

Tribunal fédéral – ATF 145 I 239
1^{re} Cour de droit social
Arrêt du 7 juin 2019 (f)

Newsletter octobre 2019

Résumé et commentaire

Proposition de citation :

Valérie Défago Gaudin, Les collectivités publiques en leur statut d'employeur et la qualité pour former un recours constitutionnel subsidiaire ; commentaire de l'arrêt TF 8C_530/2018 – ATF 145 I 239, Newsletter DroitDuTravail.ch octobre 2019

Qualité pour recourir du canton contre un arrêté constatant qu'une membre du personnel n'a pas droit à l'augmentation annuelle de traitement

**Art. 12 LTrait/GE ; 4
LSAMPE/GE ; 115,
116 LTF**



Les collectivités publiques en leur statut d'employeur et la qualité pour former un recours constitutionnel subsidiaire ; commentaire de l'ATF 145 I 239

Valérie Défago Gaudin, professeure à l'Université de Neuchâtel

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt porte sur la qualité des collectivités publiques pour former un recours constitutionnel subsidiaire dans le contentieux de la fonction publique. Il clarifie une question procédurale laissée ouverte dans un arrêt rendu jour pour jour trois ans auparavant (ATF 142 II 259) et déclare ne pas reconnaître aux collectivités publiques, en leur seul statut d'employeur, la qualité pour former un recours constitutionnel subsidiaire.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A la fin de l'année 2014, le Grand Conseil de la République et canton de Genève a adopté la loi 11545 sur la suspension des augmentations annuelles dues aux membres du personnel de l'Etat (aLSAMPE 2015), qui supprimait les annuités des magistrats et des membres du personnel de l'Etat pour l'année 2015. A la fin de l'année 2015, le Grand Conseil a adopté la loi 11721 sur la suspension des augmentations annuelles dues aux membres du personnel de l'Etat (LSAMPE), supprimant les annuités des membres du personnel de l'Etat ainsi que l'automatisme des mécanismes de progression salariale fixés dans la loi sur le traitement (LTrait) et transférant au Conseil d'Etat la compétence d'accorder aux membres du personnel tout ou partie de l'augmentation annuelle prévue par l'échelle des traitements, en tenant compte de la situation économique et budgétaire, avec une entrée en vigueur prévue au 1^{er} janvier 2016. Toutefois, en février 2016, le Grand Conseil a adopté la loi 11834 abrogeant la LSAMPE. Immédiatement après, le 2 mars 2016, le Conseil d'Etat a promulgué la LSAMPE avec effet au 1^{er} janvier 2016. Sur la base de cette loi, il a décidé, lors de sa séance du 23 mars 2016, de ne pas accorder d'annuité aux membres du personnel pour l'année en cours. Puis, le 20 avril 2016, le Conseil d'Etat a promulgué la loi 11834, avec effet au lendemain de sa publication, soit le 23 avril 2016.

En juillet 2016, Madame A., maîtresse dans l'enseignement secondaire, a sollicité l'augmentation annuelle prévue par la LTrait. A la suite du refus de l'Office cantonal du personnel de l'Etat et à la demande de la prénommée de recevoir un acte attaquant, le Conseil d'Etat a rendu un arrêté le 22 mars 2017, par lequel il a constaté que cette dernière n'avait pas droit à l'augmentation annuelle de traitement en 2016.

Cette décision a été annulée par la chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève qui a en substance retenu qu'à partir du 23 avril 2016, la décision du Conseil d'Etat de ne pas accorder l'annuité 2016 était devenue contraire au droit supérieur et qu'il ne lui appartenait au surplus pas d'examiner la question au regard de l'application des mécanismes financiers et budgétaires prévus par législation sur la gestion administrative et financière de l'Etat. La cause a été renvoyée au Conseil d'Etat pour nouvelle décision.

Tant Madame A. que la République et canton de Genève ont formé un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire contre cet arrêt.

B. Le droit

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de la recevabilité du recours dans la mesure où l'arrêt attaqué est un arrêt de renvoi. Un tel arrêt constitue une décision incidente au sens de l'art. 93 al. 1 LTF, définition valant tant pour le recours en matière de droit public que pour le recours constitutionnel subsidiaire par renvoi de l'art. 117 LTF. La qualité pour recourir des autorités et des administrés n'est pas appréciée de la même manière face aux arrêts de renvoi. Selon la jurisprudence, lorsqu'une administration est contrainte par le jugement incident à rendre une décision qu'elle estime contraire au droit et qu'elle ne pourra pas elle-même attaquer, elle peut déférer un tel jugement incident au Tribunal fédéral sans attendre le prononcé du jugement final (ATF 141 V 330 c. 1.2, ATF 134 II 124 c. 128, ATF 133 V 477 c. 5.2). Sous cet angle, le canton a été admis au recours. En revanche, s'agissant de Madame A., celle-ci ne pourrait en principe pas être admise au recours, ne pouvant se prévaloir d'un préjudice irréparable car rien ne l'empêche, *a priori*, de faire valoir ses prétentions dans un recours contre la décision finale (art. 93 al. 3 LTF). Toutefois, dans la constellation particulière qui verrait le canton être admis au recours, il n'y aurait pas lieu de renvoyer Madame A. à agir ultérieurement, au risque de la priver de son droit de recours. Aussi, en l'occurrence, l'existence d'un préjudice irréparable permettant un recours immédiat de Madame A. est subordonnée à une entrée en matière sur l'un des recours du canton (c. 3).

Dans un deuxième temps, le Tribunal fédéral a constaté que le recours en matière de droit public n'était pas ouvert compte tenu de la valeur litigieuse. En ce qui concerne les rapports de travail de droit public (lorsque la question de l'égalité des sexes n'est pas en cause), le recours en matière de droit public est subordonné à la double condition que la décision attaquée concerne une contestation pécuniaire et que la valeur litigieuse atteigne au moins CHF 15'000.- (art. 83 let. g *cum* 85 al. 1 let. b LTF). En l'espèce, le litige porte sur le droit de Madame A. à l'augmentation annuelle pour l'année 2016, de sorte qu'il s'agit d'une cause de nature pécuniaire. En cas de recours contre une décision incidente, la valeur litigieuse est déterminée par les conclusions restées litigieuses devant l'autorité compétente sur le fond (art. 51 al. 1 let. c LTF). En l'occurrence, devant la cour cantonale, Madame A. s'est limitée à demander la reconnaissance de son droit à l'annuité 2016 et à en réclamer le versement,

prétention s'élevant à quelque CHF 1'000.-, soit un montant bien inférieur au seuil ouvrant la voie du recours en matière de droit public. Et le Tribunal fédéral de préciser que les répercussions potentielles du jugement entrepris sur l'ensemble des membres du personnel de l'Etat ou sur la rente de vieillesse de Madame A. n'ont pas à être prises en compte dans le calcul de la valeur litigieuse. La cause ne soulevant par ailleurs pas de question juridique de principe, le recours en matière de droit public formé par le canton n'est pas ouvert et seule reste ouverte la voie du recours constitutionnel subsidiaire (c. 4).

Dans un troisième temps, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de la qualité du canton pour former un recours constitutionnel subsidiaire.

Il commence par rappeler les règles déterminant la qualité pour former un recours constitutionnel subsidiaire et leur application aux collectivités publiques. Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF). Cette voie de recours suppose, entre autres conditions, que la partie recourante ait un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (art. 115 let. b LTF). La notion d'intérêt juridiquement protégé au sens de l'art. 115 let. b LTF est étroitement liée aux motifs de recours prévus par l'art. 116 LTF, en ce sens que la partie recourante doit être titulaire d'un droit constitutionnel dont elle invoque une violation (ATF 142 II 259 c. 4.2, ATF 140 I 285 c. 1.2, ATF 135 I 265 c. 1.3). De tels droits ne sont reconnus en principe qu'aux citoyens, à l'exclusion des collectivités publiques qui, en tant que détentrices de la puissance publique, ne sont pas titulaires des droits constitutionnels et ne peuvent donc pas attaquer, par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, une décision qui les traite en tant qu'autorités (ATF 144 II 77 c. 5.5 ; ATF 140 I 285 c. 1.2). Cela s'applique aux cantons, aux communes et à leurs autorités, ainsi qu'aux autres corporations de droit public, qui agissent en tant que titulaires de la puissance publique. La jurisprudence admet toutefois qu'il y a lieu de faire une exception pour les communes et autres corporations de droit public, lorsqu'elles n'interviennent pas en tant que détentrice de la puissance publique, mais qu'elles agissent sur le plan du droit privé ou qu'elles sont atteintes dans leur sphère privée de façon identique ou analogue à un particulier, notamment en leur qualité de propriétaire de biens frappés d'impôts ou de taxes ou d'un patrimoine financier ou administratif. Une seconde exception est admise en faveur des communes et autres corporations publiques lorsque, par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, elles se plaignent de la violation de garanties qui leur sont reconnues par les constitutions cantonales ou par la Constitution fédérale, telles que leur autonomie, l'atteinte à leur existence ou à l'intégrité de leur territoire (ATF 142 II 259 c. 4.2 et ATF 140 I 285 c. 1.2, ATF 132 I 140 c. 1.3.1, ATF 129 I 313 c. 4.1, ainsi que les références à la doctrine). Pour déterminer si ces conditions sont remplies, on n'examine pas d'abord le statut des parties, mais bien la nature juridique du rapport qui est à la base du litige (ATF 142 II 259 c. 4.2) (c. 5.1).

Le Tribunal fédéral indique ensuite que jusqu'à présent il n'a pas tranché la question de savoir s'il fallait tenir un raisonnement semblable à celui appliqué à propos de l'art. 89 al. 1 LTF et admettre la qualité d'une collectivité publique pour former un recours constitutionnel subsidiaire dans le domaine de la fonction publique (ATF 142 II 259 c. 4.1), tout en faisant état de la doctrine qui s'est prononcée sur ce point (dans un sens affirmatif : FRANÇOIS BELLANGER, *Le contentieux des sanctions et des licenciements en droit genevois de la fonction publique*, in : *Les réformes de la fonction publique*, 2012, p. 245 ; dans le même sens, DAVID HOFMANN, in : *Actualités juridiques de droit public* 2011, 2011, p. 44 s. ; plutôt *contra* semble-t-il, SEILER, *op.*

cit., n° 13 ad art. 115 LTF, qui renvoie à l' ATF 120 la 95 relatif à l'ancien recours de droit public ; voir également sur cette problématique JENNY CASTELLA, Le recours au Tribunal fédéral en droit de la fonction publique, SJ 2019 II p. 49 s.). En effet, la jurisprudence concernant la recevabilité du recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF, notamment art. 89 al. 1 LTF) retient que la collectivité publique, en tant qu'employeur, a un intérêt spécifique digne de protection à l'annulation ou à la modification d'une décision d'un tribunal favorable à son agent ; la collectivité publique se trouve en effet dans une situation juridique analogue à celle d'un employeur privé parce que les prestations qu'elle conteste devoir fournir (par exemple un salaire ou une indemnité pour licenciement abusif) pourraient être dues par tout employeur dans une situation comparable (ATF 142 II 259 c. 4.1) (c. 5.2).

Le Tribunal fédéral rappelle en préambule que dans le cas d'espèce, le Conseil d'Etat ne peut pas – au nom du canton – se prévaloir d'autonomie au sens de l'art. 50 Cst., qui ne garantit que l'autonomie communale dans les limites fixées par le droit cantonal. Se pose alors la question de savoir si, après avoir reconnu la qualité pour recourir à la collectivité publique en tant qu'employeur dans la procédure du recours ordinaire, même dans les cas où l'autonomie communale n'est pas invoquée, le Tribunal fédéral doit également l'admettre pour le recours constitutionnel subsidiaire (c. 5.3.1).

Tout d'abord, le Tribunal fédéral se prononce sur la question de savoir si le canton doit, dans le cas d'espèce, être considéré comme se trouvant dans une situation analogue à celle d'un employeur privé et y répondre par la négative. Le rapport juridique qui fait l'objet de la procédure ne présente pas une structure que l'on pourrait trouver de manière identique ou analogue dans des rapports de droit privé. En effet, il ne s'agit pas, en l'espèce, d'examiner le droit à l'annuité au regard de la relation de travail qui liait Madame A. à son employeur. Le Tribunal fédéral relève que le Conseil d'Etat fait lui-même valoir que la décision litigieuse ne concerne pas Madame A. en tant que telle mais qu'elle implique tous les membres du personnel soumis à la LTrait. Concrètement, le litige a trait à la portée des lois en matière de traitement du personnel de l'Etat, adoptées successivement en décembre 2015 et février 2016 par le Grand Conseil, et à leurs effets sur la décision du Conseil d'Etat du 23 mars 2016 de ne pas accorder l'annuité 2016 aux membres du personnel étatique. Pour trancher la cause, les juges cantonaux ont recherché la volonté du législateur lors de l'adoption de la LSAMPE et de la loi 11834 en portant leur examen sur les travaux préparatoires de ces lois. Ils en ont conclu que le législateur avait voulu transférer au Conseil d'Etat la compétence décisionnelle en matière d'augmentations annuelles et qu'il n'était pas question d'en supprimer l'octroi, mais uniquement le caractère automatique. Finalement, le législateur avait fait marche arrière en adoptant la loi 11834 dont l'effet voulu était de rétablir la teneur de la LTrait au 31 décembre 2015. Comme la loi 11834 ne remplissait pas les conditions pour avoir un effet rétroactif, les mécanismes salariaux ordinaires avaient repris de plein droit le 23 avril 2016, conformément à la volonté du législateur. Le Tribunal fédéral retient donc que, sur la base du jugement attaqué, la nature juridique du litige se rapporte purement et directement au processus législatif cantonal, ce qui ressort également des griefs soulevés par les parties dans leurs recours (violations des principes de la légalité, de la séparation des pouvoirs, de la non-rétroactivité des lois). Le Tribunal fédéral relève également que, même si le canton est atteint dans des intérêts pécuniaires, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'intérêts proprement publics, en lien direct avec des considérations d'ordre budgétaire. L'objet du renvoi consiste précisément en un examen du droit à l'annuité à la lumière des dispositions en matière de gestion administrative et financière de l'Etat. Or, la voie du recours

constitutionnel subsidiaire ne tend toutefois pas à la sauvegarde des intérêts publics. Enfin, l'annulation par la juridiction cantonale de la décision de ne pas accorder l'annuité 2016 à Madame A. ne change rien au fait que le canton intervient dans la présente cause en sa qualité de détenteur de la puissance publique. Cela étant, aussi longtemps qu'il agit dans le cadre de son pouvoir de puissance publique, il n'est pas légitimé à former un recours constitutionnel subsidiaire (c. 5.3.2).

Le Tribunal fédéral se prononce, en outre, à titre subsidiaire, sur la qualité pour recourir du canton au regard des griefs qu'il invoque et retient que, même si l'on considérait que le canton se trouve dans une situation analogue à celle d'un employeur privé, la qualité pour former un recours constitutionnel subsidiaire devrait également lui être déniée. En effet, le canton se plaint en l'espèce d'arbitraire dans l'interprétation de l'art. 12 al. 1 LTrait (dans sa teneur sous l'empire de la LSAMPE) et dans l'application de la loi 11834, en relation avec les principes de la légalité et de la non-rétroactivité des lois. Or, selon la jurisprudence, la prohibition de l'arbitraire ne confère pas, en tant que telle, un intérêt juridiquement protégé. Elle peut néanmoins être invoquée en relation avec l'application d'une norme qui accorde au recourant un droit ou sert à protéger ses intérêts prétendument lésés (ATF 138 I 305 c. 1.3 ; ATF 133 I 185 c. 6). Autrement dit, le recourant doit se trouver dans la sphère de protection de la disposition dont il critique l'application arbitraire. Quant au principe de la légalité, sous réserve de sa signification particulière en droit pénal et en droit fiscal, il ne peut être invoqué directement et indépendamment d'un droit fondamental par la voie du recours constitutionnel subsidiaire (ATF 129 I 161 c. 2.1 et autres références). Et de préciser qu'il ne saurait en aller différemment du principe de non-rétroactivité des lois. Dans le cas d'espèce, ni l'ancien art. 12 al. 1 LTrait – qui attribuait au Conseil d'Etat la compétence décisionnelle en matière d'annuité du personnel – ni la loi 11834 ne visent à accorder un droit au canton ou à protéger ses intérêts prétendument lésés, étant rappelé que, selon les considérations non contestées du jugement attaqué, les modifications légales n'avaient pas pour objet de supprimer les annuités du personnel. Par conséquent, le canton, qui ne se trouve pas dans la sphère de protection des dispositions qu'il invoque, ne dispose au final que d'un intérêt de fait, de nature économique, à l'annulation ou à la modification du jugement attaqué, ce qui n'est pas suffisant au regard de l'art. 115 let. b LTF (c. 5.3.3).

Aussi, ne se justifie-t-il pas de reconnaître à la collectivité publique, en raison de son seul statut d'employeur, la qualité pour former un recours constitutionnel subsidiaire dans le domaine du droit de la fonction publique. C'est dans ce sens qu'il convient de trancher la question laissée ouverte en dernier lieu à l'ATF 142 II 259 (c. 5.3.3).

Le Tribunal fédéral a donc déclaré irrecevables les recours en matière de droit public et les recours constitutionnels subsidiaires formés par Madame A. et le canton.

III. Analyse

Cet arrêt, qui tranche une question laissée ouverte, appelle quelques remarques.

Un intérêt juridiquement protégé. – Pour ce qui est de la qualité des collectivités publiques pour former un recours constitutionnel subsidiaire dans le domaine de la gestion de leur personnel – qui est la question centrale de cet arrêt –, le besoin de disposer d'un intérêt juridiquement protégé coupe court, à notre sens, à la reconnaissance de la recevabilité de la plus grande majorité des recours qui pourraient être formés par les collectivités publiques. En

effet, pour être admises au recours, les collectivités publiques devraient être en mesure de démontrer que les lois en matière de personnel et de traitement de celui-ci visent aussi à protéger les intérêts de la collectivité publique. A titre de comparaison, c'est justement un intérêt de fait – soit le fait d'être touché dans une obligation pécuniaire comme n'importe quel employeur – qui justifie que la collectivité publique puisse être admise à former un recours en matière de droit public. Or, dans le recours constitutionnel subsidiaire, l'invocation d'un intérêt de nature économique n'est pas suffisante au regard de l'art. 115 let. b LTF.

La collectivité publique touchée comme n'importe quel employeur. – Mais avec cet arrêt, le Tribunal fédéral a également identifié un nouveau cas dans lequel une collectivité publique n'est pas touchée comme n'importe quel autre employeur dans une situation comparable, ce qui est susceptible de fermer la porte non seulement du recours constitutionnel subsidiaire, mais également la voie du recours en matière de droit public.

En effet, dans l'ATF 142 II 259, le Tribunal fédéral avait retenu que l'Etat n'est pas touché comme tout autre employeur dans le régime des sanctions disciplinaires car un tel régime n'a pas d'équivalent en droit privé. Dans le présent arrêt, le Tribunal fédéral s'est fondé sur le même critère de délimitation : une question identique pourrait-elle se poser dans un litige opposant un employeur et un travailleur dans des rapports de droit privé ? Le Tribunal fédéral a répondu à cette question par la négative. Il a en effet retenu que la cause avait trait avant tout au processus législatif cantonal, moins à la question du droit à l'indemnité de Madame A. au regard de sa relation de travail avec son employeur.

En définitive, il ne suffit pas que le canton soit atteint dans ses intérêts pécuniaires parce qu'il doit payer une indemnité, une annuité ou tout élément de salaire. Une telle obligation de payer n'emporte pas que la collectivité publique soit, de ce fait et nécessairement, touchée comme n'importe quel employeur dans une situation comparable. Il faut encore que l'obligation de payer ne découle pas de la mise en œuvre, de manière générale et pour l'ensemble des membres du personnel de l'Etat, des règles en matière de traitement.

Probablement que cette constatation vaut non seulement pour la recevabilité du recours constitutionnel subsidiaire, mais qu'elle sera aussi à l'avenir retenue lorsqu'il s'agira de juger de la recevabilité du recours en matière de droit public, restreignant d'autant les hypothèses dans lesquelles la collectivité publique peut se trouver dans une situation juridique analogue à celle d'un employeur privé.

De la valeur litigieuse. – S'agissant de la valeur litigieuse, le Tribunal fédéral a indiqué que les répercussions potentielles du jugement entrepris sur l'ensemble des membres du personnel de l'Etat ou sur la rente de vieillesse de Madame A. n'ont pas à être prises en compte dans le calcul de la valeur litigieuse. Selon les cas, et dans la perspective de la recevabilité d'un éventuel recours en matière de droit public, les plaideurs pourraient être avisés, à la naissance du litige, d'étendre leurs conclusions à ces répercussions.