

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/5011/2017-ABST

ACST/16/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre constitutionnelle

Arrêt du 28 juin 2018

dans la cause

Madame A _____

et

Monsieur B _____

et

Monsieur C _____

et

Monsieur D _____

et

Monsieur E _____

et

Monsieur F _____

et

Monsieur G _____

et

Monsieur H _____

et

Monsieur I _____

représentés par Me Romain Jordan, avocat

contre

GRAND CONSEIL

EN FAIT

- 1) Madame A_____, Messieurs B_____, C_____, D_____, E_____, F_____, G_____, H_____ et I_____ sont membres du personnel des services industriels de Genève (ci-après : SIG). Mme A_____ et MM. B_____, E_____ et I_____ sont au surplus représentants du personnel au sein du conseil d'administration des SIG.
- 2) a. Le 15 juin 2010, le Conseil d'État a déposé auprès du Grand Conseil le projet de loi (ci-après : PL) 10679 sur l'organisation des institutions de droit public, dont l'art. 39 al. 4 prévoyait que le représentant du personnel n'était pas rémunéré mais recevait une décharge en temps afin de préparer les séances du conseil d'administration.

b. Selon l'exposé des motifs y relatif, dès lors que le représentant du personnel était nécessairement membre de l'institution, il recevait son salaire en cette qualité et il n'y avait ainsi pas de raison qu'il soit rémunéré de manière supplémentaire. Toutefois, afin de lui permettre d'exercer correctement ses devoirs, une décharge en temps était prévue (exposé des motifs relatif au PL 10679, p. 84).
- 3) Lors des travaux de la commission législative chargée d'étudier le PL (ci-après : la commission), la teneur initiale de l'art. 39 al. 4 du PL 10679 a été modifiée afin de préciser que le représentant du personnel recevait une décharge en temps non seulement pour préparer les séances du conseil, mais également y participer. Le contenu de cette disposition a finalement été repris à l'art. 22 al. 2 du PL 10679.
- 4) Lors de sa séance du 18 novembre 2011, le Grand Conseil a adopté la loi 10679, y compris son art. 22 al. 2 tel qu'issu des travaux en commission.
- 5) À la suite d'une demande de référendum, la loi 10679 a été soumise au vote du corps électoral genevois le 17 juin 2012, qui l'a refusée à 55.9 %.
- 6) a. Le 14 février 2014, le Conseil d'État a déposé auprès du Grand Conseil le PL 11391 sur l'organisation des institutions de droit public, dont l'art. 22 al. 2 avait la même teneur que l'art. 22 al. 2 de la loi 10679.

b. Selon l'exposé des motifs y relatif, dès lors que le représentant du personnel devait nécessairement être membre de l'institution, il recevait son salaire comme collaborateur de celle-ci. Il n'y avait donc pas de raison de le rémunérer de manière supplémentaire. Toutefois, afin de lui permettre d'exercer correctement ses devoirs, une décharge en temps était prévue (exposé des motifs relatif au PL 11391, p. 54).

- 7) Le 13 mars 2014, le Grand Conseil a renvoyé sans débat le PL 11391 à la commission.
- 8) a. Le 27 septembre 2016, la commission a rendu son rapport concernant le PL 11391-A, laissant l'art. 22 al. 2 inchangé.
- b. Durant ses travaux, la commission a procédé à plusieurs auditions, en particulier celle, le 24 avril 2015, de MM. C_____, président de l'Intersyndicale des SIG, B_____, représentant du personnel aux SIG, E_____, président de l'association du personnel de la Ville de Genève et des SIG, et G_____, président du syndicat des employés d'administration, ainsi que de Monsieur J_____, président du syndicat chrétien des SIG. Il en ressortait que la règle relative à la rémunération des représentants du personnel devait être modifiée, dès lors que les différences de rémunération, telles que résultant de l'art. 22 al. 2 du PL 11391, étaient contraires au principe d'égalité de traitement ainsi qu'à la liberté syndicale. En l'état, les représentants du personnel des SIG percevaient un forfait annuel de CHF 5'000.-, auquel s'ajoutaient des jetons de présence de CHF 500.- par séance, la durée moyenne d'une séance étant de quatre heures (p. 6 s du rapport).
- c. Une députée a proposé un amendement à l'art. 22 al. 2 du PL 11391, selon lequel les représentants du personnel pouvaient être rémunérés ou recevoir une décharge en temps afin de préparer les séances du conseil d'administration et d'y participer, indiquant ainsi répondre aux préoccupations des syndicats auditionnés par la commission. Cet amendement a été accepté en deuxième débat (p. 27 du rapport). Lors du troisième débat, un amendement visant à revenir au libellé initial de l'art. 22 al. 2 du PL 11391 a toutefois été accepté (p. 49 du rapport).
- d. Selon le rapport de la première minorité, la pratique des décharges en temps n'était pas d'un usage aisé et s'appliquait plus facilement lorsque la personne devant en bénéficier exerçait des tâches ne pouvant faire l'objet d'un report d'échéance. Ce qui était accompli en son absence ne venait ainsi pas s'ajouter à sa masse de travail. Dans les cas d'activités en flux tendu ou en situation de surcharge avérée, la récupération du temps en décharge était impossible ou générait une accélération du rythme de travail, voire la production d'heures supplémentaires, ce qui était préjudiciable non seulement au collaborateur, mais également à l'organisation du travail. Il allait de soi qu'il ne pouvait être question d'une double rémunération, mais bien d'une alternative. C'est pourquoi il convenait de conserver la possibilité de choisir le mode de compensation le mieux adapté à la situation du collaborateur (p. 224 s du rapport).
- 9) Lors de sa séance du 14 octobre 2016, le Grand Conseil a renvoyé le PL 11391 en commission.

- 10) a. Le 28 février 2017, la commission a rendu son rapport concernant le PL 11391-B, l'art. 22 al. 2 ayant fait l'objet d'un nouvel amendement qui prévoyait que le représentant du personnel pouvait être rémunéré ou recevoir une décharge en temps afin de préparer les séances du conseil d'administration et d'y participer.
- b. La députée ayant présenté cet amendement indiquait qu'il s'agissait d'un système alternatif, qui ne concernait que les membres du conseil d'administration qui représentaient le personnel, un cumul de jetons de présence et de décharge en temps n'étant pas possible. Un autre député relevait que la nature de la fonction de membre élu par le personnel était ambiguë, et qu'il fallait déterminer si cette activité devait être considérée comme du temps de travail dans l'institution, auquel cas la personne devait bénéficier d'une rémunération, et non d'une décharge en temps. Une autre députée indiquait que la fonction de membre élu par le personnel était une tâche supplémentaire, qui n'entraînait pas dans le cahier des charges d'un employé (rapport, p. 21 s).
- 11) Lors de sa séance des 6 et 7 avril 2017, le Grand Conseil a renvoyé le PL 11391 en commission.
- 12) Le 4 septembre 2017, la commission a rendu son rapport s'agissant du PL 11391-C, maintenant l'art. 22 al. 2 inchangé.
- 13) Le 22 septembre 2017, le Grand Conseil a adopté la loi 11391 sur l'organisation des institutions de droit public (LOIDP - A 2 24), dont l'art. 22 a la teneur suivante :

« Art. 22 Rémunération

¹Le Conseil d'État détermine, par voie réglementaire, le montant et les modalités de la rémunération des membres du conseil, conformément aux principes de rémunération de la fonction publique et en respectant le principe d'égalité de traitement. Le montant de la rémunération de chaque membre du conseil, y compris de toutes éventuelles indemnités forfaitaires pour frais, est public. La rémunération ne peut dépasser pro rata temporis toutes indemnités comprises le maximum de la classe 33 annuité 22 de la loi concernant le traitement et les diverses prestations allouées aux membres du personnel de l'État, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers, du 21 décembre 1973.

²Le représentant du personnel, s'il existe, peut être rémunéré ou recevoir une décharge en temps afin de préparer les séances du conseil et d'y participer.

³Lorsque des membres du conseil siègent, à titre de représentants de l'institution, dans d'autres institutions publiques ou privées, ladite rémunération est publique. Elle est reversée à l'institution, pour éviter une double rémunération. »

- 14) Par arrêté du 15 novembre 2017, publié dans la FAO du 17 novembre 2017, le Conseil d'État a promulgué la LOIDP pour être exécutoire dans tout le canton dès le lendemain de sa publication, son entrée en vigueur devant être fixée ultérieurement.

- 15) Le 14 décembre 2017, trois employés de l'aéroport international de Genève (ci-après : AIG) ont recouru auprès de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (ci-après : la chambre constitutionnelle) contre l'art. 22 al. 2 LOIDP, la cause ayant été enregistrée sous le n° A/4939/2017.
- 16) Par acte expédié le 18 décembre 2017, Mme A_____ et MM. B_____, C_____, D_____, E_____, F_____, G_____, H_____ et I_____ (ci-après : les recourants) ont également recouru auprès de la chambre constitutionnelle contre l'art. 22 al. 2 LOIDP, concluant à son annulation, subsidiairement à son interprétation conforme ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

L'art. 22 al. 2 LOIDP consacrait une violation du principe d'égalité de traitement, dès lors qu'il traitait de manière différente, en termes de rémunération, les membres du conseil d'administration intervenant en qualité de représentants du personnel des autres membres du même conseil, alors que leurs prérogatives et leurs responsabilités étaient identiques. Le simple fait que les représentants du personnel étaient membres de l'institution en cause et qu'ils percevaient un salaire comme collaborateurs de celle-ci ne pouvait justifier l'application de règles particulières, dès lors que leur fonction au sein du conseil d'administration constituait une activité supplémentaire, qui n'entraînait pas dans leur cahier des charges. En outre, une décharge en temps revenait à considérer que les heures passées à la préparation des séances du conseil d'administration et à la participation à celles-ci avaient plus ou moins de valeur en fonction du poste occupé par ledit membre au sein de l'institution, un membre du personnel occupant un poste de directeur se voyant gratifier de manière plus importante que celui occupant un poste hiérarchiquement inférieur, pour une activité identique. En tout état de cause, le texte de l'art. 22 al. 2 LOIDP, qui laissait une marge de manœuvre au Conseil d'État en vue de son application, devait être interprété dans le sens où il permettait aux représentants du personnel de choisir eux-mêmes de percevoir une rémunération ou de recevoir une décharge en temps.

L'art. 22 al. 2 LOIDP n'était pas non plus conforme à la loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993 (loi sur la participation - RS 822.14), qui s'appliquait aux entreprises d'économie mixte, en tant qu'il permettait au Conseil d'État de supprimer la rémunération des représentants du personnel et d'exiger de ceux-ci qu'ils exercent leur mandat durant les heures de travail. Il défavorisait également les représentants du personnel contraints d'accomplir leur mandat sur leur temps de travail sans rémunération supplémentaire, ce qui aurait un effet dissuasif sur leur volonté de s'engager pour un mandat de ce type.

La disposition litigieuse était également contraire à la liberté syndicale. D'une part, elle imposait des restrictions à l'indépendance des membres du conseil, ce qui revenait à traiter différemment les représentants du personnel des

autres membres du conseil, sur la seule base de leur appartenance au personnel et en raison d'une démarche d'ordre syndical. D'autre part, le parlement n'avait pas respecté le droit d'être entendu des représentants du personnel, lesquels n'avaient pas été informés ni formellement interpellés, alors même qu'ils étaient directement concernés par la modification législative en cause.

- 17) Le 7 février 2018, le Grand Conseil a répondu au recours, concluant préalablement à ce que la cause soit jointe à la n° A/4939/2017 et principalement à son rejet.

La situation des représentants du personnel était différente de celle des autres membres du conseil d'administration, dès lors qu'ils n'étaient pas des administrateurs externes, mais étaient élus en leur qualité de collaborateurs de l'institution afin de défendre les intérêts communs des travailleurs, ce qui justifiait l'existence d'un traitement différent. Dès lors que le représentant du personnel était membre de l'institution, il recevait son salaire comme collaborateur de celle-ci et n'avait pas à être rémunéré de manière supplémentaire, sauf à exercer son mandat en dehors des heures de travail. En revanche, afin de lui permettre d'exercer correctement ses devoirs, une décharge en temps était prévue, qui n'exigeait au demeurant aucune comparaison entre les salaires perçus et constituait une modalité permettant de libérer l'employé afin qu'il puisse exécuter correctement son mandat dans le cadre de son travail. En réalité, les recourants critiquaient davantage l'absence de choix offert aux représentants du personnel que la violation du principe d'égalité de traitement.

Dès lors que les SIG étaient une entreprise publique relevant du droit cantonal, la loi sur la participation ne leur était pas applicable. En tout état de cause, l'art. 22 al 2 LOIDP était conforme à celle-ci, puisqu'il octroyait une décharge en temps, pendant laquelle les représentants du personnel percevaient leur salaire, ce qui leur permettait d'exercer leur mandat, sans qu'il soit compromis, durant les heures de travail.

Une telle décharge en temps n'était au demeurant pas une mesure discriminatoire dirigée contre les représentants du personnel, mais découlait de leur situation particulière, dès lors qu'ils étaient des collaborateurs de l'institution, ce qui était conforme à la liberté syndicale, laquelle avait pour but d'offrir la possibilité aux membres du syndicat d'exercer leur mandat afin de défendre les intérêts communs des travailleurs. Contrairement à leurs allégués, les recourants avaient été auditionnés par la commission dans le cadre de ses travaux, de sorte que leur prise de position était connue de celle-ci et du Grand Conseil, lequel n'avait aucune obligation de procéder une nouvelle fois à leur audition.

- 18) Le 20 février 2018, le juge délégué a accordé aux parties un délai au 23 mars 2018, prolongé au 29 mars 2018, pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.

- 19) Le 26 février 2018, le Grand Conseil a persisté dans ses écritures, indiquant qu'il n'avait pas d'observations complémentaires à formuler.
- 20) Dans leurs observations du 29 mars 2018, les recourants ont persisté dans les conclusions et termes de leur recours.

Les mêmes règles devaient s'appliquer à l'ensemble des membres du conseil d'administration, sous peine de créer une inégalité de traitement. La fonction de représentant du personnel constituait une activité supplémentaire et n'entraînait pas dans le cahier des charges des collaborateurs concernés, cette activité n'étant pas couverte par leur salaire. S'agissant en particulier des postes de cadres, une décharge en temps n'était pas adéquate car elle n'impliquait pas pour autant une diminution équivalente de la charge de travail ni des responsabilités. L'art. 22 al. 2 LOIDP consacrait dès lors également une inégalité de traitement entre les représentants du personnel, en fonction du poste occupé au sein de l'institution, la solution consistant à laisser aux représentants du personnel le choix d'une décharge en temps ou d'une rémunération ne s'imposant qu'à titre subsidiaire. La loi sur la participation trouvait application, les SIG revêtant le statut d'entreprise d'économie mixte remplissant une tâche d'intérêt public. L'absence d'indemnisation des représentants du personnel et l'inapplicabilité d'une décharge en temps pour certains postes hiérarchiquement élevés avait ainsi pour effet de les décourager à assumer un tel mandat, en contradiction avec cette loi et en violation de leur liberté syndicale.

- 21) La LOIDP est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2018.
- 22) Le 4 mai 2018, les recourants ont sollicité la tenue d'une audience publique, demande à laquelle le juge délégué a fait droit.
- 23) Le 1^{er} juin 2018, le règlement sur l'organisation des institutions de droit public du 16 mai 2018 (ROIDP - A 2 24.01) est entré en vigueur, lequel ne contient aucune disposition d'exécution de l'art. 22 LOIDP.
- 24) Lors de l'audience de plaidoiries s'étant tenue devant la chambre de céans le 6 juin 2018, les parties ont persisté dans leurs conclusions.
- 25) À l'issue de cette audience, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1) La chambre constitutionnelle est l'autorité compétente pour contrôler, sur requête, la conformité des normes cantonales au droit supérieur (art. 124 let. a de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 - Cst-GE - A 2 00). Selon la législation d'application de cette disposition, il s'agit des lois constitutionnelles, des lois et des règlements du Conseil d'État (art. 130B al. 1 let. a de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).
- 2) a. Le recours est formellement dirigé contre une loi cantonale, à savoir la loi 11391 sur l'organisation des institutions de droit public, et en particulier son art. 22 al. 2, en l'absence de cas d'application (ACST/2/2018 du 5 mars 2018 consid. 1a ; ACST/13/2017 du 3 août 2017 consid. 2a et les références citées).
b. Interjeté dans le délai légal à compter de la promulgation de l'acte susmentionné, qui a eu lieu par arrêté du Conseil d'État du 15 novembre 2017, publié dans la FAO du 17 novembre 2017, et dans les formes prévues par la loi, le recours est recevable sous cet angle (art. 62 al. 1 let. d et al. 3 et 65 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 3) a. A qualité pour recourir toute personne touchée directement par une loi constitutionnelle, une loi, un règlement du Conseil d'État ou une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce que l'acte soit annulé ou modifié (art. 60 al. 1 let. b LPA). Il ressort de l'exposé des motifs relatif à la loi 11311 modifiant la LOJ que l'art. 60 al. 1 let. b LPA dans sa teneur actuelle, adoptée le 11 avril 2014 et entrée en vigueur le 14 juin 2014, formule de la même manière la qualité pour recourir contre un acte normatif et en matière de recours ordinaire. Cette disposition ouvre ainsi largement la qualité pour recourir, tout en évitant l'action populaire, dès lors que le recourant doit démontrer qu'il est susceptible de tomber sous le coup de la loi constitutionnelle, de la loi ou du règlement attaqué (ACST/2/2018 précité consid. 2a et les références citées).
b. En application de l'art. 111 al. 1 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le droit cantonal ne peut pas définir la qualité de partie devant l'autorité qui précède immédiatement le Tribunal fédéral de manière plus restrictive que ne le fait l'art. 89 LTF. Aux termes de cette disposition, a qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (al. 1 let. a), est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué (al. 1 let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (al. 1 let. c).

Lorsque le recours est dirigé contre un acte normatif, la qualité pour recourir est conçue de manière plus souple et il n'est pas exigé que le recourant soit

particulièrement atteint par l'acte entrepris. Ainsi, toute personne dont les intérêts sont effectivement touchés par l'acte attaqué ou pourront l'être un jour a qualité pour recourir ; une simple atteinte virtuelle suffit, à condition toutefois qu'il existe un minimum de vraisemblance que le recourant puisse un jour se voir appliquer les dispositions contestées (ATF 141 I 78 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_196/2017 du 22 novembre 2017 consid. 2.1).

La qualité pour recourir suppose en outre un intérêt actuel à obtenir l'annulation de l'acte entrepris, cet intérêt devant exister tant au moment du dépôt du recours qu'au moment où l'arrêt est rendu (ATF 142 I 135 consid. 1.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_437/2017 du 5 février 2018 consid. 1.4.2 et les références citées).

c. En l'espèce, les recourants, en tant que membres du personnel des SIG auxquels la LOIDP est applicable, sont susceptibles de se voir appliquer la disposition litigieuse. Cette situation est d'autant plus vraie pour Mme A_____ et MM. B_____, E_____ et I_____, qui siègent au conseil d'administration des SIG en tant que représentants du personnel, et se voient ainsi directement appliquer l'art. 22 al. 2 LOIDP. Ils ont dès lors qualité pour recourir.

- 4) À l'instar du Tribunal fédéral, la chambre constitutionnelle, lorsqu'elle se prononce dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes, s'impose une certaine retenue et n'annule les dispositions attaquées que si elles ne se prêtent à aucune interprétation conforme au droit ou si, en raison des circonstances, leur teneur fait craindre avec une certaine vraisemblance qu'elles soient interprétées ou appliquées de façon contraire au droit supérieur. Pour en juger, il lui faut notamment tenir compte de la portée de l'atteinte aux droits en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante et des circonstances dans lesquelles ladite norme serait appliquée. Le juge constitutionnel doit prendre en compte dans son analyse la vraisemblance d'une application conforme - ou non - au droit supérieur. Les explications de l'autorité sur la manière dont elle applique ou envisage d'appliquer la disposition mise en cause doivent également être prises en considération. Si une réglementation de portée générale apparaît comme défendable au regard du droit supérieur dans des situations normales, telles que le législateur pouvait les prévoir, l'éventualité que, dans certains cas, elle puisse se révéler inconstitutionnelle ne saurait en principe justifier une intervention du juge au stade du contrôle abstrait (arrêt du Tribunal fédéral 2C_380/2016 du 1^{er} septembre 2017 consid. 2 et les arrêts cités ; ACST/3/2018 du 5 mars 2018 consid. 9b et les arrêts cités).
- 5) a. Les recourants se plaignent de ce que la disposition litigieuse a été adoptée au mépris de leur liberté syndicale, à laquelle elle ne serait pas conforme.

b. L'art. 28 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) garantit la liberté syndicale et prévoit que les travailleurs, les employeurs et leurs organisations ont le droit de se syndiquer pour la défense de leurs intérêts, de créer des associations et d'y adhérer ou non. L'art. 36 Cst-GE garantit également la liberté syndicale et prévoit que nul ne doit subir de préjudice du fait de son appartenance ou de son activité syndicale (al. 1 et 2). L'art. 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) garantit expressément le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts. Quant aux art. 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (Pacte I - RS 0.103.1) et 22 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte II - RS 0.103.2), ils obligent les États parties à assurer à toute personne le droit de former avec d'autres des syndicats et aux syndicats le droit de former des fédérations et des organisations syndicales internationales.

c. Jurisprudence et doctrine distinguent la liberté syndicale individuelle de la liberté syndicale collective. La liberté syndicale individuelle donne au particulier le droit de contribuer à la création d'un syndicat, d'adhérer à un syndicat existant ou de participer à son activité (liberté syndicale positive), ainsi que celui de ne pas y adhérer ou d'en sortir (liberté syndicale négative), sans se heurter à des entraves étatiques. Quant à la liberté syndicale collective, elle garantit au syndicat la possibilité d'exister et d'agir en tant que tel, c'est-à-dire de défendre les intérêts de ses membres. Elle implique notamment le droit de participer à des négociations collectives et de conclure des conventions collectives (ATF 143 I 403 consid. 6.1 ; 140 I 257 consid. 5.1 p. 261 et les références citées). Afin que le droit des syndicats d'exprimer et de soutenir librement les idées et les opinions en vue de la défense des intérêts de leurs membres puisse effectivement être exercé dans le secteur public, l'État employeur se doit, dans ses rapports avec les organisations syndicales, de leur garantir non seulement l'existence, mais aussi l'autonomie et une certaine sphère d'activité. En particulier, l'État n'a pas à favoriser l'émergence d'un monopole syndical sous la forme d'un « syndicat d'État » ; la liberté syndicale présuppose au contraire une pluralité de syndicats. Ce souci est exprimé de manière assez nette par l'art. 5 de la Convention n° 151 de l'Organisation internationale du travail (ci-après : OIT) concernant la protection du droit d'organisation et les procédures de détermination des conditions d'emploi dans la fonction publique du 27 juin 1978, entrée en vigueur pour la Suisse le 3 mars 1982 (Convention n° 151 - RS 0.822.725.1), qui énonce que les organisations d'agents publics doivent jouir d'une complète indépendance à l'égard des autorités publiques (ATF 129 I 113 consid. 5.3 et les références citées).

d. Un syndicat de la fonction publique peut, à certaines conditions, se prévaloir de la liberté syndicale collective. Il ne s'ensuit toutefois pas que les syndicats

puissent tirer de l'art. 28 al. 1 Cst. le droit de participer à l'élaboration des projets de lois et de règlements concernant les conditions de travail de leurs membres ; la reconnaissance d'un tel droit se heurterait en effet à la souveraineté de l'État en matière législative et réglementaire. Même si leur avis ne lie pas les autorités, en particulier le législateur, les syndicats du secteur public ont toutefois le droit d'être entendus sous une forme appropriée en cas de modifications significatives - législatives ou réglementaires - touchant le statut de leurs membres (ATF 140 I 257 consid. 5.1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_589/2016 du 8 mars 2017 et les références mentionnées). En cela, la jurisprudence du Tribunal fédéral est conforme à celle rendue par la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après : CourEDH) en application de l'art. 11 CEDH (ATF 140 I 257 consid. 5.1.2 et les références citées).

Par ailleurs, l'art. 29 al. 2 Cst. ne confère pas aux citoyens le droit d'être entendus dans une procédure législative. Une exception n'est admise que lorsque certaines personnes (destinataires dits « spéciaux ») sont touchées de façon sensiblement plus grave que le plus grand nombre des destinataires « ordinaires », par exemple lorsqu'un décret de portée générale ne touche concrètement qu'un très petit nombre de propriétaires (ATF 137 I 195 consid. 2.4 ; 134 I 269 consid. 3.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_589/2016 précité consid. 6.3 et les références citées).

- 6) En l'espèce, outre le fait qu'il paraît douteux que les recourants, qui ne prétendent pas représenter un syndicat, puissent se prévaloir de la liberté syndicale sous son aspect collectif, l'on ne voit pas de quelle manière la disposition litigieuse y contreviendrait. En particulier, elle n'empêche pas les recourants de défendre les intérêts du personnel qu'ils représentent au sein du conseil d'administration. L'art. 22 al. 2 LOIDP n'entend pas non plus opérer de discrimination à leur égard, en privilégiant un syndicat plutôt qu'un autre, puisque l'ensemble des représentants du personnel au sein des conseils d'administration sont traités de la même manière.

Il en va de même s'agissant de l'aspect individuel de leur liberté syndicale, dans laquelle la disposition attaquée n'opère aucune ingérence. Elle n'empêche en particulier pas les employés de se syndiquer pour la défense de leurs intérêts et de représenter le personnel au sein des conseils d'administration des institutions dans lesquelles ils sont employés. Au contraire, l'art. 22 al. 2 LOIDP favorise même une telle activité, puisqu'elle leur permet d'obtenir une rémunération ou une décharge en temps en vue de préparer et de participer à ces séances, sans les péjorer d'une quelconque manière.

En outre, les recourants ne sauraient se prévaloir d'une quelconque violation de leur droit d'être entendu dans la procédure législative ayant conduit à l'adoption de la LOIDP, en particulier de son art. 22 al. 2, puisque plusieurs syndicats ont été auditionnés, par le biais de leurs représentants, en particulier

quatre des recourants, par la commission chargée d'étudier le PL 11391. Ils ont ainsi été en mesure de faire valoir leur point de vue au sujet de la disposition contestée, leur position étant connue des autorités législatives au moment de l'adoption de la loi. Quant aux autres recourants, qui n'ont pas été auditionnés, ils ne peuvent pas davantage invoquer une violation de leur droit d'être entendus, puisqu'ils ne sont pas touchés de façon sensiblement plus grave que les autres destinataires de la disposition querellée.

Il s'ensuit que le grief tiré de la violation de la liberté syndicale sera écarté.

7) a. Les recourants soutiennent que l'art. 22 al. 2 LOIDP serait contraire à la loi sur la participation, en particulier ses art. 12 et 13. Ce faisant, ils allèguent implicitement une violation de la primauté du droit fédéral ancré à l'art. 49 al. 1 Cst.

b. En vertu de ce principe, les cantons ne sont pas autorisés à légiférer dans les matières exhaustivement réglementées par le droit fédéral. Dans les autres domaines, ils peuvent édicter des règles de droit pour autant qu'elles ne violent ni le sens ni l'esprit du droit fédéral, et qu'elles n'en compromettent pas la réalisation (ATF 143 I 109 consid. 4.2.2 et les références citées). Cela concerne en particulier les règles de droit public cantonal qui sont en concours avec le droit civil fédéral, dans leurs rapports avec ce droit. De telles règles, que les cantons peuvent édicter en vertu de l'art. 6 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210), ne sont admissibles qu'à la triple condition que le législateur fédéral n'ait pas entendu réglementer la matière de manière exhaustive, que les règles cantonales soient justifiées par un intérêt public pertinent et, enfin, qu'elles n'éludent ni ne contredisent le sens ou l'esprit du droit civil fédéral (ATF 143 I 403 consid. 7.1 et les références citées).

L'existence ou l'absence d'une législation fédérale exhaustive constitue donc le premier critère pour déterminer s'il y a conflit avec une règle cantonale. Toutefois, même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine si elle poursuit un autre but que celui recherché par le droit fédéral. Ce n'est que lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd la compétence pour adopter des dispositions complétives, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci (ATF 143 I 403 consid. 7.1 et les références citées).

c. La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de droit du travail résulte de l'art. 110 Cst. pour le droit public et de l'art. 122 Cst. pour le droit civil. En effet, les rapports de travail sont soumis à toutes sortes de prescriptions de droit public, adoptées par les cantons ou la Confédération, afin d'assurer une protection minimale des travailleurs. Ainsi,

selon l'art. 110 al. 1 let. b Cst., qui a repris la teneur de l'ancien art. 34^{ter} al. 1 let. b de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (aCst.), la Confédération peut légiférer sur les rapports entre employeurs et travailleurs, notamment la réglementation en commun des questions intéressant l'entreprise et le domaine professionnel. En cette matière, la Confédération dispose de compétences concurrentes non limitées aux principes, dont elle a notamment fait usage en adoptant la loi sur la participation, ainsi que la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11), laquelle n'empêche cependant pas l'adoption de mesures qui, sans avoir pour but principal de protéger les travailleurs, ont accessoirement un effet protecteur (ATF 143 I 403 consid. 7.5.1 et 7.5.2 et les références citées).

d. Lors de l'élaboration de la loi sur la participation s'est posée la question de savoir si celle-ci pouvait se baser sur l'art. 34^{ter} al. 1 let. b aCst., ce qui a suscité un certain nombre de controverses. Alors que certains estimaient que la réponse devait être négative, aussi bien au niveau de l'exploitation (décisions sur les conditions de travail, de salaire, etc.) que de la gestion économique de l'entreprise (choix stratégiques, investissements, etc.), d'autres étaient d'avis que la disposition constitutionnelle restait ouverte, en n'excluant pas la compétence de la Confédération, même pour la participation à la gestion (Jean-François AUBERT/Pascal MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, 2003, ad art. 110, p. 855 s n. 17, et les références citées). Lors de la mise à jour de la Cst., la question a été laissée ouverte (Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, p. 326).

e. La loi sur la participation, qui s'applique à toutes les entreprises privées occupant, en Suisse, des travailleurs en permanence (art. 1 de la loi sur la participation), établit des dispositions-cadre en matière du droit des travailleurs d'être informés et consultés sur le plan de l'exploitation, et non de la gestion de l'entreprise (Message sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE, message complémentaire II au message relatif à l'Accord EEE, du 15 juin 1992, FF 1992 V 506, p. 620). Bien que son champ d'application soit délimité afin de permettre une application large de ses dispositions, elle ne concerne pas les entreprises et les administrations publiques (Message, op. cit., FF 1992 V 506, p. 628).

Elle prévoit en particulier que la représentation des travailleurs a le droit d'être informée en temps opportun et de manière complète sur toutes les affaires dont la connaissance lui est nécessaire pour s'acquitter convenablement de ses tâches, l'employeur étant tenu de l'informer au moins une fois par an sur les conséquences de la marche des affaires sur l'emploi et pour le personnel (art. 9 de la loi sur la participation). La représentation des travailleurs dispose de droits de participation en matière de sécurité au travail, de transfert de l'entreprise, de licenciements collectifs, d'affiliation à une institution de prévoyance

professionnelle et de résiliation d'un contrat d'affiliation (art. 10 de la loi sur la participation).

Selon l'art. 12 de la loi sur la participation, l'employeur n'a pas le droit d'empêcher les représentants des travailleurs d'exercer leur mandat (al. 1). Il ne doit pas défavoriser les représentants des travailleurs, pendant ou après leur mandat, en raison de l'exercice de cette activité. Cette protection est également étendue aux personnes se portant candidates à l'élection dans une représentation des travailleurs (al. 2). Cette disposition a un caractère impératif et protège les représentants des travailleurs dans l'exercice régulier de leur mandat, lesquels ne doivent pas être entravés dans leur travail ni défavorisés (Message, op. cit., p. 633). L'art. 13 de la loi sur la participation prévoit quant à lui que les représentants des travailleurs peuvent exercer leur mandat durant les heures de travail à condition que ce mandat l'exige et que leurs activités professionnelles le permettent.

f. Établissement de droit public fondé sur l'art. 168 Cst-GE et dotés de la personnalité juridique, les SIG ont pour but de fournir dans le canton de Genève l'eau, le gaz, l'électricité, de l'énergie thermique, ainsi que de traiter des déchets (art. 1 al. 1 et 2 al. 1 de loi sur l'organisation des services industriels de Genève du 5 octobre 1973 - L SIG - L 2 35).

L'administration des SIG est confiée à un conseil d'administration dont les membres sont nommés à raison notamment de quatre membres faisant partie du personnel des SIG, élus par l'ensemble de ce personnel (art. 6 let. f L SIG). Selon l'art. 16 L SIG, en plus des attributions confiées par la LOIDP, le conseil d'administration a en particulier les compétences suivantes : il adopte les prescriptions autonomes, y compris les tarifs (let. a), il établit le statut du personnel et fixe les traitements (let. b), il nomme et révoque les directeurs (let. c), il décide de tous les appels de fond destinés au financement des SIG (let. d), il se prononce sur les conventions avec d'autres entreprises destinées à faciliter ou garantir l'approvisionnement (let. e), il ordonne, de manière générale, toutes les études, tous les actes et prend toutes les mesures utiles à la bonne marche des SIG et aux prévisions de développement que comportent l'évolution démographique et les progrès de la technique (let. f).

L'art. 40 LOIDP, applicable aux établissements de droit public principaux que sont notamment les SIG (art. 3 al. 1 let. e LOIDP), prévoit que le conseil d'administration est le pouvoir supérieur de l'institution (al. 1). Il est chargé de la stratégie de l'institution et a notamment les attributions suivantes (al. 2) : il établit les instructions nécessaires à son mode de fonctionnement et de représentation ainsi qu'à l'exercice de la surveillance de l'institution (let. a), il organise le fonctionnement général de l'institution (let. d), il veille à l'élaboration d'une planification financière et adopte chaque année le projet de budget d'exploitation et d'investissement, les états financiers et le rapport de gestion (let. j).

- 8) En l'espèce, la loi sur la participation ne s'applique pas aux entreprises et aux administrations publiques, comme les SIG. Au surplus, il ressort des développements susmentionnés qu'en édictant cette loi, la Confédération n'a que partiellement utilisé sa compétence, dès lors qu'elle n'a réglementé que l'exploitation de l'entreprise, et non pas sa gestion. Or, la réglementation litigieuse concerne ce dernier aspect, au regard des tâches dévolues au conseil d'administration, à qui il appartient de décider notamment des stratégies à adopter et des investissements à effectuer dans le cadre de la gestion de l'entreprise. La Confédération n'ayant pas épuisé la matière en ce domaine, les cantons demeurent ainsi compétents, l'art. 22 al. 2 LOIDP étant conforme à la répartition des compétences. L'on ne voit au demeurant pas dans quelle mesure il serait contraire aux dispositions de la loi sur la participation dont se prévalent les recourants, dès lors qu'il ne les oblige pas à accomplir leur mandat durant leurs heures de travail, ce qui ne serait du reste pas contraire à l'art. 13 de la loi sur la participation, ni ne les défavoriserait d'une quelconque manière en raison de l'exercice de cette activité.

Ce grief sera par conséquent également écarté.

- 9) a. Les recourants se plaignent d'une violation du principe de l'égalité dans la loi en tant que l'art. 22 al. 2 LOIDP créerait des inégalités inadmissibles entre les membres du conseil d'administration.
- b. Selon la jurisprudence, une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou qu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. L'inégalité de traitement consiste ainsi à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 141 I 153 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_779/2015 du 8 août 2016 consid. 9.2 et les références citées). La question de savoir s'il existe un motif raisonnable pour une distinction peut recevoir des réponses différentes suivant les époques et les idées dominantes. Le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de ces principes (ATF 137 I 167 consid. 3.4).
- c. Selon 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 psychique. Une discrimination au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. est réalisée lorsqu'une personne est juridiquement traitée de manière différente, uniquement en raison de son appartenance à un groupe déterminé historiquement ou dans la réalité sociale contemporaine, mise à l'écart ou considérée comme de moindre valeur.

La discrimination constitue une forme qualifiée d'inégalité de traitement de personnes dans des situations comparables, dans la mesure où elle produit sur un être humain un effet dommageable, qui doit être considéré comme un avilissement ou une exclusion, car elle se rapporte à un critère de distinction qui concerne une part essentielle de l'identité de la personne intéressée ou à laquelle il lui est difficilement possible de renoncer. Toutefois, l'interdiction de la discrimination au sens du droit constitutionnel suisse ne rend pas absolument inadmissible le fait de se fonder sur un critère prohibé tel que ceux énumérés de manière non exhaustive par l'art. 8 al. 2 Cst. L'usage d'un tel critère fait naître une présomption de différenciation inadmissible qui ne peut être renversée que par une justification qualifiée : la mesure litigieuse doit poursuivre un intérêt public légitime et primordial, être nécessaire et adéquate et respecter dans l'ensemble le principe de la proportionnalité (ATF 143 I 129 consid. 2.3.1 et les références citées).

- 10) En l'espèce, quoi qu'en disent les recourants, bien que tous les membres du conseil d'administration exercent une activité identique, les représentants du personnel se trouvent dans une situation particulière par rapport aux autres membres de celui-ci, étant donné leur lien avec l'institution, dont ils sont salariés. Ils sont ainsi élus en leur qualité de collaborateur de celle-ci afin de défendre les intérêts communs des travailleurs. Dans ce cadre, seuls les représentants du personnel peuvent obtenir une décharge en temps. Celle-ci leur permet d'exercer leur activité au sein du conseil d'administration, sans qu'ils n'en subissent de préjudice par rapport aux autres membres du conseil, même si elle n'entre pas dans leur cahier des charges et que la fonction ne constitue pas du temps de travail. En l'absence de situation comparable, l'art. 22 al. 2 Cst. n'est ainsi constitutif d'aucune inégalité de traitement, pas plus que d'une discrimination à l'égard des recourants, qui n'allèguent du reste pas faire partie d'un groupe protégé par l'art. 8 al. 2 Cst.

Il n'en demeure pas moins que dans le cas de postes à responsabilités ou de surcharge de travail, une décharge en temps peut se révéler impossible à réaliser ou seulement partiellement, de sorte à rendre vaine l'application de l'art. 22 LOIDP si aucune rémunération n'est accordée. Cette situation peut être de nature à créer une inégalité de traitement par rapport aux autres membres du conseil d'administration, qui se verraient rétribués, alors que le représentant du personnel concerné ne serait ni indemnisé, ni ne pourrait être déchargé en temps pour accomplir son activité ou alors devoir, en sus, effectuer des heures supplémentaires pour l'accomplissement de son travail. Pour ce motif, l'art. 22 al. 2 LOIDP doit être interprété de manière à laisser au représentant du personnel concerné, et non aux autorités, le choix quant à la manière dont il entend être rétribué pour ses activités au sein du conseil d'administration, en temps ou en argent, en fonction de sa situation, ces deux modes pouvant être panachés mais non cumulés.

- 11) Mal fondé, le recours sera par conséquent rejeté, malgré les conclusions subsidiaires des recourants en interprétation conforme, dès lors que le recours, en matière de contrôle abstrait des normes, porte principalement sur l'annulation de la disposition contestée (ATF 137 I 167 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_862/2015 du 7 juin 2016 ; ACST/7/2016 du 19 mai 2016).
- 12) Il n'y a au demeurant pas lieu de joindre la présente cause à la n° A/4939/2017, les parties n'étant pas les mêmes.
- 13) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge des recourants, pris solidairement, qui succombent (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 18 décembre 2017 par Madame A_____ et Messieurs B_____, C_____, D_____, E_____, F_____, G_____, H_____ et I_____ contre l'art. 22 al. 2 de la loi 11391 sur l'organisation des institutions de droit public, promulguée par arrêté du Conseil d'État du 15 novembre 2017 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 2'000.- à la charge de Madame A_____ et Messieurs B_____, C_____, D_____, E_____, F_____, G_____, H_____ et I_____, pris solidairement ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que conformément aux art. 82 ss LTF, 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 ; le mémoire 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'art. 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 Romain Jordan, avocat des recourants, ainsi qu'au Grand Conseil.

Siégeants : M. Verniory, président, Mmes Galeazzi, Payot Zen-Ruffinen et Tapponnier, M. Martin, juges.

Au nom de la chambre constitutionnelle :

La greffière-juriste :

C. Gutzwiller

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :