2P.24/2001
[AZA 0/2]

IIe COUR DE DROIT PUBLIC
****

29 juin 2001

Composition de la Cour: MM. et Mme les Juges Wurzburger,
président, Hartmann, Hungerbühler, Müller et Yersin.
Greffier: M. Dubey.

Statuant sur le recours de droit public
formé par
X._____, représenté par Me Jean-Jacques Martin, avocat à Genève,

contre
l'arrêt rendu le 5 décembre 2000 par le Tribunal administratif du canton de Genève, dans la cause qui oppose le recourant au Département de l'instruction publique du canton de Genève;

(heures de réserve de carrière)

Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- X._____, né le 7 janvier 1951, titulaire d'une maîtrise fédérale de menuisier, est entré dans l'enseignement secondaire du canton de Genève le 1er janvier 1980 en qualité de maître d'atelier. Il travaillait à plein temps.

Le 12 octobre 1983, il a été nommé maître d'atelier de menuiserie avec une garantie de 40 leçons par semaine.

Dès l'année scolaire 1992/1993, la durée normale pour les maîtres d'atelier a été fixée selon un système de postes correspondant, pour un plein temps, à un nombre de cours variant entre 20 et 24 périodes par semaine. L'intéressé a ainsi eu la charge de 22 périodes durant les années scolaires 1992/1993 et 1993/1994, de 23,41 périodes pour l'année 1994/1995 et de 23,40 périodes pendant les deux années suivantes.

En 1995, X._____ a rencontré des problèmes de santé (sclérose en plaques) qui ont conduit à sa mise à la retraite anticipée pour cause d'invalidité avec effet au 1er juillet 1997.

B.- Se fondant sur une fiche d'engagement annuelle établie pour l'année scolaire 1997/1998, annulée par la suite, et qui mentionnait une réserve de carrière de 10,01 heures, l'intéressé a demandé le versement de 70'917 fr., plus 5% d'intérêts moratoires depuis le 15 octobre 1997, en compensation de la réserve de carrière accumulée.

Le 28 juin 2000, la Direction générale de l'enseignement secondaire postobligatoire, subordonnée au Département de l'instruction publique du canton de Genève (ci-après: le Département), a rejeté cette demande. La réserve de carrière ne constituait pas des heures supplémentaires.
Le traitement des maîtres de l'enseignement secondaire s'effectuait sur la base de taux d'activité, correspondant à des postes constitués d'une fourchette d'heures susceptibles de varier d'année en année. Tout écart de la moyenne du poste occupé était comptabilisé sous forme de réserve positive ou négative (bonus ou malus) dont il était admis que le nombre devait être égal à zéro au moment de la retraite si celle-ci avait lieu à l'âge légal. Un bonus ne pouvait être remboursé sous forme pécuniaire, mais seulement dans la dernière phase d'une carrière sous la forme d'une diminution du nombre d'heures en-dessous de la moyenne du poste. Rien n'obligeait par

conséquent le Département à rembourser un éventuel bonus lors du départ prématuré. En cas de départ avec une réserve négative, aucune prétention n'était non plus adressée par l'Etat à l'enseignant concerné.

C.- Par arrêt rendu le 5 décembre 2000, le Tribunal administratif du canton de Genève (ci-après: le Tribunal administratif) a traité le recours interjeté par X._____ contre la décision précitée comme une action pécuniaire, qu'il a rejetée. Il a estimé que les maîtres de l'enseignement secondaire n'étaient pas rémunérés selon le nombre d'heures d'enseignement hebdomadaire, mais selon un système de postes qui comportent un minimum et un maximum d'heures à effectuer. Le système mis en place avec une fourchette d'heures d'enseignement et une moyenne à atteindre au moment de l'âge de la retraite permettait de répondre aux besoins de l'enseignement en préservant les intérêts des enseignants.
Aucune disposition ne prévoyait une compensation financière en cas de réserve positive ou négative de carrière en cours d'activité ou lors de la cessation prématurée de celle-ci. Le nombre d'heures enseignées par l'intéressé avait toujours été compris dans la fourchette correspondant à son activité à plein temps qui avait été rémunérée comme telle. Les heures accumulées avaient ainsi été effectuées dans le cadre de l'horaire hebdomadaire et ne correspondaient dès lors pas à des heures supplémentaires. Cette manière de procéder ne créait pas d'inégalité de traitement, tous les départs avant l'âge de la retraite étant traités de la même façon.

D.- Agissant par la voie du recours de droit public, X._____ conclut à l'annulation de l'arrêt précité et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision. Il invoque une violation des art. 8 al. 2 et 4 ainsi que 35 Cst.

Le Département propose de déclarer le recours irrecevable.
Le Tribunal administratif s'en remet à justice quant à la recevabilité du recours et se réfère pour le surplus à son arrêt.

Considérant en droit :

1.- a) Selon l'art. 88 OJ, le recours de droit public est ouvert uniquement à celui qui est atteint par l'acte attaqué dans ses intérêts personnels et juridiquement protégés. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un employé de la fonction publique a un droit juridiquement protégé a être traité de manière égale, sans arbitraire et conformément au principe de la bonne foi en matière de rémunération (ATF 123 I 1 consid. 1b non publié; 121 I 102 consid. 1b non publié). Le Département est toutefois d'avis que le recours est irrecevable, puisque le droit genevois ne prévoit aucun droit au remboursement des heures de réserve de carrière. Cette question peut rester ouverte dès lors que le recours doit de toute façon être rejeté au fond.

b) Sous réserve d'exceptions non réalisées en l'espèce, le recours de droit public est de nature purement cassatoire (ATF 127 II 1 consid. 2c p. 5; 126 II 377 consid. 8c p. 395; 125 II 86 consid. 5a p. 96 et la jurisprudence citée).
Dans la mesure où l'intéressé demande autre chose que l'annulation de l'arrêt attaqué, soit le renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision, ses conclusions sont irrecevables.

c) En vertu de l'art. 90 al. 1 lettre b OJ, l'acte de recours doit, à peine d'irrecevabilité, contenir un exposé succinct des droits constitutionnels ou des principes juridiques violés et préciser en quoi consiste la violation.
Lorsqu'il est saisi d'un recours de droit public, le Tribunal fédéral n'examine que les griefs d'ordre constitutionnel invoqués et suffisamment motivés dans l'acte de recours. Le recourant ne saurait se contenter de soulever de vagues griefs ou de renvoyer aux actes cantonaux (ATF 125 I 71 consid. 1c p. 76; 115 Ia 27 consid. 4a p. 30; 114 Ia 317 consid. 2b p. 318).

C'est à la lumière de ces principes que doivent être appréciés les moyens soulevés par l'intéressé.

2.- a) Ce dernier reproche essentiellement au Tribunal administratif de ne pas avoir tenu compte de son invalidité.
Sa mise à la retraite anticipée pour invalidité l'aurait privé des droits que le règlement et la pratique accordent

aux autres enseignants valides, à savoir de pouvoir compenser la réserve de carrière accumulée par une diminution ultérieure du nombre de périodes d'enseignement. Sa situation serait différente de celle d'un enseignant quittant son poste de plein gré. L'autorité intimée aurait adopté un comportement discriminatoire en refusant de compenser en argent l'absence de temps libre auquel il aurait pu prétendre en cas de déroulement normal de sa carrière. Il subirait ainsi une discrimination prohibée par l'art. 8 al. 2 Cst. du fait d'une déficience corporelle. Le mandat contenu à l'art. 8 al. 4 Cst. aurait également été violé.

b) Une décision viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 125 I 1 consid. 2b/aa p. 4 et la jurisprudence citée).

c) Aux termes de l'art. 8 al. 2 Cst. , nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou physique. A la différence de l'art. 8 al. 3 Cst. , le principe général de non-discrimination de l'art. 8 al. 2 Cst. ne contient pas à lui seul l'obligation de réaliser l'égalité; le législateur a uniquement reçu le mandat d'adopter des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées (art. 8 al. 4 Cst.). Un projet de loi sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées a été mis en consultation (FF 2000 3123; ATF 126 II 377 consid. 6a p. 392 et les références citées).

On est en présence d'une discrimination selon l'art. 8 al. 2 Cst. lorsqu'une personne est traitée différemment en raison de son appartenance à un groupe particulier qui, historiquement ou dans la réalité sociale actuelle, souffre d'exclusion ou de dépréciation (Jörg Paul Müller, Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, in: Ulrich Zimmerli [éd.], Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Berne 2000, p. 103 ss, p. 110). Il y a discrimination lorsqu'une personne se trouvant dans une situation similaire à une autre fait l'objet d'un traitement inégal qualifié ayant pour but ou pour effet de la défavoriser, sur la base d'un critère de distinction qui porte sur un élément essentiel de son identité ne pouvant pas ou que difficilement être modifié (Walter Kälin/Martina Caroni, Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen der ethnisch-kulturellen Herkunft, in: Walter Kälin [éd.], Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, Bâle, Genève, Munich 1999, p. 67 ss, p. 76 s.). Sont dès lors interdites les différences de traitement ayant pour base ou pour motif une caractéristique personnelle par laquelle des personnes ou
groupes de personnes se distinguent des autres (Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Volume II, Berne 2000, n. 1036 p. 507). Le principe de non-discrimination n'interdit toutefois pas toute distinction basée sur l'un des critères énumérés à l'art. 8 al. 2 Cst. , mais fonde plutôt le soupçon d'une différenciation inadmissible.
Les inégalités qui résultent d'une telle distinction doivent dès lors faire l'objet d'une justification particulière (BO CE 1998 p. 35, intervention Rhinow, rapporteur; ATF 126 II 377 consid. 6a p. 392/393 et les références citées).

c) En l'espèce, le remboursement de la réserve de carrière a été refusé au recourant parce qu'une compensation financière en cas de réserve positive ou négative de carrière en cours d'activité ou lors de la cessation de celle-ci avant la retraite n'est pas prévue par le droit genevois.
Dès lors que la décision attaquée n'a pas été prise sur la base d'un critère de l'art. 8 al. 2 Cst. - en l'occurrence l'appartenance au groupe des personnes handicapées ou invalides -, l'intéressé n'a pas été directement discriminé (cf. ATF 126 II 377 consid. 6b p. 393).

d) Reste à examiner si celui-ci a été victime d'une discrimination indirecte. Une telle discrimination existe lorsqu'une réglementation, qui ne désavantage pas directement un groupe particulier protégé par le principe de non-discrimination, défavorise tout particulièrement, par ses effets et sans justification objective, les personnes

appartenant à ce groupe (Jörg Paul Müller, Die Grundrechte in der Schweiz, Berne 1999, p. 441 ss; ATF 126 II 377 consid. 6c p. 393/394 et les références citées). En l'occurrence, le recourant ne fait pas non plus l'objet d'une discrimination indirecte, dans la mesure où le refus de compenser financièrement la réserve de carrière ne touche pas les personnes invalides ou handicapées plus sévèrement ou plus fréquemment que d'autres quittant de plein gré ou sous la contrainte de circonstances personnelles (par exemple le fonctionnaire suivant son conjoint à l'étranger qui y continue sa carrière) le service public genevois. Il ne prétend au demeurant pas le contraire. Par ailleurs, le système mis en place par le canton de Genève se justifie par la solidarité entre les générations qu'il vise à créer et le souci de décharger les enseignants plus âgés par rapport aux plus jeunes. L'autorité intimée a en
outre estimé qu'il permettait de répondre aux besoins de l'enseignement tout en préservant les intérêts de l'enseignant, ce que l'intéressé ne conteste pas.
Son grief doit dès lors être écarté.

e) Pour le surplus, le recourant ne démontre pas en quoi la situation d'un enseignant quittant son poste avant l'âge de la retraite ou choisissant une mise à la retraite anticipée serait différente de celui qui est contraint d'abandonner son poste pour cause de maladie (cf. art. 90 al. 1 lettre b OJ). La cause du départ - volontaire dans le premier, forcée dans le second cas - ne saurait à elle seule justifier un traitement différent. Le fait que l'intéressé ne puisse pas bénéficier en temps libre de la compensation de la réserve de carrière accumulée ne le désavantage pas non plus par rapport à ses anciens collègues dès lors qu'il n'est de toute façon plus au service de son employeur. Au demeurant, il n'est ni allégué ni établi qu'un horaire de travail imposé (et non choisi, comme le prévoit le système genevois) plus chargé pour les enseignants plus jeunes que pour les plus âgés serait discriminatoire. En revanche, au chapitre des mesures favorables au recourant, il convient de remarquer que le droit cantonal prévoit des mécanismes spécifiques, en particulier celui de l'indemnité remplaçant le traitement plein en cas d'absence pour maladie ou accident de l'art. 45 du règlement fixant le statut des membres du corps enseignant du
25 juillet 1979 et que le recourant en a effectivement bénéficié dès l'année scolaire 1994/1995.

Le moyen soulevé doit dès lors être rejeté dans la mesure où il est recevable.

3.- Le recourant invoque encore l'art. 35 Cst. à l'appui de ses conclusions. A la lecture du mémoire de recours, il semble toutefois ne pas accorder à ce moyen une portée indépendante de celle tirée de la violation de l'art. 8 Cst. Quoi qu'il en soit l'absence de précision quant au contenu de la violation de l'art. 35 Cst. conduit à déclarer ce moyen irrecevable conformément à l'art. 90 al. 1 lettre b OJ.

4.-Le présent recours doit ainsi être rejeté dans la mesure où il est recevable.

Succombant, le recourant doit supporter les frais judiciaires (art. 156 al. 1, 153 et 153a OJ) et n'a pas droit à des dépens (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral,

1. Rejette le recours dans la mesure où il est recevable.

2. Met un émolument judiciaire de 3'000 fr. à la charge du recourant.

3. N'alloue pas de dépens.

4. Communique le présent arrêt en copie au mandataire du recourant, au Département de l'instruction publique, direction générale de l'enseignement secondaire post-obligatoire et au Tribunal administratif du canton de Genève.

_____

Lausanne, le 29 juin 2001DCE/elo

Au nom de la IIe Cour de droit public
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le Président,

Le Greffier,