

*Date de dépôt : 1<sup>er</sup> juillet 2020*

## **Rapport du Conseil d'Etat**

**au Grand Conseil concernant la L 11772 modifiant la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers (L Trait – B 5 15) (Suppression des traitements « hors classes »)**

Mesdames et  
Messieurs les députés,

La loi 11772, modifiant la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers, du 21 décembre 1973 (L Trait – B 5 15), par l'ajout d'un nouvel alinéa 4 à l'article 3 de cette loi, a été adoptée par le Grand Conseil le 16 janvier 2020 et publiée dans la Feuille d'avis officielle le 24 janvier 2020. Le délai référendaire est arrivé à échéance le 4 mars 2020.

Par courrier du 27 avril 2020, notre Conseil a fait application de l'article 109, alinéa 5, de la constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (Cst-GE – A 2 00), en sursoyant à la promulgation de la loi 11772, en vue de représenter le projet de loi au Grand Conseil avec nos observations, dans un délai de 6 mois.

Le présent rapport a pour objet de présenter les observations du Conseil d'Etat sur la loi 11772.

## 1. Cadre général de l'adoption de la loi 11772

L'article 3 LTrait, intitulé *Traitements « hors classes »*, prévoit :

<sup>1</sup> *Le Conseil d'Etat peut, pour tenir compte de circonstances exceptionnelles, attribuer aux titulaires de certaines fonctions exigeant des connaissances tout à fait spéciales ou comportant des responsabilités particulièrement importantes un traitement annuel « hors classes » qu'il fixe lui-même sans être tenu de se conformer aux minimums ou aux maximums prévus à l'article 2.*

<sup>2</sup> *Il ne peut prendre une telle décision que sous réserve de l'article 96 de la constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012.*

<sup>3</sup> *Les autres autorités ou organes de nomination doivent préalablement requérir l'approbation du Conseil d'Etat agissant en sa qualité d'autorité de surveillance sur l'application de la présente loi.*

En date du 16 novembre 2015, le projet de loi (ci-après : PL) 11772 a été déposé auprès du secrétariat du Grand Conseil par Mesdames et Messieurs les député-e-s Roger Deneys, Isabelle Brunier, Christian Frey, Irène Buche, Cyril Mizrahi, Salima Moyard et Jean-Charles Rielle demandant l'abrogation de l'article 3 LTrait.

Dans leur exposé des motifs, les député-e-s ont argumenté que cette disposition pouvait être utilisée par le Conseil d'Etat pour contourner les lois votées par le Grand Conseil, en particulier la loi 11328 supprimant le 14<sup>e</sup> salaire, lequel avait été, à leur avis, réintroduit « en catimini » pour quelques hauts fonctionnaires du département des finances (aujourd'hui département des finances et des ressources humaines).

En outre, ladite disposition n'avait, selon les député-e-s, plus de sens alors même que le Conseil d'Etat prônait l'austérité, en particulier pour les collaboratrices et collaborateurs de la fonction publique.

Le PL 11772 ne prévoyait aucune dérogation dans son texte, mais il était possible, voire souhaitable selon les cas, d'introduire lors des travaux en commission, une dérogation, idéalement de durée limitée, pour répondre à quelques cas bien particuliers, qui devaient être clairement identifiés, afin de ne pas donner un blanc-seing à la discrétion du Conseil d'Etat.

En outre, ce projet devait permettre, d'après les député-e-s, d'économiser plus de 100 000 francs par an, soit l'équivalent des 14<sup>es</sup> salaires réintroduits par le Conseil d'Etat.

Le 5 mars 2018, la commission ad hoc sur le personnel de l'Etat chargée d'étudier le PL 11772 a rendu son rapport, invitant les député-e-s à refuser l'entrée en matière sur le PL (PL 11772-A).

A l'issue du deuxième débat en plénière du 21 novembre 2019, le Grand Conseil a finalement adopté un nouvel alinéa 4 à l'article 3 LTrait stipulant que *« les bénéficiaires des traitements « hors classes » sont domiciliés sur le territoire du canton de Genève »*.

Lors de ce débat du 21 novembre 2019, l'auteur de l'amendement à l'article 3 LTrait s'était exprimé en ces termes : *« [...] nous ne pouvons pas avoir des personnes qui bénéficient de traitements « hors classes » et qui vont ensuite payer leurs impôts ailleurs. Nous devons avoir la garantie que les impôts seront payés dans le canton de Genève [...]. C'est la raison pour laquelle nous vous proposons cet amendement [...] »*

La loi 11772 a été adoptée par le Grand Conseil le 16 janvier 2020 et publiée dans la Feuille d'avis officielle le 24 janvier 2020.

Le délai référendaire contre la loi 11772 est arrivé à échéance le 4 mars 2020.

Le 27 avril 2020, le Conseil d'Etat a annoncé au Grand Conseil faire usage de l'article 109, alinéa 5 Cst-GE, afin de surseoir à la promulgation de la loi 11772, les conditions d'application de cette disposition étant réunies.

## **2. Motifs ayant conduit à l'application de l'article 109, alinéa 5 Cst-GE par le Conseil d'Etat en date du 27 avril 2020**

En préambule, il sied de relever aujourd'hui que l'administration cantonale ne compte plus aucun membre du personnel au bénéfice d'un traitement « hors classes ».

Concernant les motifs ayant conduit le Conseil d'Etat à surseoir à la promulgation de la loi 11772, il apparaît que l'article 3, alinéa 4 LTrait, qui prévoit de limiter l'accès aux traitements « hors classes » en imposant aux membres du personnel bénéficiaires une obligation de domiciliation dans le canton de Genève, pose de très sérieux problèmes de conformité au droit supérieur, soit :

- à l'égalité de traitement, garantie par l'article 8 de la Constitution fédérale, du 18 avril 1999 (Cst – RS 101);
- à la liberté d'établissement, prévue à l'article 24, alinéas 1 et 2 Cst;
- à l'interdiction de discrimination des ressortissants d'une partie contractante, prévue aux articles 2 et 7, lettre a, de l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses

Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, du 21 juin 1999 (ALCP – RS 0.142.112.681), ainsi qu'à l'article 9, paragraphe 1, de l'Annexe I ALCP.

### ***De la violation du principe de l'égalité de traitement***

L'article 8, alinéa 1 Cst prévoit que tous les êtres humains sont égaux devant la loi.

De la garantie générale de l'égalité de traitement, offerte par l'article 8 Cst, découle l'obligation de l'employeur public de rémunérer un même travail avec un même salaire. Dans les limites de l'interdiction de l'arbitraire, les autorités disposent d'une grande marge d'appréciation, particulièrement en ce qui concerne les questions d'organisation et de rémunération.

Le droit constitutionnel n'exige pas que la rémunération soit fixée uniquement selon la qualité du travail fourni, voire selon des exigences effectivement posées. Les inégalités de traitement doivent cependant être raisonnablement motivées, et donc apparaître objectivement défendables. Ainsi le Tribunal fédéral a-t-il reconnu que l'article 8 Cst n'était pas violé lorsque les différences de rémunération reposaient sur des motifs objectifs tels que l'âge, l'ancienneté, l'expérience, les charges familiales, les qualifications, le genre et la durée de la formation requise pour le poste, le temps de travail, les horaires, le cahier des charges, l'étendue des responsabilités ou les prestations (ATF 141 II 411 consid. 6.1.1 p. 418; ATF 139 I 161 consid. 5.3.1 p. 166; ATF 138 I 321 consid. 3.3 p. 324; VINCENT MARTENET, *L'égalité de rémunération dans la fonction publique*, PJA 1997 p. 828 et suivantes).

D'autres circonstances, qui n'ont pas trait à la personne ou à l'activité de l'employé-e, peuvent également justifier, à tout le moins temporairement, des différences de salaire, comme une situation conjoncturelle rendant plus difficile le recrutement du personnel (arrêt 2P.10/2003 du 7 juillet 2003 consid. 3.3) ou des contraintes budgétaires de la collectivité publique (arrêts 2P.70/2004 du 17 janvier 2005 consid. 2 et 3; cf. aussi arrêt 8C\_969/2012 du 2 avril 2013 consid. 2.2 et MARTENET, *op. cit.*, p. 836 et suivantes).

Afin de déterminer ce qui constitue un motif objectif, le Tribunal fédéral se fonde sur les « principes reconnus de l'ordre juridique en vigueur » ou sur les « convictions et conceptions actuelles dominantes » (ATF 122 I 349 consid.4b et ATF 114 Ia 1 consid.3 et 8).

A cet égard, l'article 15 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux, du 4 décembre 1997 (LPAC – B 5 05), et les articles 45, alinéa 1,

lettre c, et 55, alinéa 1, lettre c, du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux, du 24 février 1999 (RPAC – B 5 05.01), respectivement l'article 126 de la loi sur l'instruction publique, du 17 septembre 2015 (LIP – C 1 10), et l'article 52 du règlement fixant le statut des membres du corps enseignant primaire, secondaire et tertiaire B, du 12 juin 2002 (RstCE – B 5 10.04), prévoient que l'Etat employeur peut exiger des membres du personnel, occupant une fonction permanente et qui sont au bénéfice d'un engagement de durée indéterminée, l'obligation de résidence dans le canton de Genève, si l'intérêt public le commande, notamment quand l'éloignement de leur domicile porte préjudice à l'accomplissement de leurs devoirs de service.

Or, lors du débat en séance plénière du Grand Conseil du 21 novembre 2019, l'intérêt public, respectivement les besoins du service, n'ont nullement été avancés pour justifier l'adoption de l'article 3, alinéa 4 LTrait imposant une obligation de domicile aux bénéficiaires des traitements « hors classes ». Seules des considérations d'ordre fiscal ont été prises en considération.

Dès lors, en application du principe constitutionnel de l'égalité de traitement, le seul montant du traitement ne saurait constituer un motif objectif pour justifier l'obligation de domiciliation dans le canton de Genève des seuls bénéficiaires des traitements « hors classes », alors même que, par hypothèse, leur fonction, les besoins du service ou des relations particulières avec la population ne l'exigeraient pas.

En outre, l'application de l'article 3, alinéa 4 LTrait aurait pour conséquence que des membres du personnel, répondant aux conditions d'octroi prévues à l'alinéa 1 de cette disposition, ne pourraient pas bénéficier des traitements prévus, pour la seule raison qu'ils seraient domiciliés hors du canton, en Suisse ou à l'étranger.

Or, il ne s'agit manifestement pas d'un motif objectif justifiant une différence de traitement par rapport aux titulaires de fonctions comparables habitant le canton de Genève, alors même que les besoins du service n'exigent pas une telle domiciliation dans le canton.

### ***De la violation de la liberté d'établissement***

Quant à l'article 24, alinéas 1 et 2 Cst, il prévoit que les « *Suisses et les Suissesses ont le droit de s'établir en un lieu quelconque du pays. Ils ont le droit de quitter la Suisse ou d'y entrer* ».

L'article 3, alinéa 4 L Trait n'impose pas en soi une obligation de résidence à l'ensemble des membres du personnel pour pouvoir accéder à leurs activités.

Toutefois, cette disposition prévoit une telle obligation de résidence comme condition pour l'accès à un traitement « hors classes », soit une rémunération extraordinaire réservée aux titulaires de certaines fonctions ayant des connaissances particulières ou des responsabilités considérables.

Dès lors, le haut cadre potentiellement bénéficiaire de cette prestation exceptionnelle est contraint d'être domicilié dans le canton de Genève et, de ce fait, n'est donc pas libre de s'établir dans l'ensemble du pays ou à l'étranger.

Par ailleurs, il convient de rappeler, comme déjà précisé ci-dessus, que l'Etat employeur peut se fonder sur l'article 15 LPAC et sur les articles 45, alinéa 1, lettre c, et 55, alinéa 1, lettre c RPAC, respectivement sur l'article 126 LIP et sur l'article 52 RStCE, pour exiger des membres du personnel, occupant une fonction permanente et qui sont au bénéfice d'un engagement de durée indéterminée, l'obligation de résidence dans le canton de Genève, si l'intérêt public le commande, notamment quand l'éloignement de leur domicile porte préjudice à l'accomplissement de leurs devoirs de service.

L'obligation de résider à un endroit déterminé est une restriction manifeste de la liberté d'établissement qui doit obéir aux conditions énumérées à l'article 36 Cst.

Ainsi, la liberté d'établissement ne peut être limitée que si cette restriction est fondée sur une base légale, si elle est justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 36 Cst; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_733/2018 du 13 juin 2019). Enfin, cette restriction doit aussi respecter les principes de la proportionnalité et de l'égalité de traitement.

Pendant longtemps, le Tribunal fédéral admettait aisément l'obligation de résidence cantonale pour les fonctionnaires, obligation qui se justifiait par la nécessité de créer certains liens avec la population et la collectivité, de façon à ce que le fonctionnaire puisse avoir connaissance des problèmes de cette collectivité non seulement dans le cadre de son travail mais aussi à titre privé. Par la suite, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence en ce sens que l'obligation de résidence devait être déterminée en fonction des critères des besoins du service ou des relations particulières avec la population, une obligation pour des simples raisons fiscales étant exclue. Le Tribunal fédéral a ainsi admis que l'obligation de résidence était justifiée par l'existence d'un intérêt public pour des enseignants, pour des fonctionnaires des corps de police et de sapeurs-pompiers, pour des gardiens de prison ainsi que pour un

greffier de tribunal de district. Il a, par contre, nié un tel intérêt pour un chauffeur-ambulancier (ATF 118 Ia 410, consid. 4a; ATF 120 Ia 203, consid. 3a; Alfio Russo, RDAF 2017 I p. 279).

Or, il apparaît que l'obligation de domicile dans le canton de Genève prévue par la loi 11772, telle qu'approuvée lors de la séance plénière du Grand Conseil du 21 novembre 2019, ne semble destinée à répondre ni aux éventuels besoins de service de l'administration, ni au besoin de relations particulières avec la population, mais, au contraire, n'avoir été motivée que par des considérations d'ordre fiscal, ce qui est contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral rappelée ci-dessus, relative à la liberté d'établissement.

S'agissant de l'intérêt public, il doit être apprécié de cas en cas si, au vu non seulement de la fonction, mais également des besoins du service, il est nécessaire que le membre du personnel soit domicilié dans le canton de Genève.

Or, l'amendement du PL 11772-A ne faisait nullement état des besoins du service.

De plus, renoncer à engager un-e candidat-e disposant des connaissances requises au seul motif que l'intéressé-e ne serait pas domicilié-e dans le canton de Genève priverait l'administration cantonale et les autres employeurs soumis à la LTrait de la possibilité d'engager du personnel hautement qualifié, et risquerait de mettre gravement en péril l'accomplissement du service public.

A cet égard, il sied de relever que cette exigence de domiciliation s'appliquerait à tous les établissements publics dont le personnel est soumis à la LTrait, soit, notamment, au personnel des Hôpitaux universitaires de Genève, ainsi que de l'Université de Genève et de la HES-SO, au personnel de l'Hospice général, et à celui de l'Institution de maintien, d'aide et de soins à domicile (art. 1 et 11 LPAC).

Pour ce qui est de la proportionnalité, force est de constater que des considérations d'ordre purement fiscal ne répondraient pas aux exigences posées par la Constitution fédérale ni par la jurisprudence du Tribunal fédéral pour restreindre la liberté d'établissement.

Partant, l'article 3, alinéa 4 LTrait ne résisterait très vraisemblablement pas à l'examen des conditions prévues par les articles 24 et 36 Cst.

***De l'interdiction de discrimination des ressortissants d'une partie contractante au sens de l'ALCP***

Enfin, l'article 3, alinéa 4 LTrait est également susceptible de contrevenir aux articles 2 et 7, lettre a ALCP, ainsi qu'à l'article 9, paragraphe 1, de l'Annexe I ALCP.

En effet, à teneur de l'article 2 ALCP, « *les ressortissants d'une partie contractante qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante ne sont pas, dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord, discriminés en raison de leur nationalité* ».

Selon l'article 7, lettre a ALCP, « *les parties contractantes règlent, conformément à l'annexe I, le droit à l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne l'accès à une activité économique et son exercice, ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail* ».

Ces notions couvrent les aspects liés à l'exercice effectif et actuel d'une activité économique, y compris la question du salaire des travailleurs.

Quant à l'article 9, paragraphe 1, de l'Annexe I de l'ALCP, il dispose qu'un « *travailleur salarié ressortissant d'une partie contractante ne peut, sur le territoire de l'autre partie contractante, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux salariés en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement et de réintégration professionnelle ou réemploi s'il est tombé au chômage* ».

Enfin, d'après l'article 13 ALCP, « *les parties contractantes s'engagent à ne pas adopter de nouvelles mesures restrictives à l'égard des ressortissants de l'autre partie dans les domaines d'application du présent accord* ».

Le Tribunal fédéral, se basant sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne (ci-après : CJUE), relative à l'article 16, alinéa 2 ALCP, a considéré que les « *règles d'égalité de traitement prohibent non seulement des discriminations ostensibles fondées sur la nationalité (discriminations directes), mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction aboutissent en fait au même résultat (discriminations indirectes)* » (ATF 121 V 390).

Par ailleurs, la notion de discrimination comprend également les restrictions indistinctement applicables de la libre circulation (ou entraves à la libre circulation).

On entend par là des mesures qui, applicables sans aucune distinction sur la base de la nationalité, sont susceptibles de gêner ou de rendre moins

attrayant l'exercice, par les ressortissants des Etats membres, des libertés fondamentales garanties, c'est-à-dire qu'elles rendent simplement plus difficiles la libre circulation des travailleurs (ATF 140 II consid. 7.2.2).

Certains motifs peuvent toutefois être invoqués lors de l'existence d'une discrimination.

Ainsi, l'article 5 de l'Annexe I ALCP prévoit que « *les droits octroyés par les dispositions du présent accord ne peuvent être limités que par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* ».

Selon la jurisprudence de la CJUE, reprise par le Tribunal fédéral, les motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique peuvent seuls justifier une discrimination directe.

Quant aux discriminations indirectes et aux restrictions indistinctement applicables, elles peuvent être justifiées en plus de motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, par des raisons impérieuses d'intérêt général, que l'on appelle également « *justifications objectives* », « *circonstances objectives* » ou « *considérations objectives* » (ATF 130 I 26 consid. 3.2.3).

Sont considérées comme des raisons impérieuses d'intérêt général, notamment les difficultés pratiques, l'application du principe de territorialité en matière fiscale, la prévention contre la perte de main d'œuvre qualifiée, ainsi que des objectifs à caractères socio-politiques, soit notamment l'incitation à la construction ou à l'acquisition de logements ou encore des objectifs de politique de développement (CJUE, arrêt Kohl et Schlessler du 16 février 2016, aff. C-300/15, point 76; ATF 130 II 493).

Ne sont pas considérées comme des raisons impérieuses d'intérêt général des considérations d'ordre purement administratif et des motifs de nature purement économique, tels que les considérations budgétaires (CJUE, arrêt Terhoeve du 26 janvier 1999, aff. C-18/95; CJUE, arrêt Kranemann du 17 mars 2005, aff. C-109/04).

Pour être admissible, la réglementation présentant une des trois formes de discrimination doit être conforme au principe de proportionnalité, soit ne pas dépasser ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi (CJUE, arrêt Commission c. République portugaise du 12 mai 2016, aff. C-503/14, point 49).

En l'espèce, l'article 3, alinéa 4 LTrait crée une forme de discrimination indirecte, car les ressortissants suisses sont susceptibles de remplir plus facilement la condition de domiciliation dans le canton de Genève que les ressortissants des autres Etats membres de l'ALCP.

Ladite condition de domiciliation sur le territoire du canton de Genève ne semble motivée que par des raisons fiscales. Or, une telle motivation ne satisfait ni aux critères de raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, ni à celui des raisons impérieuses d'intérêt général.

Par conséquent, une telle condition de domiciliation serait très vraisemblablement reconnue comme étant contraire à l'ALCP.

### **3. Proposition du Conseil d'Etat**

Au vu des risques juridiques mentionnés ci-dessus, le Conseil d'Etat persiste à penser que la loi 11772 n'est pas opportune.

Conformément aux articles 109, alinéa 5 Cst-GE et 141 de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève, du 13 septembre 1985 (LRGC – B 1 01), le Conseil d'Etat vous prie de délibérer à nouveau au sujet de la loi 11772. A cette occasion, il propose que le Grand Conseil la refuse.

Au bénéfice de ces explications, le Conseil d'Etat vous invite, Mesdames et Messieurs les Députés, à prendre acte du présent rapport.

#### AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :  
Michèle RIGHETTI

Le président :  
Antonio HODGERS

Annexe : loi 11772

ANNEXE

**Loi modifiant la loi concernant le  
traitement et les diverses  
prestations alloués aux membres  
du personnel de l'Etat, du  
pouvoir judiciaire et des  
établissements hospitaliers  
(LTrait) (Suppression des  
traitements « hors classes »)  
(11772)**

**B 5 15**

*du 16 janvier 2020*

---

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève  
décrète ce qui suit :

**Art. 1      Modification**

La loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers (LTrait – B 5 15), du 21 décembre 1973, est modifiée comme suit :

**Art. 3, al. 4 (nouveau)**

<sup>4</sup> Les bénéficiaires des traitements « hors classes » sont domiciliés sur le territoire du canton de Genève.

**Art. 2      Entrée en vigueur**

La présente loi entre en vigueur le lendemain de sa promulgation dans la Feuille d'avis officielle.