

# GE\_GERICHTE A/4212/2023 vom 6. August 2024

GE Cour de justice, 2024-08-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_4212\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_4212_2023)

FR: GE\_GERICHTE A/4212/2023 du 6 août 2024

IT: GE\_GERICHTE A/4212/2023 del 6 agosto 2024

## Regeste

DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE; POUVOIR D'APPRÉCIATION; RAPPORTS DE SERVICE DE DROIT PUBLIC; RÉSILIATION; LICENCIEMENT ADMINISTRATIF; COMPORTEMENT; INDEMNITÉ (EN GÉNÉRAL); EMPLOYÉ PUBLIC; INCAPACITÉ DE TRAVAIL; DROIT DU TRAVAIL; DROIT PRIVÉ; DROIT PUBLIC; DROIT SUPPLÉMENTAIRE; INDEMNITÉ DE VACANCES; CERTIFICAT MÉDICAL | Recours d'une employée de la ville de Genève contre le non-versement en espèce des vacances non prises à l'issue des rapports de service et le non-versement de l'indemnité pour maladie pour la période postérieure aux rapports de service durant laquelle elle était encore en incapacité de travail. S'agissant des vacances, la ville applique une pratique ancienne, concrétisée dans deux directives et confirmée par la jurisprudence, selon laquelle les vacances non prises à la fin des rapports de service ne sont pas rémunérées en nature, sauf si l'impossibilité de prendre ces vacances résulte des besoins du service. Cette pratique est conforme au Statut et la recourante n'a pas été empêchée par les besoins du service de prendre ses vacances. Grief rejeté Concernant les indemnités pour maladie, la recourante considère que le statut (art. 57) n'est pas respecté, celui-ci ne faisant aucune distinction entre les employés en temps d'essai et les autres ; la mention uniquement des restrictions – nouvelles – au statut dans la lettre de nomination ne suffit pas à rendre cette pratique conforme au statut et au principe de l'égalité de traitement et ne crée pas de facto un contrat de droit public particulier. La loi ne laisse aucune marge d'appréciation à l'employeuse à ce sujet. Admission partielle du recours. | Cst.5; CST.29.al2; SPVG.36; SPVG.57; SPVG.58; SPVG.6; SPVG.65; SPVG.66; SPVG.67; REGAP.85; REGAP.86; SPVG.18; REGAP.2; SPVG.28; SPVG.3.al2; Cst.9; SPVG.24

## Erwägungen

### E. 1

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 104 SPVG).

### E. 2

La recourante sollicitait préalablement la production de son décompte de vacances au 31 mai 2023 et l'avis de droit du Professeur Thierry TANQUEREL du 30 novembre 2000. Ces demandes sont devenues sans objet, les pièces ayant été versées à la procédure.

### E. 3

L'objet du litige porte sur deux questions, soit le versement du solde des vacances non prises à la fin des rapports de travail et la poursuite du versement des indemnités pour cause

de maladie pour la période courant du 1<sup>er</sup> juin au 7 juillet 2023, postérieurement à la résiliation des rapports de service. La recourante n'a pas contesté son licenciement durant la période d'essai, de sorte que cette décision, désormais entrée en force et exécutoire, ne fait pas l'objet du litige.

### **E. 3.1**

En tant qu'employée de la ville, la recourante était soumise au SPVG, au REGAP ainsi qu'au règlement sur l'aménagement du temps de travail (RATT - LC 21 152.20).

### **E. 3.2**

Selon l'art. 61 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus d'appréciation (al. 1 let. a), ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (al. 1 let. b). Les juridictions administratives n'ont toutefois pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (al. 2), non réalisée en l'espèce. Les communes disposent d'une grande liberté de décision dans la définition des modalités concernant les rapports de service qu'elles entretiennent avec leurs agents. Ainsi, l'autorité communale doit bénéficier de la plus grande liberté d'appréciation pour fixer l'organisation de son administration et créer, modifier ou supprimer des relations de service nécessaires au bon fonctionnement de celle-ci, questions relevant très largement de l'opportunité et échappant par conséquent au contrôle de la chambre de ceans (art. 61 al. 2 LPA ; ATA/994/2021 du 28 septembre 2021 consid. 4b). Ce pouvoir discrétionnaire ne signifie pas que l'autorité est libre d'agir comme bon lui semble, dès lors qu'elle ne peut ni renoncer à exercer ce pouvoir, ni faire abstraction des principes constitutionnels régissant le droit administratif, notamment la légalité, la bonne foi, l'égalité de traitement, la proportionnalité et l'interdiction de l'arbitraire (ATA/430/2020 du 30 avril 2020 consid. 5b et la référence citée). Il en découle que le juge doit contrôler que les dispositions prises se tiennent dans les limites du pouvoir d'appréciation de l'autorité communale et qu'elles apparaissent comme soutenables (ATA/706/2021 du 6 juillet 2021 consid. 3b et les références citées).

### **E. 3.3**

À teneur de l'art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit est la base et la limite de l'activité de l'État. Le principe de la légalité se compose de deux éléments : le principe de la suprématie de la loi et le principe de l'exigence de la base légale. Le premier signifie que l'autorité doit respecter l'ensemble des normes juridiques ainsi que la hiérarchie des normes. Le second implique que l'autorité ne peut agir que si la loi le lui permet, son action devant avoir un fondement dans une loi (ATA/43/2022 du 18 janvier 2022 consid. 5). Le principe de la légalité exige donc que les autorités n'agissent que dans le cadre fixé par la loi (ATF 147 I 1 consid. 4.3.1). Il implique qu'un acte étatique se fonde sur une base légale matérielle qui est suffisamment précise et qui a été adoptée par l'organe compétent (ATF 141 II 169 consid. 3.1).

### **E. 3.4**

Le SPVG régit les rapports de service entre la ville et son personnel. Il fixe les principes de la politique et de la gestion des ressources humaines de la ville (art. 1 SPVG), et s'applique à l'ensemble des personnes qui exercent une activité au service de la ville et qui sont rémunérées pour cette activité (art. 2 al. 1 du SPVG). L'exposé des motifs concernant la proposition du CA du 14 octobre 2009 visant l'adoption du statut, précise que ce dernier a voulu ancrer dans le nouveau statut les instruments modernes de gestion du personnel,

reconnaître les besoins actuels de protection de celui-ci et promouvoir le dialogue social (Mémorial des séances du Conseil municipal de la ville du 10 novembre 2009, PR-749 p. 2287).

#### **E. 3.4.1**

L'art. 4 SPVG prévoit que le CA exerce les fonctions d'employeur, notamment en ce qui concerne l'engagement et la résiliation des rapports de service (al. 4). Il peut, par règlement, déléguer ses compétences d'employeur sauf dans les cas où le statut prévoit expressément qu'il lui appartient de statuer (al. 5). Lorsque le CA délègue ses compétences d'employeur, l'autorité compétente agit d'entente avec la direction des ressources humaines (al. 6).

#### **E. 3.4.2**

Sont des employées et employés les membres du personnel nommés pour une durée indéterminée (art. 6 al. 2 SPVG). Les employées et employés sont nommés initialement pour une période d'essai de deux ans (art. 27 al. 1 SPVG). Les employées et employés sont nommés par une décision du CA (art. 24 al. 1 SPVG). Les employées et employés sont réputés nommés pour une durée indéterminée si les rapports de service n'ont pas été résiliés au plus tard pour l'échéance de la période d'essai (art. 27 al. 6 SPVG).

#### **E. 3.5**

A teneur de l'art. 65 SPVG, les membres du personnel ont droit à des vacances annuelles rémunérées (al. 1). Pour les membres du personnel dont la semaine de travail est de cinq jours, la durée des vacances est de 25 jours par année civile (al. 2). Selon l'art. 67 SPVG, le CA règle les modalités d'exercice du droit aux vacances. L'art. 66 SPVG précise qu'en cas d'absence pour cause de service militaire, de service civil, de maladie ou d'accident durant l'année civile en cours, la durée des vacances annuelles est réduite de trois jours par tranche complète de 30 jours dépassant 120 jours d'absence. Aux termes de l'art. 85 REGAP, le droit annuel aux vacances doit être épuisé dans le courant de l'année civile (al. 1). Les vacances de l'année écoulée peuvent exceptionnellement être reportées au 31 mars de l'année suivante avec l'accord du supérieur ou de la supérieure hiérarchique, qui doit être au minimum chef ou cheffe de service (al. 2). Ce délai peut être prolongé de manière exceptionnelle jusqu'au 31 décembre de l'année suivante, avec l'accord écrit du directeur ou de la directrice du département (al. 3). Les vacances qui, par suite de maladie ou d'accident, doivent être reportées à l'année suivante sont prises au cours du premier trimestre. Elles ne peuvent précéder ou suivre immédiatement les vacances de l'année en cours (al. 7).

#### **E. 3.6**

Selon l'art. 86 REGAP, en principe, le congé compensatoire de 6.5 jours accordé en compensation de la fixation de la durée hebdomadaire du travail à 40 heures doit être épuisé dans le courant de l'année civile (al. 1). Le congé compensatoire est réduit en cas d'absence pour cause de maladie, d'accident, de service militaire ou de service civil (al. 4). En cas de solde du congé compensatoire lors de la fin des rapports de travail, une indemnité en espèces peut être versée aux membres du personnel (al. 5).

#### **E. 3.7**

A teneur de l'art. 18 SPVG, les membres du personnel peuvent en tout temps prendre connaissance de l'ensemble des dispositions portant sur l'application du présent statut, y compris les directives et les décisions de portée générale du CA ou des instances auxquelles

celui-ci a délégué des compétences d'exécution (al. 1). Le CA veille à ce que le personnel, ses organisations représentatives et les commissions du personnel concernées soient informés en temps utile sur toutes les questions importantes en matière de personnel (al. 2). Selon l'art. 2 REGAP, le statut et sa réglementation d'application sont accessibles, en tout temps, à l'ensemble des membres du personnel. Ces textes sont publics et rassemblés dans une seule et même base de connaissance (al. 1). Aucune disposition de la réglementation d'application n'est opposable à un service ou aux membres du personnel si elle n'est pas accessible au sens de l'alinéa 1 ci-dessus (al. 2).

### **E. 3.8**

La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique ; ATF 136 III 283 consid. 2.3.1 ; 135 II 416 consid. 2.2). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme ; il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (ATF 135 II 243 consid. 4.1 ; 133 III 175 consid. 3.3.1).

#### **E. 3.8.1**

L'interprétation de la loi peut conduire à la constatation d'une lacune. Une lacune authentique (ou proprement dite) suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point alors qu'il aurait dû le faire et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. En revanche, si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante ou objectivement insoutenable (ATA/317/2020 du 31 mars 2020 consid. 2d ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2 e éd., 2018, n. 440). D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une lacune proprement dite appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle qui découle notamment du principe de la séparation des pouvoirs, de corriger les silences qualifiés et les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution (ATF 139 I 57 consid. 5.2 ; 138 II 1 consid. 4.2). Lorsqu'il apparaît que c'est à dessein que la loi ne régleme pas une situation donnée, ce silence qualifié doit en principe être respecté. Il n'y a alors pas de place pour un quelconque comblement de lacune (ATA/317/2020 précité consid. 2d ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 441).

#### **E. 3.9**

La notion de pratique administrative désigne la répétition constante et régulière dans l'application d'une norme par les autorités administratives. De cette répétition peuvent apparaître, comme en ce qui concerne la jurisprudence, des règles sur la manière d'interpréter la loi ou de faire usage d'une liberté d'appréciation. Elle vise notamment à résoudre de manière uniforme des questions de fait, d'opportunité ou d'efficacité. Cette

pratique ne peut être source de droit et ne lie donc pas le juge, mais peut néanmoins avoir indirectement un effet juridique par le biais du principe de l'égalité de traitement ( ATA/557/2022 du 24 mai 2022 consid. 11a ; ATA/304/2021 du 9 mars 2021 consid. 6a). Pour être compatible avec les art. 8 et 9 Cst., un changement de pratique administrative doit reposer sur des motifs sérieux et objectifs, c'est-à-dire rétablir une pratique conforme au droit, mieux tenir compte des divers intérêts en présence ou d'une connaissance plus approfondie des intentions du législateur, d'un changement de circonstances extérieures, de l'évolution des conceptions juridiques ou des mœurs. Les motifs doivent être d'autant plus sérieux que la pratique suivie jusqu'ici est ancienne. À défaut, elle doit être maintenue (ATF 142 V 112 consid. 4.4 ; 135 I 79 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_44/2021 du 8 août 2021 consid. 6.1).

### **E. 3.10**

En l'espèce, les parties s'accordent sur le fait qu'il n'existe pas de base statutaire ou réglementaire communale prévoyant expressément que les vacances seront indemnisées à la fin des rapports de travail, contrairement à ce qui est prévu à l'art. 86 al. 5 REGAP en lien avec le congé compensatoire et de son indemnisation en espèces à la fin des rapports de service. L'autorité intimée en conclut que la demande de la recourante devrait dès lors être rejetée. Cette dernière considère au contraire que dès lors qu'aucune disposition ne l'exclut non plus, il conviendrait de se livrer à une interprétation de la législation topique, au moyen des règles dégagées par la jurisprudence fédérale, et notamment grâce au droit privé qui aurait un régime plus favorable et qu'il s'agirait d'une lacune à combler, en application du droit privé par le renvoi de l'art. 3 al. 2 SPVG. Toutefois, aucun élément ne permet de constater qu'un régime similaire au droit privé devrait être appliqué en l'espèce. En effet, concernant le solde de vacances non prises de la recourante pour les années 2022 et 2023, si ni le SPVG ni son règlement d'application ne règlent expressément la question de la compensation financière du solde de vacances non prises à la fin des rapports de service, le CA a néanmoins confirmé, par ses décisions des 21 août et 15 novembre 2023, une pratique ancienne formalisée dans deux directives internes, selon laquelle le solde des vacances qui n'ont pas pu être prises avant la fin des rapports de service ne peut être compensé en argent que si l'employé a renoncé à ses vacances en raison de besoins impératifs du service, mais pas pour cause de maladie. Indépendamment de savoir à partir de quelle date cette pratique est applicable, la chambre de céans a déjà retenu que la non-compensation financière des vacances non prises à la fin des rapports de service est appliquée de longue date et est admise, conformément à sa jurisprudence constante en la matière ( ATA/384/2014 du 27 mai 2014 ; ATA/425/2010 du 22 juin 2010 ; ATA/683/2002 du 12 novembre 2002). Dans ces arrêts, citant la doctrine, la chambre administrative a exposé que les vacances avaient pour premier but de permettre au personnel de la fonction publique communale de se reposer. Il était dès lors fondamental que celles-ci soient prises pendant la durée des rapports de service, toute autre solution vidant le but même des vacances de tout sens. Les situations dans lesquelles le principe de la bonne foi pouvait obliger la ville à compenser financièrement des vacances non prises étaient réservées. En outre, contrairement à l'argumentation de la recourante, si les arrêts anciens s'appuyaient sur l'interprétation du SPVG avant sa refonte de 2010, tel n'est pas le cas de l' ATA/384/2014 du 27 mai 2014, qui a précisément confirmé la pratique querellée dans une situation postérieure à l'entrée en vigueur de l'actuel SPVG. L'analyse de la recourante ne peut dès lors être suivie. Le fait que le SPVG prévoie expressément que le congé compensatoire soit indemnisé à la fin des rapports de service permet d'ailleurs de soutenir la solution qui précède. En effet, comme

relevé à juste titre par l'autorité intimée, plusieurs éléments distinguent ces deux régimes de congé. Cet aspect de la question n'est d'ailleurs plus litigieux, dans la mesure où la ville a arrêté ce solde à 1.5 jour (après déduction en raison de l'absence de la recourante pour cause de maladie au sens de l'art. 86 al. 4 REGAP) et a d'ores et déjà procédé au versement de CHF 1'233.10 brut en faveur de la recourante, correspondant à ce solde de 1.5 jour, ce que la recourante n'a d'ailleurs pas contesté. L'intimée, disposant d'une grande marge d'appréciation pour régir les rapports de service, a refusé à juste titre de rémunérer le solde de vacances de la recourante. La décision litigieuse est ainsi conforme à la pratique de l'intimée, ainsi qu'à la jurisprudence précitée. La recourante s'est trouvée en incapacité de travail à compter du 27 février 2023 et ce jusqu'à l'expiration du délai de résiliation des rapports de service, soit jusqu'au 31 mai 2023. Force est d'admettre que son solde de vacances non prises à la fin des rapports de service n'est manifestement pas dû à des besoins impératifs du service, ce que la ville a d'ailleurs confirmé et que la recourante ne soutient d'ailleurs pas. Au surplus, la recourante ne démontre pas que l'intimée n'aurait pas diffusé la teneur de ces directives ou qu'elle en ignorait l'existence, ces informations figurant sur l'intranet sous la forme d'un tableau synoptique, dont l'intimée a produit une copie au cours de la procédure. Partant, ce grief peut être écarté.

#### **E. 4**

Dans un second grief, la recourante souhaite être indemnisée pour la période postérieure à la fin des relations professionnelles durant laquelle elle était encore en arrêt maladie, soit du 1<sup>er</sup> juin au 7 juillet 2023.

##### **E. 4.1**

L'art. 57 SPVG traite de l'indemnisation en cas de maladie et d'accident non professionnel. Il prévoit qu'en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident attestée par un certificat médical, l'employé ou l'employée reçoit une indemnité égale à son dernier traitement avant la survenance de l'incapacité (al. 1). Cette indemnité est versée pendant vingt-quatre mois dans une période de neuf cents jours consécutifs (al. 2). En cas de poursuite de l'incapacité de travail pour cause d'accident non professionnel au-delà de ce délai, l'employé ou l'employée recevra une indemnité journalière conformément aux dispositions de la loi fédérale sur l'assurance accidents du 20 mars 1981 (al. 3). Sont déduites de l'indemnité les prestations en cas d'incapacité de travail versées par les assurances pour lesquelles la ville a participé au paiement des primes (al. 4). Pour les autres membres du personnel, le CA détermine pendant quelle durée l'indemnité visée à l'al. 1 est versée (al. 5).

##### **E. 4.1.1**

Il ressort des travaux préparatoires que les membres du personnel sont répartis dans différentes catégories énumérées aux al. 2 à 5, cette énumération étant exhaustive. Le terme de « fonctionnaire » a été abandonné, les personnes nommées par décision pour une durée indéterminée étant désignées comme employés ou employées et les personnes engagées pour une durée déterminée par un contrat de droit public étant des auxiliaires si elles n'entraient pas dans des catégories spéciales des apprenti-e-s ou des stagiaires (Mémorial des séances du Conseil municipal de la ville du 10 novembre 2009, PR-749 p. 2300 s). Il n'existait donc que deux formes d'engagement pour le personnel : la nomination (art. 24), qui est la procédure ordinaire, et l'engagement par contrat de droit public, dans des situations clairement délimitées par le statut (art. 28). Les travaux préparatoires précisent

également qu'il n'y a plus de décision de nomination à la fin de la période d'essai (Mémorial des séances du Conseil municipal de la ville du 10 novembre 2009, PR-749 p. 2289 s).

#### **E. 4.1.2**

Comme déjà mentionné, sont des employées et employés les membres du personnel nommés pour une durée indéterminée (art. 6 al. 2 du SPVG). Les employées et employés sont nommés initialement pour une période d'essai de deux ans (art. 27 al. 1 SPVG). En revanche, les auxiliaires, les stagiaires et les apprenties et apprentis sont engagés par un contrat de droit privé, dans des modalités précises pour chaque catégorie de personnel (art. 6 al. 3, 4, 5 et art. 28 SPVG).

#### **E. 4.1.3**

Le CA peut, par contrat de droit public, engager des auxiliaires pour une durée déterminée dans les cas suivants : a) lorsque la mission confiée est de nature temporaire, saisonnière ou expérimentale, b) si le traitement est financé par des contributions de tiers, dont la pérennité n'est pas assurée ou c) afin de permettre à chaque membre du CA de disposer au maximum de deux collaborateurs personnels ou collaboratrices personnelles pour la durée de la législature (art. 28 al. 1 SPVG). Le contrat de travail peut exceptionnellement contenir des dispositions dérogeant aux chapitres V (droits du personnel) et au chapitre VI (devoirs du personnel) du présent statut, et à leurs dispositions d'exécution si des circonstances particulières l'exigent. Ces dérogations sont précisées par voie réglementaire. Dans ce cas, il ne peut toutefois être dérogé au détriment de l'auxiliaire, du ou de la stagiaire ou de l'apprentie ou de l'apprenti, aux prescriptions impératives du CO (art. 28 al. 4 SPVG). Les dérogations au sens de l'al. 4 sont caduques de plein droit dès que les rapports de service ont duré plus de 24 mois consécutifs (art. 28 al. 5 SPVG).

#### **E. 4.1.4**

Selon l'art. 3 al. 1 SPVG, les rapports de service des membres du personnel sont régis par le statut, les dispositions d'exécution, ainsi que, le cas échéant, les clauses du contrat de travail. En cas de lacune, les dispositions pertinentes du CO sont applicables à titre de droit public supplétif (art. 3 al. 2 SPVG).

#### **E. 4.2**

Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. De plus, il ne suffit pas que les motifs de la décision attaquée soient insoutenables, encore faut-il que cette dernière soit arbitraire dans son résultat (ATF 141 I 49 consid. 3.4 ; 140 I 201 consid. 6.1 ; 138 I 305 consid. 4.4). Une décision ou un arrêté est contraire au principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 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 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 142 V 316 consid. 6.1.1 ; 138 V 176 consid. 8.2 ; Vincent MARTENET, Géométrie de l'égalité, 2003, p. 260 ss).

#### **E. 4.3**

Dans un ATA/1314/2019 du 3 septembre 2019, confirmé par le Tribunal fédéral le 17 septembre 2020 ( 8C\_702/2019 ), la chambre de céans a considéré que la distinction entre un employé libéré de son obligation de travailler, qui n'était pas malade et percevait son salaire pendant le délai de congé, et celui qui était malade et qui avait dépassé les durées prévues par l'art. 57 al. 2 SPVG au jour du prononcé de la résiliation des rapports de service ne le percevait donc plus était prévue par le SPVG. Dans ce cas de figure, un employé malade ne bénéficiait donc pas des mêmes prestations de la part de son employeur qu'un employé qui ne l'était pas. En effet, la règle générale disposait que les membres du personnel avaient droit à un traitement versé en principe chaque mois avec remise d'un décompte. Le droit au traitement prenait naissance le jour de l'entrée en fonction et s'éteignait le jour de la cessation des rapports de service (art. 42 al. 1 SPVG). Pour les employés qui étaient malades avant la fin des rapports de service, le statut prévoyait non pas le versement d'un traitement, mais le versement d'une indemnité dont les conditions figuraient notamment à l'art. 57 SPVG. Les droits et les obligations des employés malades et de ceux qui ne l'étaient pas différaient en outre sur plusieurs autres points (protection contre le licenciement en temps inopportun, obligation de présenter un certificat médical, réduction du droit aux vacances, etc.). Cette distinction statutaire découlait du fait que l'employé malade n'était pas en mesure d'accomplir les tâches pour lesquelles il recevait un traitement, mais aussi du fait qu'il devait, en raison de la situation de faiblesse qui était la sienne, bénéficier de la part de son employeur d'une attention particulière (voir par exemple l'art. 39 al. 2 SPVG relatif aux mesures visant à éviter ou limiter l'invalidité). Reposant sur une base statutaire claire, justifiée par des motifs à la fois professionnels et sociaux et opérant une distinction entre deux situations objectivement différentes, la solution consistant à refuser au recourant le versement d'une indemnité pendant le délai de congé alors qu'il était libéré de son obligation de travailler en raison de sa maladie et qu'il avait épuisé les périodes prévues par l'art. 57 al. 2 du SPVG ne pouvait ainsi pas être qualifiée d'arbitraire ou de contraire au principe de l'égalité de traitement.

#### **E. 4.4**

En l'espèce, il résulte d'une décision du CA du 18 mai 2022, que désormais la décision de nomination mentionne depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2022, que l'employé a droit en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident non professionnel attestés par un certificat médical, à une indemnité égale au dernier traitement avant la survenance de l'incapacité, conformément à l'art. 57 al. 1 SPVG. Cette indemnité est versée pendant vingt-quatre mois dans une période de 900 jours consécutifs. Demeurent réservées les dispositions légales sur l'assurance-accident. En particulier, « en cas de résiliation des rapports de service pendant le temps d'essai, le versement de cette indemnité cessera si le licenciement devait reposer sur des éléments rendant la poursuite des rapports de service difficile, indépendamment de l'absence pour cause de maladie ou d'accident non professionnel. [L'employé avait] dès lors la possibilité de conclure, à titre individuel, une assurance perte de gain auprès de l'assurance de [son] choix, pour la durée de [son] temps d'essai ». Ces paragraphes ont été intégrés à la lettre de nomination de la recourante, qui les a acceptés en la signant. La ville estime que sa nouvelle pratique lui permettrait donc de ne plus verser d'indemnités à la

recourante à compter du 1<sup>er</sup> juin 2023, les rapports de travail ayant pris fin au 31 mai 2023. La recourante aurait accepté ces clauses en signant sa lettre de nomination. Certes, le SPVG prévoit que l'autorité peut recourir au contrat de droit public. Cependant, ces situations sont expressément délimitées par les art. 28ss SPVG. Dans cette hypothèse, l'art. 3 al. 1 in fine SPVG prévoit d'ailleurs qu'outre le SPVG et ses dispositions d'exécution, les rapports de service sont « cas échéant » régis par les dispositions du contrat de travail. Or, il ressort du dossier que la recourante n'a pas été engagée au bénéfice d'un tel contrat de droit public de durée déterminée au sens de l'art. 28 SPVG et dont les clauses particulières pourraient « exceptionnellement contenir des dispositions dérogeant aux chapitres V et VI du statut » mais bien en qualité d'employée au sens de l'art. 24 SPVG, avec un temps d'essai de deux ans. Contrairement à ce qu'indique la ville, l'insertion dans la lettre de nomination des paragraphes précités ne transforme pas de facto l'engagement de la recourante en un tel contrat de droit public au sens de l'art. 28 SPVG, cette disposition visant spécifiquement d'autres cas que celui de la recourante. Dans ces conditions, la mention, dans la lettre de nomination de la recourante des paragraphes précités, n'est pas déterminante pour examiner la situation, la recourante étant donc uniquement soumise au SPVG et à ses dispositions d'exécution. Le SPVG ne prévoit à son art. 57 aucune distinction entre « employés en période d'essai » et employés pour une durée indéterminée. Certes, il existe une autonomie communale étendue et un large pouvoir d'appréciation concernant les modalités des rapports de service, mais l'activité communale reste régie par les principes de droit administratif, dont le principe de la légalité et la loi ne laisse aucune place à une réglementation contractuelle sur ce point. Les situations où les employés en période d'essai et les employés nommés pour une durée indéterminée doivent être traités différemment sont d'ailleurs expressément prévues dans le SPVG, comme par exemple à l'art. 36 SPVG, les employés encore en période d'essai ne bénéficiant que des périodes de protection prévues à l'art. 336c CO, tandis que les employés ayant dépassé la période d'essai de deux ans ne peuvent se voir résilier leur contrat durant une période d'incapacité de travail donnant lieu à l'indemnité considérée. Tel n'est pas le cas de l'art. 57 SPVG, qui ne prévoit aucun traitement différencié entre les employés. Certes, on comprend du raisonnement de l'employeuse qui figure dans ses écritures, que l'inclusion de la clause querellée dans la lettre de nomination s'expliquait par un changement de pratique générale décidé par le CA, ce dernier ayant modifié, selon ses explications écrites en procédure, la pratique prévalant depuis le 12 février 2014 qui voulait qu'en cas d'incapacité de travail pour maladie notamment, l'indemnisation des membres du personnel soit maintenue au-delà de la fin des rapports de service, à l'exception des cas de démission. Bien que la distinction voulue par l'employeuse puisse être justifiée par des motifs professionnels, elle ne repose pas sur une base légale claire et opère une distinction que le statut ne prévoit pas. Elle crée des catégories nouvelles au sein des employés entre ceux dont les rapports de service ont été résiliés sans que cela repose sur « des éléments rendant la poursuite des rapports de service difficile » et les autres. Ce critère, juridiquement indéfini, permet d'ailleurs diverses interprétations ne garantissant pas le respect de l'égalité de traitement entre employés. Il modifie une pratique établie, à teneur des écritures de l'intimée, depuis 2014, qui prévoyait « qu'en cas d'incapacité pour maladie, notamment, l'indemnisation des membres du personnel était maintenue au-delà de la fin des rapports de service, à l'exception des cas de démission », sans que cela ne repose ni sur le statut, ni sur ses règlements d'application. Dans ces conditions, il doit être souligné que le pouvoir exécutif est tenu d'appliquer le SPVG et ne peut le contourner. Si la ville souhaite dorénavant refuser cette possibilité à ses

employés dont le contrat a été résilié durant la période d'essai, il lui appartient de suivre les mécanismes prévus à cet effet et notamment l'art. 18 al. 5 SPVG selon lequel le CA ou l'instance déléguée par lui à cet effet ouvre des négociations avec les organisations représentatives du personnel et les commissions du personnel concernées avant toute modification du statut ou du REGAP notamment. La réglementation découlant du statut est claire et ne souffre d'aucune interprétation. En conséquence, la pratique instaurée depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2022 est contraire au statut, lequel ne laisse au CA aucune marge d'interprétation sur ce point. En particulier, le fait que ce changement de pratique aurait été agréé par les partenaires sociaux ne saurait le dispenser d'être conforme au statut et aurait ainsi dû y figurer pour être opposable aux employés. Enfin, le fait que la recourante n'allègue pas que d'autres employés licenciés en temps d'essai auraient été soumis à un régime plus favorable ou différent du sien ne saurait lui être opposé, cette dernière n'ayant aucun moyen de le démontrer et la ville n'ayant justement pas prouvé que ce nouveau régime, contraire au statut, respecterait le principe de l'égalité de traitement. Au vu de ce qui précède, le changement de pratique décidé par le CA en mai 2022 et appliqué depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2022, n'est pas conforme au SPVG et ne repose sur aucune base légale. Un tel changement de pratique ne pouvait pas être opéré sans passer par la révision de la réglementation applicable. Il en va de même de la décision litigieuse, en tant qu'elle refuse le versement de l'indemnité pour maladie à la recourante pour la période considérée, cette dernière n'ayant pas épuisé la durée pour le versement de l'indemnité prévue par l'art. 57 al. 2 SPVG (24 mois sur une période de 900 jours). L'indication dans la lettre de nomination selon laquelle elle était libre de conclure une assurance perte de gain privée ne modifie pas ce qui précède. Les prétentions financières de la recourante portant sur le versement des indemnités pour maladie pour la période du 1<sup>er</sup> juin au 7 juillet 2023 sont donc fondées. Dans ces circonstances, le recours sera partiellement admis et la décision litigieuse sera annulée en tant qu'elle refuse le paiement de l'indemnité pour maladie prévue à l'art. 57 al. 2 SPVG pour la période du 1<sup>er</sup> juin au 7 juillet 2023.

#### **E. 4.5**

L'État et les administrés sont tenus de payer des intérêts moratoires de 5 %, lorsqu'ils sont en demeure d'exécuter une obligation pécuniaire de droit public. Il s'agit là d'un principe général du droit, non écrit, auquel la loi peut certes déroger, mais qui prévaut lorsque celle-ci ne prévoit rien, comme c'est le cas en l'espèce (ATF 101 Ib 252 consid. 4b ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_546/2008 du 29 janvier 2009 consid. 3.2 ; ATA/194/2014 précité). Le choix d'une date moyenne pour le calcul des intérêts correspond à une solution pragmatique qui peut être suivie. La date du 15 juillet 2023 proposée par la recourante sera ainsi retenue. Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission partielle du recours. La cause sera renvoyée à la ville pour procéder au versement de l'indemnité due à la recourante durant la période cumulée du 1<sup>er</sup> juin au 7 juillet 2023 moyennant un taux d'intérêts de 5 % dès le 15 juillet 2023 et en tenant compte de la classe de traitement, du 13<sup>e</sup> et salaire progressif au prorata. Le recours sera rejeté pour le surplus.

#### **E. 5**

Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument vu la qualité de l'intimée (art. 87 al. 1 2<sup>e</sup> phr. LPA) et une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera accordée à la recourante, qui a partiellement obtenu gain de cause et exposé des frais pour sa défense, à la charge de la Ville de Genève (art. 87 al. 2 LPA). Compte tenu des conclusions du recours, la valeur litigieuse est supérieure à CHF 15'000.- (art. 112 al. 1 let. d de la loi fédérale sur le Tribunal

fédéral du 17 juin 2005 - LTF - RS 173.110). \* \* \* \* \*

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