

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3443/2006-DIV

ATA/655/2007

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 18 décembre 2007

dans la cause

FONDATION DES PARKINGS

représentée par Me Benoît Carron, avocat

contre

Monsieur X_____

représenté par Me Cédric Berger, avocat

EN FAIT

1. La Fondation de droit public pour la construction et l'exploitation des parcs de stationnement (ci-après : la fondation) a engagé Monsieur X_____ en 1970 et l'a nommé directeur le 1^{er} juillet 1986.
2. Le 14 janvier 2003, le président de la fondation a informé M. X_____ de l'ouverture d'une enquête administrative à son encontre et de sa suspension provisoire. Dite décision, déclarée exécutoire nonobstant recours, a été confirmée par le Tribunal administratif le 25 février 2003 (ATA/95/2003 du 25 février 2003). Selon cet arrêt, la procédure était soumise au droit public et le statut du personnel du 12 février 1996 (ci-après : le statut) était applicable.
3. Il résulte du rapport d'enquête administrative, du 24 avril 2003, que M. X_____ avait gravement violé ses devoirs de service et de fidélité envers la fondation et que son licenciement était justifié
4. a. Par décision du 5 juin 2003 déclarée exécutoire nonobstant recours, le conseil de fondation a licencié M. X_____ avec effet rétroactif au jour de la notification de l'ouverture de l'enquête administrative. De plus, il a déposé une plainte pénale à son encontre, notamment pour gestion déloyale.
b. Saisi d'un recours, le Tribunal administratif a confirmé la décision de licenciement (ATA/37/2004 du 13 janvier 2004).

Il ressort des considérants que M. X_____ avait augmenté son salaire sans en référer à tout le moins au bureau du conseil de fondation et qu'il avait omis de signaler d'importants dépassements de crédits.

5. Par ordonnance de condamnation du 29 juillet 2005, M. X_____ a été reconnu coupable de gestion déloyale des intérêts publics au sens de l'article 314 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) et condamné à une peine de six mois d'emprisonnement, assortie du sursis avec un délai d'épreuve de quatre ans.

En substance, le juge a retenu que l'intéressé avait accompli moult actes juridiques lors de la commission de ses infractions de gestion déloyale, que ce soit notamment en octroyant des augmentations de salaire, en établissant des documents destinés au bureau ou au conseil ou encore en signant des contrats.

Le juge a aussi relevé que M. X_____ s'était dépensé sans compter dans l'intérêt de la fondation, au point, vraisemblablement, de perdre la distance nécessaire et d'estimer qu'il ne devait plus rendre de comptes aux organes de

contrôle de la fondation. Ces derniers avaient singulièrement manqué de curiosité et s'étaient montrés peu contraignants pendant des années.

Cette ordonnance est devenue définitive et exécutoire à la suite du retrait de l'opposition formée par M. X_____.

6. Le 21 septembre 2006, la fondation a déposé une action pécuniaire auprès du Tribunal administratif concluant à ce que M. X_____ soit condamné à rembourser la somme de CHF 504'037,80, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 1998. Au cours des années, M. X_____ avait augmenté son salaire, passant de la classe 26 à laquelle il avait droit, à la classe 33 position 13, selon le tableau suivant :

| Année | Classe de fonction | Salaire touché | Salaire statutaire |
|------------------------------|--------------------|----------------|--------------------|
| 1994 | 28 annuité 12 | 179'961,10 | 155'978.- |
| 1995 | 28 annuité 13 | 188'096,10 | 157'549.- |
| 1996 | 28 annuité 15 | 192'873,40 | 157'549.- |
| 1997 | 28 annuité 17 | 196'262,10 | 157'549.- |
| 1998 | 28 annuité 18 | 203'039,40 | 157'549.- |
| 1999 | 28 annuité 19 | 206'428,10 | 157'549.- |
| 2000 | 33 annuité 10 | 224'467,90 | 157'990.- |
| 2001 | 33 annuité 11 | 225'373,20 | 160'102.- |
| 2002 (1 ^{er} sem.) | 33 annuité 12 | 234'988,40/2 | 81'299.- |
| 2002 (2 ^{ème} sem.) | 33 annuité 13 | 234'988,40/2 | 82'021,50 |
| TOTAL | | 1'851'489,70 | 1'425'135,50 |
| Trop perçu | | | 426'354,20 |

A ce trop-perçu de CHF 426'354,20, il fallait ajouter les charges sociales prises en charge par l'employeur. La caisse de prévoyance du personnel enseignant de l'instruction publique et des fonctionnaires de l'administration du canton de Genève (ci-après : la CIA) avait calculé que ce montant ascendait à CHF 54'234,10, soit CHF 25'701,75 pour la part employeur des cotisations et CHF 28'532,35 pour le rappel de la part employeur. En ce qui concernait l'AVS-AI, la part patronale représentait le 5,5 % des prestations versées indûment.

La responsabilité des fonctionnaires envers leur employeur devait être analysée au regard des articles 41 et suivants de la loi fédérale complétant le code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations (CO - RS 220) en ce qui concernait la responsabilité délictuelle. Les conditions étaient remplies en l'espèce.

S'agissant de la responsabilité contractuelle, l'article 61 CO était applicable à titre de droit public supplétif. M. X_____ s'était accordé sans droit un salaire supérieur à celui convenu et avait dissimulé ce fait au conseil de fondation.

7. Le 27 octobre 2006, M. X_____ s'est opposé à la demande et a formé une demande reconventionnelle.

Le Tribunal administratif n'était pas lié par les considérants de ses derniers arrêts et la relation contractuelle n'était pas régie par le droit public. Les statuts de 1996 n'étaient jamais entrés en vigueur et aucun autre texte n'était applicable à son cas.

Dès lors que seul le droit civil s'appliquait et que la fondation agissait comme un propriétaire défendant son patrimoine financier, le litige était soumis aux règles ordinaires du droit privé. La voie de l'action de droit administratif n'était donc pas ouverte, en tout cas pas avant le 14 juillet 2001, date de l'entrée en vigueur de la loi sur la gestion des parkings de l'Etat du 17 mai 2001, rebaptisée depuis lors loi sur la Fondation des parkings (LFP - H 1 13).

Le Tribunal administratif n'était pas non plus lié par l'ordonnance de condamnation. M. X_____ n'avait violé aucune norme juridique ou obligation contractuelle dans la mesure où la compétence de fixer les salaires avait été attribuée au conseil de fondation à partir de 2001 seulement, alors qu'elle incombait à la direction jusque là. La méthode de M. X_____ pour fixer les salaires n'était pas arbitraire et la masse salariale, jamais contestée, figurait régulièrement dans la présentation annuelle du budget.

L'évaluation du dommage effectué par la demanderesse était inexacte. Il y avait lieu de comparer le salaire de M. X_____ avec celui du directeur actuel : la différence était minime, ce dernier étant colloqué en classe 30.

La demanderesse n'avait pas non plus tenu compte, dans les montants indiqués, des primes perçues par M. X_____ et des montants touchés pour frais exposés. Si l'on déduisait ces montants, le prétendu dommage de la fondation ascenderait à CHF 226'372,80.

En ce qui concernait les primes, la part employeur et les rattrapages LPP et AVS, il y avait lieu d'appliquer l'article 44 CO. Ce dernier permettait de diminuer, voire de ne pas réparer le dommage lorsque les faits dont la partie lésée était responsable avaient contribué à le créer ou à l'augmenter.

Le conseil de fondation n'avait pas été attentif et ce manque de vigilance était manifestement pour beaucoup à l'origine du dommage, surtout pour ce qui était des charges sociales.

S'agissant des actions en matière de responsabilité contractuelle, elles se prescrivaient par dix ans et les revendications concernant les années 1994 et 1995 ne pouvaient donc plus être formées.

Dans le cadre de la demande reconventionnelle, M. X_____ a conclu à ce que les heures supplémentaires qu'il avait effectuées lui soient payées. Entre 1994 et 2002, il y en avait eu approximativement 4'140, au salaire horaire moyen de CHF 98,90, ce qui représentait une somme de CHF 409'466.-, à majorer d'un quart, selon l'article 321c alinéa 3 CO.

Enfin, il n'avait pas pu bénéficier de 150 jours de vacances, ce qui représentait une somme de CHF 111'429,50.

8. Le 4 décembre 2006, la fondation a répliqué et répondu à la demande reconventionnelle.

Dès lors que la relation de travail était soumise au droit public, le Tribunal administratif était compétent pour connaître de la demande, en application de l'article 56 g loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ - RS 173.110). Contrairement à ce qu'affirmait le défendeur, la fixation des salaires n'avait jamais été déléguée au directeur ; seul le conseil de fondation pouvait agir dans ce domaine. Quant aux prétentions de la fondation, elles n'étaient pas prescrites, puisqu'elle s'était constituée partie civile le 30 juillet 2003, dans le cadre de la procédure pénale, et que cet acte interrompait la prescription.

En revanche, la demande reconventionnelle était largement prescrite et mal fondée.

S'agissant des heures supplémentaires, M. X_____ se basait sur les déclarations de complaisance d'une collaboratrice, arrachées dans le bureau du juge d'instruction. Aucun document de la fondation ne venait étayer de telles heures supplémentaires.

Quant aux 150 jours de vacances, ils représentaient la totalité du droit aux vacances du défendeur pendant une période de six ans. Il n'était tout simplement pas crédible lorsqu'il soutenait ne pas avoir pris de vacances du tout entre le début de l'année 1997 et la fin de son contrat. A cet égard, l'article 20 des statuts stipulait que les vacances devaient être prises en totalité dans l'année pour laquelle elles étaient accordées, sauf en cas de besoins contraires du service. Dans cette hypothèse, le report ne pouvait pas se faire sur plus d'une année.

En tout état, ces demandes étaient prescrites pour tous les éléments antérieurs au 27 octobre 2001, en application de l'article 128 chiffre 3 CO. Quant aux éventuelles heures supplémentaires effectuées par l'intéressé, la fondation a relevé qu'en ayant touché son salaire entre le 14 janvier 2003, date de sa suspension, et le 10 juin 2003, date de la résiliation de son contrat, celles-ci étaient largement compensées.

9. Le 1^{er} février 2007, M. X_____ a maintenu sa position. La preuve stricte des heures supplémentaires effectuées était très difficile à apporter et ne pouvait dès lors être exigée. Si l'employeur laissait le travailleur accomplir à son su et sans rien dire de telles heures, ce dernier pouvait déduire de ce silence que ces heures étaient approuvées.

Les jours de vacances qu'il n'avait pas pris se fondaient sur des indications détaillées et sur le témoignage d'une collaboratrice. Les statuts sur lesquels se fondait la fondation n'étaient pas entrés en vigueur et la prescription du droit aux vacances ne devait pas être examinée à l'aune de l'article 329c alinéa 1 CO, qui prévoyait une prescription par cinq ans.

En tout état, M. X_____ avait réclamé le paiement de ses heures supplémentaires à moult reprises. Il avait démontré par là qu'il n'entendait pas y renoncer.

10. Le Tribunal administratif a ordonné des enquêtes le 11 juin 2007.
- a. M. X_____ a versé à la procédure une pièce intitulée « situation des vacances », datée du 4 juin 2002, dont il ressort qu'au 1er janvier 2002, il avait un droit aux vacances de 1'128 heures et, au 31 mai 2002, ce droit était de 1'240 heures.
- b. Madame J_____, employée de la fondation a été entendue à titre de renseignement. Elle a confirmé ses déclarations faites devant le juge d'instruction. M. X_____ avait régulièrement accompli des heures supplémentaires. Il en allait de même pour elle, mais la fondation ne l'avait jamais payée pour cela. M. X_____, contrairement à elle, n'était pas soumis au contrôle du temps de présence.
- Elle a confirmé que M. X_____ avait un crédit de vacances à son actif.
- La pièce intitulée « situation des vacances » était remise à tous les collaborateurs, y compris à M. X_____.
- c. Monsieur S_____, ingénieur à la fondation, a aussi été entendu à titre de renseignement. Il a indiqué que M. X_____ avait effectué de nombreuses heures supplémentaires et que ces dernières n'avaient pas été enregistrées. Il ne savait pas si M. X_____ avait un solde de vacances au moment où il avait quitté la

fondation. Personnellement, il en avait un. Depuis le départ de M. X_____, il y avait beaucoup plus de cadres travaillant pour la fondation.

Son salaire, à l'époque, avait été fixé par M. X_____, en fonction du travail accompli.

Le décompte de vacances était tenu par Mme J_____.

11. Le 2 juillet 2007, la fondation a maintenu ses conclusions.

S'agissant du document « situation de vacances » produit par M. X_____, elle a confirmé qu'il figurait dans le dossier personnel de l'intéressé.

Selon les contrôles effectués par la société gérant la timbreuse, installée début 2001, l'intéressé avait un total de 131 jours de vacances à prendre au 1^{er} janvier 2001, alors qu'il y en avait eu cinquante jusqu'en 1997. Les données entre 1997 et 2000 avaient disparu. Toutefois, si l'on se référait aux chiffres accumulés de 1997 à 2000, M. X_____ n'aurait pas pris un seul jour de vacances pendant cette période, ce qui était impossible. Ce décompte devait donc tenir compte aussi des heures supplémentaires prétendument effectuées sans contrôle. En tout état, l'essentiel de ces heures supplémentaires et/ou de ces jours de vacances non pris avait été effectué plus de cinq ans avant le dépôt de la demande.

En tout état, M. X_____ avait perçu son salaire entre sa mise à pied, le 13 janvier 2003 et son licenciement, prononcé au mois de juin 2003.

12. Le 30 juillet 2007, M. X_____ a aussi campé sur sa position. Il n'avait pas droit à 25 jours, mais à 30 jours de vacances par année. Les jours fériés durant lesquels il avait travaillé entre 1997 et 2001 avaient été reportés sur le solde de vacances à prendre. Dès lors, il avait bel et bien pris 43 jours de vacances en quatre ans. Il était douteux que la règle selon laquelle les 80 premières heures supplémentaires soient offertes à la collectivité s'appliquât au cas d'espèce, même dans l'hypothèse d'une relation soumise au droit public. De plus, la fondation s'appuyait aussi à tort sur l'article 125 alinéa 3 CO, ce dernier ne s'appliquant que si les relations ressortaient au droit public.

EN DROIT

SUR LA RECEVABILITÉ

1. a. Selon l'article 56G LOJ, le Tribunal administratif, siégeant au nombre de 5 juges, connaît en instance unique des actions relatives à des prétentions de nature pécuniaire fondées sur le droit public cantonal, de même que sur la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes, qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision au sens de l'article 56A, alinéa 2 LOJ et qui découlent

notamment des rapports entre l'Etat, les communes, les autres corporations et établissements de droit public et leurs agents publics.

b. 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 ou de prestations d'assurance. Rentrent aussi dans cette catégorie les droits qui sont étroitement liés à un rapport juridique appréciable en argent. Le Tribunal administratif est par exemple compétent pour statuer sur une demande en paiement de la réparation financière de désavantages que le fonctionnaire a subis en raison d'une clause illicite de traitement contenue dans l'acte d'engagement (Arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 1987, publié in SJ 1988 p. 292) ou encore une demande de versement d'une allocation complémentaire de vie chère (ATA T. du 26 novembre 1974).

c. Tant la prétention de la fondation que la demande reconventionnelle de M. X_____ - dont les rapports de service ont été résiliés et qui conclut au versement d'une somme d'argent en compensation d'heures supplémentaires et de vacances non prises pendant son service - peuvent a priori faire l'objet d'une telle action (ATA/683/2002 du 12 novembre 2002 ; R. du 13 février 1985 a contrario).

2. a. Pour qu'une action pécuniaire soit recevable par le Tribunal administratif, elle doit de plus être soumise au droit public cantonal.

b. Le 25 octobre 1968, le Grand-Conseil a adopté la loi concernant la fondation de droit public pour la construction et l'exploitation de parcs de stationnement (aLFP) et approuvé les statuts qui y étaient annexés. L'article 13 alinéa 2 lettre c de ces derniers stipule que le conseil de fondation est chargé de nommer, rétribuer et révoquer le personnel administratif qui lui est nécessaire. Le deuxième alinéa de cette lettre précise que le personnel, à l'exception des employés du secrétariat du conseil, est engagé en vertu d'un contrat de droit privé. L'article 31 des statuts indique que toute modification de ces derniers doit être soumise, sur proposition du Conseil d'Etat, à l'approbation du Grand-Conseil.

Cette loi n'a pas été modifiée et est restée en vigueur jusqu'à son abrogation lors de l'adoption par le Grand-Conseil de la LFP. L'article 21 alinéa 1 LFP précise que les employés sont liés à la fondation par le biais d'un rapport de droit public.

c. Il ressort également de la lettre d'engagement adressée à M. X_____ par le président de la fondation le 1^{er} avril 1986 que l'intéressé ne bénéficie pas, ni d'ailleurs le reste du personnel de la fondation, du statut de fonctionnaire et que son contrat de travail est régi par les dispositions du CO.

- d. Au vu de ce qui précède, la relation liant M. X_____ à la fondation avant l'entrée en vigueur de la LFP ressortait exclusivement au droit privé. Par conséquent, tant la demande principale que la demande reconventionnelle sont irrecevables en ce qu'elles concernent des faits antérieurs au 14 juillet 2001.
- e. Le Tribunal administratif relèvera que cette conclusion n'est pas contraire aux constatations faites dans l'ATA/95/2003 susmentionné. Dans ce dernier, tout comme dans l'ATA/37/2004 également précité, il a été dit que les procédures d'enquête administrative et de licenciement étaient soumises au droit public et que la relation de travail entre M. X_____ et la fondation était régie par le statut du personnel de 1996 ; la question de la soumission au droit public de cette relation de travail entre le moment de l'adoption dudit statut et celui de la LFP n'avait pas à être tranchée.
3. a. Sous réserve de la prescription ou de la péremption du droit invoqué, l'action n'est subordonnée à aucun délai. Par analogie avec l'article 128 chiffre 3 CO, elle se prescrit par cinq ans (ATA/180/2003 du 1er avril 2003).
- b. La prescription court dès que la créance est devenue exigible (art. 130 al. 1 CO).
- c. Selon la doctrine, l'administré interrompt la prescription par toute intervention auprès de l'autorité compétente tendant à faire reconnaître ses droits. Il s'agit de tout acte propre à faire admettre la prétention en question, visant à l'avancement de la procédure et accompli dans une forme adéquate (ATF 124 II 543 ; ATA/745/1997 du 2 décembre 1997 ; P. MOOR, Droit administratif: les actes administratifs et leur contrôle, vol. II, Berne 2002, p. 86).
- d. En l'espèce, M. X_____ sollicite le paiement des heures supplémentaires qu'il a effectuées et des vacances dont il n'aurait pas bénéficié entre 1994 et 2002. Il en a réclamé le versement la première fois lors du dépôt de la demande reconventionnelle, le 27 octobre 2006. A cette date, la créance de M. X_____ relative à des heures supplémentaires et des vacances antérieures au 27 octobre 2001 était prescrite. De plus, si l'intéressé prétend avoir démontré à de multiples reprises sa volonté d'obtenir le paiement des heures supplémentaires et des vacances, cette affirmation n'est étayée par aucun document. Bien au contraire, la pièce à laquelle il se réfère, soit une lettre qu'il a adressée au président de la fondation le 8 janvier 2003, indique qu'il « (peut) également relever que jusqu'à ce jour, les heures supplémentaires des membres de la direction ne sont pas rétribuées, contrairement à ce qui se pratique à l'Etat ». Une telle phrase ne peut pas être considérée comme une revendication de paiement.
4. Au vu de ce qui précède, le Tribunal administratif admettra que la demande principale est irrecevable pour ce qui concerne les faits antérieurs au 14 juillet 2001, ces derniers n'étant pas soumis au droit public.

La demande reconventionnelle, quant à elle, est irrecevable en tant qu'elle vise les heures supplémentaires et les vacances non prises antérieures au 27 octobre 2001.

Pour le surplus, les deux demandes sont recevables.

SUR LE FOND DE LA DEMANDE PRINCIPALE

5. a. Selon la doctrine et la jurisprudence, la responsabilité d'un agent public qui a créé un dommage à son employeur par la violation de ses obligations de service doit être examinée exclusivement sous l'angle du droit public. Si l'acte ayant causé le dommage est de plus un acte illicite, les articles 41 et suivants CO seront déterminants en concours (ATF 50 II 375 ; ATF 71 II 225 ; P. MOOR, Droit administratif, vol. III, p. 245 ad n° 5.3.7.2).

b. En l'espèce, ni le statut du personnel de la fondation, version 1996, ni la LFP, ni encore les statuts de la fondation dans leur version de 2001 ne contiennent de dispositions relatives à la responsabilité des employés pour les dommages causés à leur employeur. Partant, la responsabilité contractuelle de M. X_____ doit être analysée sous l'angle des dispositions du CO, appliqué en tant que droit public supplétif, la responsabilité délictuelle devant, quant à elle, être analysée directement à l'aune de l'article 41 CO.

6. a. Selon l'article 41 CO, celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence est tenu de le réparer.

Dès lors que M. X_____ a été condamné, par ordonnance de condamnation, pour gestion déloyale des intérêts publics, l'existence d'un acte illicite doit être admise.

b. En ce qui concerne la responsabilité contractuelle, l'article 321e CO prévoit que le travailleur répond du dommage qu'il cause à son employeur intentionnellement ou par négligence.

En l'espèce, il sied de relever que, selon l'ensemble des textes ayant régi la relation de travail entre M. X_____ et la fondation, le conseil de celle-ci était seul compétent pour fixer le salaire du personnel. En s'arrogeant cette compétence, M. X_____ n'a pas respecté le devoir de fidélité qu'il devait à son employeur et, en conséquence, il a violé ses obligations contractuelles. Partant, sa responsabilité est aussi engagée de ce chef.

7. Pour déterminer le dommage, il est nécessaire de comparer la rémunération que M. X_____ aurait reçue si les termes du contrat avaient été respectés et celle qu'il a effectivement perçue. A cet égard, la comparaison avec la rémunération de

son successeur n'est pas pertinente, les conditions d'engagement de ce dernier n'étant pas identiques aux siennes.

Selon ses propres dires, non contestés par la fondation, M. X_____ a perçu, en 2001, un salaire annuel de CHF 202'036,80, une prime de fidélité de CHF 16'836,40 et une indemnité pour frais de voiture de CHF 6'500.-. En 2002, son salaire s'est élevé à CHF 210'122,50, sa prime de fidélité à CHF 17'462,40 et son indemnité pour frais de voiture à CHF 6'500.-.

D'autre part, la fondation indique que le salaire statutaire que M. X_____ aurait dû percevoir ascendait à CHF 160'102.- pour l'année 2001, et à CHF 163'320,50 pour l'année 2002, ce qui correspond à la classe 26, position 15 de l'échelle des traitements de l'Etat. Ces chiffres n'ont pas été contestés en tant que tels par le défendeur.

M. X_____ relève en revanche à juste titre qu'il y a lieu d'ajouter au salaire qu'il aurait dû percevoir la prime de fidélité, égale à un salaire mensuel, dès lors que la relation de travail a duré plus de vingt-deux ans. De même, l'indemnité pour frais de véhicule, dont la demanderesse ne soutient pas qu'elle ne serait pas due, doit être ajoutée à son salaire.

Au vu de ce qui précède, la détermination du dommage se présente comme suit :

| | 2001 | 2002 |
|---|-------------------|-------------------|
| revenu effectif | 202'036,80 | 210'122,50 |
| prime fidélité | 16'836,40 | 17'462,40 |
| Voiture | 6'500.- | 6'500.- |
| Total | 225'373,20 | 234'084,90 |
| revenu statutaire | 160'102.- | 163'320,50 |
| prime fidélité | 13'341,83 | 13'610,04 |
| Voiture | 6'500.- | 6'500.- |
| Total | 179'943,83 | 183'430,54 |
| trop perçu | 45'429,37 | 50'654,36 |
| période du 14 juillet 2001 au 31 décembre 2001 (45'429,37/365*169) | 21'034,42 | |

La somme due au titre de trop-perçu, est ainsi de CHF 71'688,78 pour la période allant du 14 juillet 2001 au 31 décembre 2002.

8. La fondation demande de plus que le montant des prestations sociales versé en trop à la CIA, fixé par cette dernière à CHF 54'134,10 pour la période allant de 1994 à 2002, soit intégré dans le dommage, de même que 5,5% du salaire versé au titre de la part employeur des cotisations AVS-AI-LAA.

Sur cet élément du dommage, M. X_____ demande qu'il soit fait application de l'article 44 alinéa 1 CO, s'agissant de la responsabilité délictuelle, et procédé par renvoi de l'article 99 alinéa 3 CO pour la responsabilité contractuelle.

Selon cette disposition, le juge peut réduire les dommages et intérêts ou même n'en point allouer du tout lorsque la partie lésée a consenti au préjudice ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à le créer, à l'augmenter ou lorsque ceux-ci ont aggravé la situation du débiteur.

Pour M. X_____, la faute de la fondation consiste en l'apathie du conseil de cette dernière face à la problématique « salaire ». Il ne peut toutefois pas être suivi sur ce point. En effet, il ressort de la procédure que si le conseil de fondation aurait certes pu se montrer plus incisif, notamment au sujet du contrôle des salaires, il appartenait prioritairement au défendeur de remplir un devoir d'information général vis-à-vis de son employeur. En ne fournissant pas de renseignements précis sur l'évolution de son salaire, il a failli à cette tâche.

b. La somme réclamée dans la demande initiale au titre de la prévoyance professionnelle s'élève à CHF 54'234,120, ce qui représente les 12,7% du trop-perçu en CHF 420'454,20. Ce poste sera donc admis à hauteur des 12,7% (prévoyance professionnelle) et des 5,5% (AVS-AI-LAA) du trop-perçu calculé au considérant 6, soit CHF 9'104,50 et CHF 3'942,90.

9. Au vu de ce qui précède, la demande principale sera partiellement admise à hauteur de CHF 84'736,20. Ce montant portera intérêt à 5% l'an dès le 8 avril 2002, soit la date moyenne de la période pour laquelle cette prétention est admise.

SUR LE FOND DE LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE

10. M. X_____ conclut reconventionnellement à ce qu'une somme de CHF 511'807,50 lui soit versée au titre des heures supplémentaires non rémunérées et CHF 111'429,50 au titre des vacances non prises, pour la période allant dans les deux cas de 1994 à 2002.

Toutefois, selon les décomptes de vacances versés à la procédure, M. X_____, qui avait droit à 30 jours de vacances par année, en a pris 25 en 2001 et 20 en 2002.

En ce qui concerne les heures supplémentaires, le défendeur allègue qu'il en faisait en moyenne dix par semaine. Dès lors que sa demande reconventionnelle est prescrite pour les faits antérieurs au 27 octobre 2001, la période que peut retenir le Tribunal administratif est de 61 semaines, soit 610 heures, correspondant à un peu plus de 15 semaines de travail.

Le Tribunal administratif constate que, dans l'hypothèse la plus favorable à M. X_____, les heures supplémentaires et les vacances non prises pendant la période pertinente sont d'une durée inférieure à la période pendant laquelle il a été rémunéré sans travailler, soit entre le 13 janvier 2003, date de sa mise à pied et le 10 juin 2003, date de la résiliation de son contrat (ATA/848/2005 du 13 janvier 2005).

Partant, la demande reconventionnelle doit être rejetée.

11. Au vu de ce qui précède, le Tribunal administratif admettra partiellement la demande principale, dans la mesure où elle est recevable, à hauteur de CHF 84'736,20, avec intérêt à 5% dès le 8 avril 2002. La demande reconventionnelle sera intégralement rejetée, dans la mesure où elle est recevable.

Un émolument de CHF 2000.- sera mis à la charge de M. X_____ et un autre, de CHF 1'000.- à la charge de la fondation des parkings (art. 87 LPA). En revanche, aucune indemnité ne sera allouée aux parties, qui ont toutes deux vu leur prétentions partiellement ou entièrement rejetées.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

admet partiellement la demande principale à hauteur de CHF 84'736,20, avec intérêt à 5% dès le 8 avril 2002 dans la mesure où elle est recevable ;

rejette la demande reconventionnelle dans la mesure où elle est recevable ;

met un émolument de CHF 2000.- à la charge de Monsieur X_____ ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge de la Fondation des parkings ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnités aux parties ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public, s'il porte sur les rapports de travail entre les parties et que la valeur litigieuse n'est pas inférieure à CHF 15'000.- ;

- par la voie du recours en matière de droit public, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- et que la contestation porte sur une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les articles 113 et suivants LTF, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- ;

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Me Benoît Carron, avocat de la fondation des parkings ainsi qu'à Me Cédric Berger, avocat de Monsieur X_____.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. a.i. :

P. Pensa

la vice-présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :