cas d'une suppression de poste au sens de l'art. 23 al. 1 aLPAC, pour permettre une diminution de salaire comme alternative à un licenciement (Mémorial du Grand Conseil 1997 IV p. 9651 et 9665).

## **E. 9**

Les modalités du changement de rémunération dans le cas d'une réaffectation tombant sous le coup de l'art. 12 al. 3 aLPAC sont précisées à l'art. 9 RTrait. 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 aLPAC », son nouveau traitement est fixé dans la classe correspondant à sa nouvelle fonction (art. 9 al. 2 RTrait). Le fonctionnaire ne subit toutefois pas de réduction de traitement lorsqu'il est inférieur au montant maximum de la nouvelle classe. Le traitement reste bloqué jusqu'au moment où, par le jeu des annuités, le niveau salarial fixé dans la nouvelle classe dépasse le traitement antérieur. Dès lors, le titulaire voit sa rémunération débloquée et mise au bénéfice d'un coulisement dans la classe de sa nouvelle fonction (art. 9 al. 3 RTrait). En aucun cas, le montant maximum de la case nouvelle fonction ne peut être dépassé (art. 9 al. 4 RTrait).

## **E. 10**

Le recourant se plaint de ce que le changement de fonction qui lui est imposé contrevient à l'art. 12 al. 2 aLPAC dès lors qu'il entraîne pour lui une

- 16/18 -

A/3501/2007

diminution de salaire. Il subirait en effet un double préjudice parce que, d'une part, son salaire ne se verrait plus augmenté jusqu'à ce qu'il atteigne le niveau de la classe 15 annuités

12 en janvier 2012 et que, d'autre part, dès cette date, il ne pourra bénéficier d'augmentation que tous les trois ans en vertu de l'art. 2 al. 3 LTrait.

Il omet cependant de prendre en considération le cadre particulier dans lequel cette opération s'est effectuée. Elle constituait en effet une alternative à une procédure de licenciement susceptible d'intervenir s'il ne pouvait être replacé au sein de l'administration. Or dans de telles circonstances exceptionnelles, l'Etat employeur était autorisé à imposer un changement de fonction entraînant, en vertu de l'art. 12 al. 3 aLPAC, une modification de la base de la rémunération du fonctionnaire concerné, en dérogation de l'art. 12 al. 2 aLPAC, du moment où cette modification respectait les règles en matière de fixation de traitement.

En l'espèce, tel a été le cas. Même si la nouvelle fonction du recourant est évaluée en classe maximum 15, celui-ci est resté au bénéfice d'un traitement annuel de CHF 97'374.- correspondant à celui prévu pour la classe 18 annuités 5, conformément à la lettre de l'art. 9 al. 2 RTrait. De même, c'est selon cette dernière disposition légale que le rythme des augmentations de son traitement ralentira. Quant à la réduction du rythme de l'octroi des annuités, elle résulte de l'application de l'art. 2 al. 3 LTrait, ainsi que le recourant le rappelle lui-même.

Partant, même s'il a entraîné une légère modification de sa rémunération, l'arrêté du Conseil d'Etat du 25 juillet 2007 a respecté les droits du recourant. Entièrement mal fondé, le recours doit être rejeté. Action pécuniaire

#### **E. 11**

a. A teneur de l'art. 56G al. 1 let. a aLOJ, le Tribunal administratif connaît en instance unique des actions relatives à des prétentions de nature pécuniaire fondées sur le droit public cantonal qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision au sens de l'art. 56A aLOJ et qui découlent des rapports entre l'Etat, les communes, les autres corporations et établissements de droit public et leurs agents publics.

b. De jurisprudence constante, cette action est subsidiaire et n'est soumise à aucun délai, sous réserve de la prescription ou de la péremption du droit de fond (ATA/828/2005 du 6 décembre 2005 ; ATA/873/2004 du 9 novembre 2004).

c. Sont des prétentions de nature pécuniaire, c'est-à-dire appréciables en argent, celles qui tendent directement à l'octroi de sommes en espèces, notamment au paiement de traitements, d'allocations, d'indemnités, d'heures supplémentaires ou de prestations d'assurances (ATA/854/2004 du 2 novembre 2004 et les réf. citées).

- 17/18 -

A/3501/2007

d. Ne sont, en revanche, pas des prétentions de nature pécuniaire celles qui ont trait à la création, à l'établissement et à la disparition des rapports de service, à l'obtention d'une promotion ou d'un avancement, à la reconnaissance d'un diplôme, à la réintégration dans une classe de fonction antérieure et à l'évaluation ou à la réévaluation d'une fonction car alors, la prétention a en réalité deux objets : l'un pécuniaire et l'autre de nature différente. Comme l'aspect pécuniaire n'est pas susceptible d'être détaché, c'est-à-dire jugé de manière indépendante de l'autre objet pour lequel l'autorité hiérarchique dispose d'un entier pouvoir d'appréciation, personne ne saurait alors exiger d'elle qu'elle accorde une prestation dont l'octroi est laissé à sa discrétion. Dans ces cas, peu importe en définitive que le litige

débouche sur l'allocation d'une somme d'argent, celle-ci apparaissant comme secondaire (ATA/104/2005 du 1er mars 2005 et les réf. citées).

En l'occurrence, le recours interjeté contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 25 juillet 2007 a été rejeté et l'entier de son dispositif confirmé. Dès lors, les conclusions pécuniaires prises par le recourant sont irrecevables.

**E. 12**

Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée.

\* \* \* \* \*

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