

## **GE\_GERICHTE A/3501/2007 vom 30. November 2010**

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

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_3501\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3501_2007)

FR: GE\_GERICHTE A/3501/2007 du 30 novembre 2010

IT: GE\_GERICHTE A/3501/2007 del 30 novembre 2010

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Par arrêté du 26 novembre 2003, le Conseil d'Etat a nommé Monsieur A\_\_\_\_\_ fonctionnaire au poste de contrôleur financier à l'office cantonal des personnes âgées, devenu le service des prestations complémentaires (ci-après : SPC) et rattaché à l'heure actuelle au département de la solidarité et de l'emploi (ci-après : DSE). Son engagement prenait effet le 1<sup>er</sup> novembre 2003. M. A\_\_\_\_\_ était engagé en classe 18/03, soit la classe maximale pour ce poste. Il collaborait, au sein du SPC, à la surveillance de la gestion financière des établissements médico-sociaux (ci-après : EMS).

#### **E. 2**

En 2006, les activités du service de surveillance de la gestion financière des EMS ont été transférées du SPC au secrétariat général du DSE. Une partie des collègues de M. A\_\_\_\_\_ a été regroupée au sein de cette dernière entité. De son côté, M. A\_\_\_\_\_ est resté affecté au SPC.

#### **E. 3**

Le 30 mai 2006, Monsieur D\_\_\_\_\_, directeur adjoint du SPC, a écrit à M. A\_\_\_\_\_. Son courrier faisait suite à : - une information délivrée le 13 mars 2006 aux collaborateurs de la division des prestations aux personnes morales (ci-après : DPPM) par Messieurs X\_\_\_\_\_ et Z\_\_\_\_\_, respectivement directeur et sous-directeur du SPC ; - l'adoption par le Conseil d'Etat du plan de mesures du 30 mars 2006 destiné à améliorer le fonctionnement général de l'administration, notamment la mesure 49 prévoyant l'introduction d'un subventionnement quadriennal visant à améliorer la gestion financière du subventionnement des EMS, à en limiter le coût, et la suspension des procédures bureaucratiques des demandes de subventions ; - l'entretien du 6 avril 2006 de l'intéressé avec M. Z\_\_\_\_\_ et lui-même relatif à son avenir professionnel ; - l'entretien du 19 avril avec Madame J\_\_\_\_\_, responsable des ressources humaines au DES ; - l'information délivrée le 23 mai 2006 aux collaborateurs de la DPPM par Monsieur G\_\_\_\_\_, secrétaire général du DSE ; - l'entretien du 23 mai 2006 entre M. A\_\_\_\_\_, Mme J\_\_\_\_\_, MM. X\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, ses supérieurs. Les éléments suivants étaient rappelés à l'intéressé : - lors d'un entretien du 6 avril 2006 qu'il avait eu avec MM. Z\_\_\_\_\_ et lui-même, la direction du SPC lui avait proposé (ce qu'il n'avait pas accepté) de rejoindre la division financière de ce service, section prestations-finances, pour prendre en charge la gestion des débiteurs. Par la suite, le 23 mai 2006, ses interlocuteurs lui avaient proposé de le réaffecter à la direction financière du SPC, section comptabilité-finances, en qualité de comptable 2, classe maximum 15, chargé du traitement des entrées et des sorties de fond ; - s'agissant d'un transfert consécutif à une réorganisation, il lui avait été précisé que le maintien de son salaire actuel lui serait garanti en application de l'art. 12 al. 2 de la loi générale relative au

personnel de l'administration cantonale du 4 décembre 1997 dans la teneur de cette disposition antérieure au 31 mai 2007 (aLPAC - B 5 05) et le transfert administratif ne serait réalisé formellement qu'en août 2006, pour qu'il puisse bénéficier de l'annuité qui sera versée en juillet 2006. Comme M. A\_\_\_\_\_ n'avait pas souhaité se déterminer directement sur cette dernière proposition, un délai au 12 juin 2006 lui était imparti pour répondre, afin de permettre sa nouvelle affectation, compte tenu de l'ensemble des mouvements internes concernés par cette réorganisation, qui impliquait notamment le transfert de collaborateurs de la division financière vers la division des prestations aux personnes physiques.

#### **E. 4**

Le 12 juin 2006, M. A\_\_\_\_\_ a répondu, par l'intermédiaire de l'avocat qu'il avait mandaté, avec élection de domicile. Selon le courrier du 30 mai 2006 et les explications données le 23 mai 2006, il avait compris que la direction du SPC entendait le changer d'affectation par application de l'art. 12 aLPAC. La justification de ce changement était la réorganisation de son service et le transfert des activités de contrôle financier à une nouvelle entité créée au sein du secrétariat général du DSE. Il constatait pourtant que certains de ses collègues contrôleurs allaient continuer à exercer leur activité actuelle au sein de cette nouvelle entité. Dans la mesure où il considérait lui aussi disposer des compétences et de la formation nécessaires à l'accomplissement des tâches de contrôle qu'il appréciait, il souhaitait pouvoir être transféré également dans celle-ci. Il demandait à la direction de la SPC de renoncer à l'affecter à un poste comptable au sein de la division financière de ce service. Si le passage n'entraînait effectivement aucune perte de salaire en août 2006 du fait du coulisement, il en irait autrement dès janvier 2007, dans la mesure où, dès l'annuité 12, les augmentations n'intervenaient que tous les trois ans. Ainsi, chaque année son préjudice salarial augmenterait. Cette situation n'était pas conforme à l'art. 12 al. 2 aLPAC garantissant les droits acquis des fonctionnaires, un changement d'affectation ne pouvant entraîner de diminution de salaire.

#### **E. 5**

Le 14 juin 2006, M. X\_\_\_\_\_ a répondu au mandataire de l'intéressé. Il prenait note de la non-entrée en matière de M. A\_\_\_\_\_ sur la proposition de réaffectation. Le poste de contrôleur financier étant supprimé au SPC, il n'était pas possible de reconsidérer la situation. Le dossier de l'intéressé était transmis à l'office du personnel de l'Etat (ci-après : OPE) pour raison de compétence.

#### **E. 6**

Le 20 juin 2006, le conseil de M. A\_\_\_\_\_ a répliqué. Il avait pris note que le poste de contrôleur financier avait été supprimé mais il demandait le réexamen de la situation de son mandant. Les activités de contrôle financier des EMS avaient été transférées à une nouvelle entité, dans laquelle plusieurs de ses collègues avaient été transférés. Il prenait acte de ce que le SPC n'envisageait pas de reconsidérer la situation de M. A\_\_\_\_\_ mais demandait pour quelles raisons il n'était pas possible que ce dernier soit également déplacé, à l'instar de ses collègues. Il contestait que son client ne soit pas entré en matière sur la proposition de réaffectation. Celui-ci avait fait part d'un souhait et savait qu'un changement de poste ne requérait pas le consentement du fonctionnaire. Il maintenait que cette réaffectation lui causait un préjudice salarial.

#### **E. 7**

Le 23 juin 2006, M. D\_\_\_\_\_ a répondu à ce dernier courrier. Les explications demandées avaient été fournies le 23 mai 2006. Au surplus, son courrier et cette réponse étaient transmis à l'OPE.

#### **E. 8**

Le 19 juillet 2006, M. D\_\_\_\_\_ a écrit à l'avocat de M. A\_\_\_\_\_. Le choix des collaborateurs à transférer dans la nouvelle entité avait été effectué en fonction d'un critère déterminant qui était celui de la possession d'une licence universitaire dans le domaine économique et/ou financier. Après examen, M. A\_\_\_\_\_ avait été orienté vers la direction financière du SPC au service « comptabilité finance ». Il s'agissait d'un poste de « comptable 2 ». La suite de ce courrier contenait la description des tâches qu'il était prévu de confier à l'intéressé.

#### **E. 9**

Le 22 août 2006, par la plume de son mandataire, M. A\_\_\_\_\_ a constaté que la direction du SPC n'avait toujours pas pris position sur la question salariale. Or, un changement de classe, même avec un coulisement de l'annuité, entraînerait un préjudice salarial dès le mois de janvier 2007, ce qui était incompatible avec les exigences de l'art. 12 al. 2 aLPAC. Si l'administration devait persister dans son interprétation de la loi, il se verrait contraint d'entamer une procédure judiciaire pour réclamer la différence de salaire qui lui était due.

#### **E. 10**

Le 5 septembre 2006, Mme J\_\_\_\_\_ a fait savoir à M. A\_\_\_\_\_ qu'il n'appartenait pas au DSE de prendre position sur les questions salariales qu'il évoquait. Celles-ci étaient de la compétence de l'OPE, auquel le courrier était transmis. En outre, elle avait appuyé les démarches de l'intéressé pour obtenir un poste de « comptable 3 » au département des technologies et de l'informatique.

#### **E. 11**

Le 26 septembre 2006, Madame B\_\_\_\_\_, directrice de l'OPE, s'est adressée à l'avocat de M. A\_\_\_\_\_. Elle confirmait les modalités salariales relatives au changement de classe imposées à M. A\_\_\_\_\_. Suite à la restructuration de son service, il avait refusé la proposition faite par la direction du SPC de rejoindre la direction financière de cet office pour prendre en charge la gestion des débiteurs. Après réexamen, le 23 mai 2006, il allait être réaffecté à la section « comptabilité-finance » de cette même division. Son salaire actuel, dans le cadre d'un transfert consécutif à une réorganisation, serait garanti et il bénéficierait en sus de l'annuité versée en juillet 2006. Il était admis que l'art. 12 al. 2 aLPAC prévoyait qu'un changement d'affectation ne pouvait entraîner de diminution de salaire. Toutefois, une exception était réservée par les art. 12 al. 3 aLPAC, qui réservait les cas individuels de changement d'affectation à caractère exceptionnel. La suppression d'un poste constituait un de ces cas exceptionnels. En outre, les principes posés par les art. 2 al. 5, 3<sup>ème</sup> phrase de la loi concernant le traitement et les diverses prestations allouées aux membres du personnel de l'Etat et des établissements hospitaliers du 21 décembre 1973 (LTrait - B 5 15) et 9 du règlement d'application de ladite loi du 17 octobre 1979 I (RTrait - B 5 15.01) entraînaient que, dans le cas de M. A\_\_\_\_\_, son traitement serait bloqué en classe 18 annuité 5 jusqu'à ce que, par le jeu des annuités, son coulisement dans la classe 15 annuité 12 intervienne, soit en principe au plus tôt au 1<sup>er</sup> janvier 2011, à condition que les annuités soient régulièrement octroyées. Les propositions faites à M. A\_\_\_\_\_ par sa hiérarchie étaient ainsi conformes à la réglementation en vigueur.

**E. 12**

Le 1<sup>er</sup> février 2007, le conseil de M. A\_\_\_\_\_ a écrit à Mme J\_\_\_\_\_. Il était essentiel que la circulation de rumeurs négatives à l'encontre de son mandant, dont Monsieur Y\_\_\_\_\_, responsable du service du contrôle interne, avait rapporté l'existence lors d'un entretien du 20 novembre 2006, soient officiellement démenties, dès lors qu'elle-même ne disposait d'aucun élément permettant de leur donner du crédit. Une enquête administrative devait être ouverte afin d'éclaircir les faits. Il demandait ce qu'il en était du transfert provisoire de M. A\_\_\_\_\_ dans le service du contrôle interne.

**E. 13**

Le 18 janvier 2007, la responsable du service des ressources humaines lui a répondu qu'un courrier allait être adressé prochainement à M. A\_\_\_\_\_. Le projet de son transfert au service du contrôle interne était encore à l'étude. Elle remerciait ce dernier pour son implication professionnelle au SPC, sa hiérarchie lui ayant transmis sa satisfaction.

**E. 14**

Le 25 mai 2007, le conseil de M. A\_\_\_\_\_ a écrit à Mme J\_\_\_\_\_. Celui-ci n'avait toujours pas été remplacé dans un poste correspondant à ses compétences. Le transfert de sa fonction de contrôleur financier (classe 18) à la fonction de « comptable 2 », classe 15, avait été décidé de manière unilatérale et abrupte par ses supérieurs, alors qu'il existait des possibilités de transférer son poste au secrétariat général du DSE. Il confirmait s'opposer à tout blocage de sa progression salariale dans la classe de fonction 18 car il contrevenait à l'art. 12 al. 2 aLPAC.

**E. 15**

Le 6 juin 2007, la responsable du service des ressources humaines du DSE a fait savoir à l'avocat de l'intéressé qu'elle avait dû procéder aux démarches administratives amenant à une rétrogradation avec droit acquis statiques au sens de l'art. 12 aLPAC, et ceci à partir du 1<sup>er</sup> juin 2007. Aucune tentative de recherches, effectuées tant par M. A\_\_\_\_\_ que par elle-même, n'avait abouti, même si son service continuait à tout mettre en œuvre pour trouver une solution professionnelle à la situation de celui-là.

**E. 16**

Le 15 juin 2007, le mandataire lui a répondu que le poste de M. A\_\_\_\_\_ à la SPC n'avait pas été supprimé mais transféré au secrétariat général du DSE. Pour des raisons objectivement inexplicables, puisque ses compétences n'étaient pas en jeu, il n'avait pas été maintenu à ce poste. A ce jour, il y avait encore une place vacante au secrétariat qu'il pourrait occuper. Dans un cas comme celui-ci, l'Etat de Genève ne pouvait faire application de l'art. 12 al. 3 aLPAC pour le priver de ses droits acquis. Cette disposition n'était applicable que dans les cas exceptionnels, soit lorsqu'un poste était réellement supprimé et qu'il n'y avait pas de possibilités de réintégration à un poste semblable.

**E. 17**

La directrice du service des ressources humaines du DSE a répliqué le 29 juin 2007. Il n'y avait pas de place vacante au secrétariat général du DSE. Elle continuait à se mobiliser avec M. A\_\_\_\_\_ pour trouver une solution à sa situation professionnelle.

**E. 18**

Le 25 juillet 2007, le Conseil d'Etat a pris un arrêté. A dater du 1<sup>er</sup> juin 2007, la fonction occupée par M. A\_\_\_\_\_ était classée « comptable 2-5 02 011 - cadre X - classe maximum 15 - à 100% au SPC, classe 18/05 de l'échelle des traitements ». Son salaire serait de CHF 97'374.-, correspondant à la classe 15, position 12, sous réserve des dispositions légales et réglementaires concernant l'attribution des annuités statutaires, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012.

#### **E. 19**

Par acte posté le 14 septembre 2007, M. A\_\_\_\_\_ a formé auprès du Tribunal administratif un recours et une action pécuniaire contre l'Etat de Genève. Il conclut à ce que l'arrêté du Conseil d'Etat du 25 juillet 2007 soit annulé, en tant qu'il ne le maintenait pas en classe 18 pour son traitement et ne lui permettait pas de continuer à bénéficier des annuités dans cette classe de traitement. Il conclut également à la condamnation de l'Etat de Genève à lui verser une somme de CHF 180,35 avec intérêts à 5% dès le 31 juillet 2007 et de CHF 180,35 avec intérêts à 5% dès le 31 août 2007. Il avait respecté le délai de recours contre l'arrêté du 25 juillet 2007, puisqu'il avait pris connaissance de celui-ci à son retour de vacances le samedi 18 août 2007. En outre, ledit arrêté ne lui avait pas été notifié à son domicile élu. Selon l'art. 56B al. 4 let. a de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05 - en vigueur au moment du dépôt de l'acte et qui a été abrogé dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009 suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle du 18 septembre 2008 modifiant cette loi), il n'existait a priori pas de voie de recours contre une décision du Conseil d'Etat, telle que celle prise le 25 juillet 2007. Le procédé qui consistait à le maintenir dans son salaire en classe 18 annuité 5 jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2012, date à la partir de laquelle son traitement coulissait en classe 15 annuité 12, lui était préjudiciable. Cela aurait pour conséquence que, non seulement son salaire ne serait plus augmenté jusqu'en 2012, mais qu'à partir de cette année-ci il ne pourrait plus être augmenté que tous les trois ans du fait du coulissement en classe 15, annuités 12. Cela lui causerait un dommage pécuniaire. Toutefois, le droit cantonal de procédure applicable au moment du dépôt de l'acte ne lui permettait pas de réclamer plus que son salaire du mois de juillet 2007, les salaires des mois suivants ayant été fixés conformément à l'arrêté contesté. Cette situation contrevenait à l'art. 6, § 1 de la Convention du 4 novembre 1950 de la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH - 0.101), dès lors où il n'aurait accès au juge ni par la voie du recours ni par la voie de l'action pécuniaire pour réclamer la différence de salaire qui lui serait due à partir du mois d'août 2007. La possibilité d'un recours au Tribunal fédéral n'était pas suffisante au regard de l'art. 6 al. 1 CEDH car son examen était limité à l'arbitraire. Il avait reçu en juillet 2007 un salaire calculé en fonction de la classe 18 annuité 5 et il était en droit de réclamer pour ce mois la différence avec le traitement de la classe 18 annuité 6, soit CHF 180,35. Concernant son droit au salaire pour les mois suivants, l'arrêté du Conseil d'Etat du 25 juillet 2007, qu'il attaquait par recours, bloquait sa progression salariale jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2012, ce qui violait l'art. 12 al. 2 aLPAC. Sa situation n'entraînait pas dans les exceptions au principe prévues dans cette disposition, réservées par l'art. 12 al. 3 aLPAC. En effet, la notion de cas individuel de changement d'affectation à caractère exceptionnel devait être interprétée restrictivement, comme l'avait d'ailleurs fait le Tribunal administratif dans sa jurisprudence antérieure à la modification de la LPAC en 1997. Son cas n'était pas un changement d'affectation à caractère exceptionnel. L'activité qu'il exerçait n'avait pas été abandonnée mais transférée dans un autre service. Son non-transfert au secrétariat général du DSE avait été décidé de manière unilatérale et abrupte par ses supérieures hiérarchiques, sans que ses compétences soient remises en cause et sans que le poste soit réellement supprimé. L'arrêté du Conseil

d'Etat étant nul, l'Etat de Genève devait également être condamné à lui verser une somme de CHF 180,35, avec intérêts à 5% dès le 31 août 2007.

#### **E. 20**

Le 26 octobre 2007, le conseiller d'Etat en charge du département des finances a répondu pour le Conseil d'Etat. Le recours contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 25 juillet 2007 était irrecevable, conformément à la jurisprudence cantonale et fédérale (ATA D. du 6 juin 1990, confirmé par Arrêt du Tribunal fédéral 2P.204/1990 du 27 septembre 1990). Quant à l'action pécuniaire, elle était également irrecevable car elle se fondait sur des prétentions qui n'étaient pas une conséquence accessoire du transfert consécutif à la suppression de son poste, lequel ne pouvait faire l'objet d'une action, l'application de la jurisprudence relative à l'art. 6 CEDH n'étant pas de nature à contredire cette affirmation. Si le Tribunal administratif devait entrer sur le fond, le Conseil d'Etat conclut au rejet de l'action pécuniaire. En cas de suppression de poste, l'art. 12 al. 3 aLPAC créait une exception au principe prévue à l'art. 12 al. 2 aLPAC, ce qui permettait de diminuer le salaire du recourant. Celui-ci avait été calculé conformément aux art. 2 al. 5 LTrait et 9 RTrait. Les droits acquis de l'intéressé à bénéficier d'une classification supérieure avaient été sauvegardés. En revanche, son droit à progresser par le biais des annuités du salaire selon l'échelle de son ancienne classe n'était pas maintenu car cela aurait pour effet de lui octroyer un double avantage, classe supérieure bloquée et augmentation des annuités. C'était pour cette raison que la loi avait prévu la possibilité pour ce type de situation de faire appel au dispositif mis en place par l'art. 9 RTrait.

#### **E. 21**

Par mémoire du 16 novembre 2007, le recourant a répliqué, persistant dans son argumentation et dans ses conclusions.

#### **E. 22**

Le 11 janvier 2008, s'est tenue une audience de comparution personnelle des parties et d'enquêtes. a. M. A\_\_\_\_\_ avait reçu l'arrêté du 25 juillet 2007 à son retour de vacances, le 18 août 2007, et l'avait communiqué à son avocat. Il avait été posté en courrier B. Il ignorait les raisons pour lesquelles il n'avait pas été transféré au secrétariat général. Deux anciens collègues lui avaient dit qu'ils exécutaient le même travail qu'auparavant, mais sous l'égide du secrétariat général du département. Du fait de l'absence de son augmentation de son traitement en raison de son transfert, la perte serait de CHF 55'000.- sur 10 ans. b. La responsable du service des ressources humaines a admis que le travail effectué par M. A\_\_\_\_\_ avant son transfert était exécuté par d'autres personnes au sein du secrétariat général du département. A la suite du transfert des activités de contrôle dans ce dernier service, le nombre de postes de contrôleurs financiers avait été réduit de 7,6 à 4,6 personnes. Sur les 4,6 postes transférés, une personne à 80 % avait pris sa retraite et une personne avait été licenciée, son poste ayant été supprimé. De ce fait, le contrôle financier ne comportait plus que 2,8 postes. Trois contrôleurs à 100 % n'avaient pas été transférés. Leurs postes avaient bel et bien été supprimés. Les personnes ayant l'expérience et les compétences les plus adéquates avaient été choisies pour être déplacées au secrétariat général. L'une d'entre elles, engagées au SPC peu avant la réorganisation, l'avait été en fonction de la spécificité de son profil, soit de ses compétences en architecture. Monsieur K\_\_\_\_\_, qui allait être entendu, avait été transféré à 80 %, soit à son taux antérieur, puis avait pris sa retraite. En fin de compte, le nombre de postes de contrôleurs

avait passé de 7,6 à 2,8, du fait du transfert au secrétariat général et de la suppression d'un poste à 100 %. c. Pour Monsieur W\_\_\_\_\_, représentant le Conseil d'Etat, le changement dans le mode de rémunération était une conséquence du transfert du recourant qui se trouvait en situation de droits acquis statiques, ce qui signifiait qu'il restait en classe 18 annuité 5 jusqu'au moment où il parviendrait à la classe 15 annuité 12 et reprendrait, par le mécanisme des annuités, sa progression dans la classe 15. Un tel arrêté de transfert ne faisait pas l'objet d'une notification expresse aux fonctionnaires concernés. d. Mme J\_\_\_\_\_ a indiqué qu'elle continuait les recherches pour trouver au demandeur un poste correspondant à son ancienne classification, mais que le nombre de postes de comptables 3 avait diminué à l'Etat de Genève, du fait de la centralisation de la fonction finance. e. M. K\_\_\_\_\_, entendu comme témoin, était un ancien collègue du recourant. Il s'était occupé de la surveillance de la gestion financière des EMS depuis 1968 et, en octobre-novembre 2005, avait été transféré au secrétariat général pour clore ses activités avant de prendre une retraite anticipée l'année suivante. Les collègues qui avaient été transférés ne s'occupaient pas seulement des nouveaux EMS mais également de la surveillance d'autres organismes publics. Ils étaient totalement débordés, selon le constat qu'il avait fait au moment de prendre sa retraite.

#### **E. 23**

Par décision du 11 janvier 2008, la procédure a été suspendue d'accord entre les parties.

#### **E. 24**

Par courrier du 19 décembre 2008, le conseil de M. A\_\_\_\_\_ a requis la reprise de la procédure. Il persistait intégralement dans la motivation et les conclusions de ses écritures des 14 septembre et 16 novembre 2007.

#### **E. 25**

Le 12 janvier 2009, le juge délégué a ordonné la reprise de la procédure.

#### **E. 26**

Le 26 janvier 2009, M. A\_\_\_\_\_ a indiqué qu'il ne requérait ni acte d'instruction complémentaire, ni échange supplémentaire d'écritures et persistait dans ses motivations et conclusions.

#### **E. 27**

Le 26 janvier 2009, l'OPE a fait savoir, qu'en dépit des démarches entreprises au cours de l'année écoulée, aucune des solutions de reclassement envisagées n'avait pu être concrétisée. Il n'avait aucune objection à formuler quant à la reprise de la procédure et persistait dans ses conclusions du 26 octobre 2007.

#### **E. 28**

Le 27 janvier 2009, les différents courriers précités ont été transmis aux parties et le juge délégué a indiqué qu'il gardait l'affaire à juger.

#### **E. 29**

Le 26 novembre 2009, le juge délégué a invité les parties à se déterminer au sujet de l'incidence sur le contentieux de l'entrée en vigueur le 31 mai 2007 de la novelle du 23 mars 2007 modifiant l'art. 12 al. 3 aLPAC.

#### **E. 30**

Le recourant a répondu le 21 décembre 2009. Il persistait dans ses conclusions. Son changement d'affectation lui avait été annoncé avant l'entrée en vigueur du nouvel art. 12 al. 3 aLPAC. En revanche, le changement de classe de traitement entraînant un blocage de son salaire résultait de l'arrêté du Conseil d'Etat du 25 juillet 2007, soit postérieurement au changement législatif. Dès lors, l'art. 12 al. 3 LPAC invoqué par l'Etat de Genève à l'appui de sa position ne pouvait servir de fondement au blocage de son salaire à titre d'exception au principe général énoncé à l'art. 12 al. 1 aLPAC, disposition qui n'avait pas été modifiée par la nouvelle du 23 mars 2007. L'art. 12 al. 3 aLPAC n'était applicable que dans les cas où le changement d'affectation était une alternative au licenciement au sens de l'art. 21 al. 3 aLPAC et il ne pouvait être invoqué en dehors des cas dans lesquels un licenciement pour motif fondé était envisagé.

### **E. 31**

L'intimé a répondu le 18 décembre 2009. Il persistait dans ses conclusions. La teneur de l'art. 12 al. 3 aLPAC avait certes changé, mais le cas du recourant relevait de l'art. 2 al. 5 LTrait.

### **E. 32**

Le 22 décembre 2009, les parties ont été avisées que la cause était gardée à juger. EN DROIT 1. a. La loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire du 18 septembre 2008 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> 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 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 statutaire 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). 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 saisie 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 matière de contentieux de la fonction publique ( ATA/178/2009 du 7 avril 2009 ; ATA/179/2009 du 7 avril 2009). 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. 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 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 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.

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, 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.

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. 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. Etaient 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). 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). 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 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 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). 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 1<sup>er</sup> 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. 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.