

GE_GERICHTE ATA/640/2013 vom 1. Oktober 2013

GE Cour de justice, 2013-10-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_640_2013

FR: GE_GERICHTE ATA/640/2013 du 1 octobre 2013

IT: GE_GERICHTE ATA/640/2013 del 1 ottobre 2013

Erwägungen

E. 18

septembre 2008, l'« action contractuelle » (art. 56G aLOJ) est réservée aux prétentions fondées sur le droit public qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision et qui découlent d'un contrat de droit public. Cette disposition est devenue, depuis le 1er janvier 2011, l'art. 132 al. 3 LOJ.

Le but du législateur était de simplifier le contentieux administratif de la fonction publique. Désormais, la voie du recours à la chambre administrative est ouverte en cas de litige entre un agent public et une collectivité publique portant sur des prétentions pécuniaires, dans tous les cas où la détermination relative à celles-ci peut sans difficulté faire l'objet d'une décision ordinaire (PL 10253, ad art. 56G aLOJ, p. 49). La conséquence de cette modification est importante. Le fonctionnaire ne peut plus intenter une action pécuniaire pour des prétentions fondées sur les rapports de service. Il doit formuler ses prétentions auprès de l'autorité qui, selon lui, viole ses droits (art. 4A LPA). L'autorité ouvre alors une procédure qui est régie par la LPA. Après avoir instruit la cause, l'autorité concernée prend une décision sujette à recours. La juridiction administrative n'intervient plus que sur recours contre cette décision. De son côté, l'action

- 16/24 - A/1837/2009 contractuelle de l'art. 132 al. 3 LOJ n'est plus une voie de droit ouverte pour ce type de contentieux, étant désormais réservée à celui des contrats de droit public (ATA/361/2013 du 11 juin 2013 consid. 2b ; ATA/402/2012 du 26 juin 2012 consid. 2b ; ATA/655/2011 du 18 octobre 2011 ; ATA/125/2011 du 1er mars 2011 ; ATA/458/2010 du 29 juin 2010 ; ATA/9/2010 du 12 janvier 2010 ; ATA/575/2009 du 10 novembre 2009 et les références citées). 6)

En l'espèce, la prétention en paiement d'une indemnité pour inconvénients de service est fondée sur les rapports de service des HUG avec son personnel et relève donc du droit public. En revanche, lesdits rapports de service ne découlent pas d'un contrat, mais de la nomination des intéressées au statut de fonctionnaire. Or, la nomination à une fonction est un acte unilatéral qui a pour conséquence l'application d'un régime statutaire (P. MOOR, Droit administratif, vol. 3, 2ème éd., 1992 ; U. HÄFELIN / G. MÜLLER / F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006).

Aussi la condition de l'art. 132 al. 2 LOJ et de l'art. 56G aLOJ, en vigueur au moment du dépôt des demandes, relative à l'existence d'un contrat, fait-elle défaut et les demandes en paiement ne sont pas recevables (ATA/361/2010 du 1er juin 2010). De surcroît, les prétentions des intéressées, portant sur le paiement d'une indemnité, peuvent faire l'objet de décisions au sens de l'art. 4 al. 1 LPA, excluant ainsi la voie de l'action pécuniaire.

En conséquence, les demandes en paiement sont irrecevables. 7)

Reste à examiner si les recours interjetés le 27 mai 2009 contre les courriers de refus du versement des indemnités des HUG du 24 avril 2009, reçus le 28 avril 2009, sont recevables.

a. Le recours à la chambre administrative est ouvert contre les décisions des autorités au sens de l'art. 5 LPA, soit contre des mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral, cantonal ou communal et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations ; de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits ; de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier annuler ou constater des droits ou obligations (art. 4 al. 1 LPA).

b. Les HUG sont une autorité administrative au sens de l'art. 5 let. e LPA, en tant qu'établissement médical de droit public (art. 1 de la loi sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980 - LEPM - K 2 05).

c. Le refus du versement d'une indemnité pour inconvénients de service aux recourantes constitue en outre une décision au sens de l'art. 4 al. 1 LPA.

Les courriers du 24 avril 2009 répondent donc à la qualification de décision.

- 17/24 - A/1837/2009 8)

Les intimés allèguent toutefois que les décisions du directeur général des HUG du 24 avril 2009 ne sont pas des décisions susceptibles de recours ; celles-ci ne seraient que des « décisions de confirmation » de décisions antérieures entrées en force et reçues par les intéressées en novembre et décembre 2007.

a. Les décisions doivent être désignées comme telles, motivées et signées, et indiquer les voies ordinaires et délais de recours (art. 46 al. aLPA, en vigueur en 2007 et jusqu'au 15 décembre 2009). Une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 47 aLPA).

En l'espèce, le courrier reçu par les intéressées en novembre, respectivement décembre 2007, émanant du service des ressources humaines des HUG, n'était pas qualifié de décision formelle ni ne mentionnait de voies et délais de recours.

Suite au courrier des intéressées du 20 novembre 2007, les HUG sont entrés en matière pour réexaminer la question des indemnités, en accordant un entretien aux intéressées, en répondant à leur syndicat et à leur mandataire, puis en confirmant leur propre détermination dans un courrier du 10 décembre 2007, ne répondant toujours pas aux exigences formelles de l'art. 46 al. 1 aLPA. C'est le 24 avril 2009 seulement qu'une décision formelle a été rendue par les HUG à la demande des intéressées.

En conséquence, les recours contre les décisions du 24 avril 2009, déposés dans le délai prévu par l'art. 62 LPA, sont recevables. 9)

Le litige porte sur le droit des recourantes à l'octroi d'une indemnité pour inconvénients de service après le 1er janvier 2008.

a. Sur la base des art. 33 LPAC et 7 LEPM, les HUG ont adopté, le 16 décembre 1999, le statut du personnel HUG (ci-après : le statut), approuvé par le Conseil d'Etat le 12 janvier 2000.

b. L'art. 55 al. 1 du statut prévoit que le traitement du fonctionnaire est fixé par le conseil d'administration dans les limites des lois et règlements.

c. Le 14 novembre 1979, le Conseil d'Etat a approuvé un règlement concernant le versement d'une indemnité pour inconvénients de service au personnel soignant, adopté par les commissions administratives de la clinique psychiatrique de Bel-Air (aujourd'hui Belle-Idée), de l'hôpital de gériatrie et celle de la maison de Loëx.

Ce règlement prévoit le versement d'une indemnité au personnel soignant des trois hôpitaux, s'il travaille dans une unité de soins qui comprend des patients qui réclament, en plus de thérapeutiques habituelles, des soins particulièrement astreignants (art. 2 règlement). Les unités de soins concernées sont la division de psychiatrie gériatrique et déficience mentale de la clinique de Bel-Air, l'hôpital de

- 18/24 - A/1837/2009 gériatrie et le Cesco de Collonge-Bellerive, ainsi que la maison de Loëx (art. 3 règlement).

A cela s'ajoute la condition d'être titulaire des fonctions suivantes : infirmiers-chefs de pavillon ; infirmiers-chefs d'étage ; infirmiers-chefs d'unité ; infirmiers diplômés ; infirmiers assistants ; aides hospitaliers ; élèves infirmiers ; éducateurs (division de déficience mentale uniquement) ; assistants techniques en radiologie ; physiothérapeutes et aides physiothérapeutes ; ergothérapeutes et aides ergothérapeutes ; sociothérapeutes et aides sociothérapeutes ; rééducateurs en psychomotricité ; logopédistes (art. 4 al. 1 règlement). Le règlement précise encore que les titulaires d'autres fonctions n'ont pas droit à l'indemnité (art. 4 al. 2 règlement).

En outre, un taux d'activité minimal de 50 % était exigé pour bénéficier de l'indemnité (art. 5 al. 2 règlement). 10) Les recourantes invoquent l'égalité de traitement pour s'opposer à la décision de suppression de l'indemnité à leur égard.

Certaines des professions énumérées par le règlement et celles qu'elles exerçaient partageraient les mêmes caractéristiques, soit la notion de soins particulièrement astreignants. En outre, certaines des fonctions retenues auraient perdu ces caractéristiques depuis l'adoption du règlement et figuraient néanmoins toujours dans la liste des bénéficiaires.

a. Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il 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 lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 138 V 176 consid. 8.2 p. 183 ; 131 I 1 consid. 4.2 p. 6/7 ; 129 I 346 consid. 6 p. 357 ss ; V. MARTENET, Géométrie de l'égalité, Zürich-Bâle-Genève 2003, p. 260 ss).

b. Selon le Tribunal fédéral, s'agissant de l'évaluation de fonctions, déterminées en relation avec d'autres fonctions ou sur la base d'exigences précises, celle-ci ne peut jamais être réalisée de manière objective et neutre. Elle contient, par la force des choses, une grande

part d'appréciation, dont la concrétisation dépend de la façon dont une certaine tâche est perçue par la société, respectivement par l'employeur (ATF 125 II 385 consid. 5b et les références

- 19/24 - A/1837/2009 citées ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_245/2007 du 30 octobre 2007 consid. 2.1). Le point de savoir si différentes activités doivent être considérées comme étant de même valeur dépend d'estimations qui peuvent conduire à des résultats différents (ATF 129 I 161 consid. 3.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_245/2007 précité consid. 2.1). L'autorité compétente dispose sur ce point d'un grand pouvoir d'appréciation (ATF 125 II 285 consid. 5b ; V. MARTENET, op. cit., p. 284). Tant qu'elle ne tombe pas dans l'arbitraire et qu'elle respecte le principe de l'égalité de traitement, elle peut choisir, parmi la multitude de critères envisageables, les éléments qu'elle considère comme pertinents pour la fixation de la rémunération de ses employés (ATF 129 I 161 consid. 3.2 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_245/2007 précité consid. 2.1). L'autorité peut ainsi établir des distinctions en fonction d'un critère abstrait, technique si les faits à réglementer l'imposent et que les différences qui en résultent ne conduisent pas à un résultat choquant (JAAC 2002 I 83, p. 87).

c. S'agissant de l'octroi d'indemnités dans la fonction publique, la chambre administrative a déjà jugé que l'application stricte de critères arrêtés pour l'octroi d'une indemnité à certains fonctionnaires tout en s'écartant de ces critères sans raison objective pour attribuer une indemnité à un autre fonctionnaire violait le principe d'égalité de traitement (ATA/664/2010 du 28 septembre 2010). 11) En l'espèce, les principes d'octroi de l'indemnité pour inconvénients de service sont fixés aux art. 2, 3 et 4 du règlement.

L'art. 2 retient, comme critère fondant le droit à l'indemnité, la notion de « thérapeutique habituelle » qui implique obligatoirement un contact de nature thérapeutique avec les malades ; le personnel soignant doit apporter des soins du corps résultant d'une maladie, que ceux-ci soient dispensés à des patients alités ou non, ou dans le cadre d'activités de réadaptation (art. 2 al. 2 let. a), et doit déployer des efforts physiques inhérents aux soins du corps ainsi dispensés (art. 2 al. 2 let. b). Ce critère se décompose ainsi en deux sous-critères cumulatifs : soins du corps et efforts physiques.

A cela s'ajoute qu'en plus des « thérapeutiques habituelles », les patients doivent nécessiter des « soins particulièrement astreignants » (art. 2 al. 3 let. a à d règlement), notion qui implique que les malades présentent au moins deux des caractéristiques suivantes : a) dépendance physique complète (grabataire, alimentation non autonome, troubles sphinctériens, incapacité de s'habiller) ; b) dépendance psychique complète (troubles de la mémoire entraînant une désorientation complète, apragmatisme complet) ; c) inaccessibilité (non-communication ou communication réduite aux éléments les plus primitifs de la fonction symbolique : indices) et d) absence de gratification thérapeutique (perspective de décès, atteinte organo-psychique irrémédiable et non compensable ou dépassable).

- 20/24 - A/1837/2009

Cette dernière condition d'octroi à l'indemnité ne fait pas débat. Il en va de même de celle prévue à l'art. 3 du règlement, soit l'exercice de l'activité dans les unités de soins énumérées donnant droit à l'indemnité.

S'agissant de l'application de la première condition, soit celle de « thérapeutique habituelle », force est de constater que les fonctions figurant dans la liste exhaustive de l'art. 4 al. 1 du

règlement ne la remplissent pas toutes, contrairement à ce que soutiennent les intimés, sans démontrer leur affirmation. Ainsi, les fonctions d'assistant technique en radiologie, d'infirmier-chef de pavillon, d'étage ou d'unité, de sociothérapeute et d'aide sociothérapeute, ou encore de logopédiste, notamment, n'ont pas pour activité principale les soins du corps aux patients. D'autre part, l'aspect d'efforts physiques liés aux soins fait également défaut à plusieurs fonctions, telle celle de logopédiste, sociothérapeute, infirmier-chef, voire celle d'éducateur.

Lors de l'élaboration du règlement, le groupe de travail avait relevé, dans son rapport du 19 mars 1979, que les fonctions de logopédiste, d'ergothérapeute et de sociothérapeute se situaient à la limite inférieure de la notion de « thérapeutique habituelle ». Il existait pourtant, selon le groupe de travail, des différences significatives entre ces fonctions, qui impliquaient des actions thérapeutiques, et par exemple celles des assistants sociaux, dont l'action thérapeutique ne pouvait être considérée comme prédominante. Le règlement avait de ce fait exclu notamment les professions de psychologue, d'assistant social, de pédicure, de coiffeur et de transporteur.

Ainsi, même à l'aide de l'éclairage donné par le rapport du groupe de travail, la liste des fonctions de l'art. 4 al. 1 du règlement n'apparaît pas être le résultat de l'application des critères énumérés à l'art. 2 du règlement. La liste ne reflète pas la cohérence qui devrait présider à l'application des critères retenus. A cela s'ajoute également que la liste n'a pas été mise à jour, lors de l'apparition de nouvelles fonctions, ni lors de modifications telles que l'assimilation de la fonction d'animateur à celle de sociothérapeute.

En outre, les intimés ne parviennent pas à expliquer de façon convaincante les différences qui existeraient entre les fonctions figurant sur la liste de l'art. 4 al. 1 du règlement et celles des recourantes, invoquant essentiellement une application du « texte clair » du règlement.

Force est donc de constater que l'application stricte du règlement, en tenant compte de la liste limitative, aboutit à des solutions arbitraires, dans la mesure où elle exclut des fonctions dont la pénibilité paraît similaire sans que le contraire soit démontré par les intimés, comme par exemple celles de psychologue ou d'art-thérapeute par rapport à celles de sociothérapeute (animateur) ou d'ergothérapeute ou encore d'éducateur. La fonction d'assistant technique en radiologie ne remplit pas la condition des soins du corps, alors que celle de

- 21/24 - A/1837/2009 pédicure-podologue la remplit et on ne voit pas pour quels motifs, dans ces conditions, la fonction d'assistante dentaire serait exclue du règlement. Les différences de traitement qui résultent de l'application stricte du règlement ne sont donc pas fondées sur des critères juridiquement raisonnables au sens de la jurisprudence précitée. En cela, l'art. 4 du règlement viole le principe d'égalité de traitement et ne saurait fonder valablement une décision de refus d'octroi de l'indemnité, comme c'est le cas en l'espèce pour les recourantes. 12) Il découle de ce qui précède que le refus du versement des indemnités sur la base du règlement, tel que les HUG l'ont envisagé dès le 1er janvier 2008, revient à faire bénéficier de l'indemnité certaines fonctions qui ne remplissent pas les conditions de l'art. 2 mais qui figurent toutefois sur la liste de l'art. 4 ainsi que certaines autres fonctions assimilées, telle celle d'animateur, selon les déclarations des recourantes qui ne sont pas contredites par les intimés sur ce point et dont les fonctions ne figurent pourtant pas sur la liste.

La question de l'application des critères de l'art. 2 du règlement aux différentes fonctions des recourantes n'a pas besoin d'être examinée plus avant en l'espèce. En effet, soit leur fonction remplit les critères de l'art. 2 du règlement et l'on se trouve dans une situation où l'égalité de traitement commande le versement de l'indemnité, soit l'une ou l'autre des fonctions énumérées à l'art. 4 al. 1 du règlement ne remplit pas les critères de l'art. 2 et il convient alors d'examiner la situation sur la base du droit à l'égalité de traitement dans l'illégalité. Il découle en effet des déclarations des HUG qu'ils entendent persévérer dans l'application du règlement en versant des indemnités aux titulaires des fonctions prévues dans la liste. Ils n'indiquent pas vouloir cesser de la verser aux fonctions assimilées, telle celle d'animateur.

13) Le principe de la légalité de l'activité administrative prévaut en principe sur celui de l'égalité de traitement. Cela étant, le justiciable ne peut généralement pas se prétendre victime d'une inégalité devant la loi lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été faussement, voire pas du tout appliquée dans d'autres cas. Cela présuppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en question. Le citoyen ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévéra dans l'inobservation de la loi. Il faut encore que l'autorité n'ait pas respecté la loi selon une pratique constante, et non pas dans un ou quelques cas isolés, et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant n'impose de donner la préférence au respect de la légalité. C'est seulement lorsque toutes ces conditions sont remplies que le citoyen est en droit de prétendre, à titre exceptionnel, au bénéfice de l'égalité dans l'illégalité (ATF 136 I 78 consid. 5.6 ; 134 V consid. 9 ; 132 II 510 consid. 8.6 ; 131 V 9 consid. 3.7 ; 127 I 1 consid. 3a ; 125 II 152 consid. 5 p. 166 ; 122 II 446 consid. 4a ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C_434/2011 du 2 février 2012

- 22/24 - A/1837/2009 consid. 6.1 ; 1C_482/2010 du 14 avril 2011 consid. 5.1 ; ATA/270/2012 du 8 mai 2012).

En l'espèce, les recourantes ont été au bénéfice de l'indemnité depuis leur engagement, ayant eu lieu entre le 1er août 2001 et le 1er juillet 2006, jusqu'à fin 2007, et le règlement est appliqué par les HUG depuis son adoption. Les intimés fondent leur décision de mettre fin aux versements sur un « changement de pratique », consistant en l'application stricte du règlement. Or, comme cela a été vu plus haut, cette application stricte conduit à créer des inégalités de traitement, parce que certaines fonctions figurant dans la liste ne remplissent pas les conditions d'octroi de l'indemnité définies par le règlement lui-même et que des fonctions qui ne méritent pas moins cet avantage en sont exclues.

La situation, du point de vue de la cohérence du règlement et de l'égalité de traitement, est insatisfaisante, et il appartiendra au conseil d'administration des HUG d'établir une réglementation conforme au principe d'égalité de traitement s'agissant des indemnités pour inconvénients.

Néanmoins, et jusqu'à l'adoption d'une telle réglementation, les recourantes doivent être mises au bénéfice de l'égalité de traitement et percevoir les indemnités pour inconvénients, depuis le 1er janvier 2008, pour autant qu'elles remplissent toujours les conditions des art. 3 (activité dans une unité de soins listée) et 5 al. 2 (taux d'activité minimal de 50 %) du règlement. 14) Les recours seront admis et les décisions du 29 avril 2009 annulées, les dossiers étant renvoyés aux HUG pour nouvelles décisions au sens des considérants. 15)

Malgré l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge des HUG (art. 87 al. 1, 2ème phr. LPA). Une indemnité de procédure de CHF 3'000.- sera allouée aux recourantes, prises conjointement et solidairement, et mise à la charge des HUG (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.