

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4637/2008-EPM

ATA/593/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 17 novembre 2009

dans la cause

Madame Z _____

représentée par Me Alain Hirsch, avocat

contre

HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE

représentés par Me Pierre Martin-Achard, avocat

EN FAIT

1. Madame Z_____ a été engagée en qualité d'infirmière aux Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) le 3 décembre 1985. Elle a été nommée fonctionnaire le 1^{er} février 1989.
2. Le taux d'activité de Mme Z_____ est de 60% depuis le 1^{er} octobre 1996 et elle effectue régulièrement, mais pas exclusivement, son travail selon un horaire de nuit, soit entre 19h00 et 06h00.

Pendant les années 2004 à 2008, Mme Z_____ a reçu régulièrement tous les mois des indemnités pour travail de nuit, se montant à environ 10% de son traitement de base, en fonction du planning de travail qui lui avait été fixé.
3. Mme Z_____ est en incapacité de travail pour maladie depuis le 1er juillet 2008. Depuis cette date, elle a perçu son traitement de base mais aucune indemnité pour travail de nuit.
4. Mme Z_____ a pris cinq semaines de vacances annuellement sauf en 2008. Elle a perçu durant ces périodes son traitement de base sans indemnité pour travail de nuit.
5. Le 22 octobre 2008, le conseil de Mme Z_____ a demandé à la direction des HUG le paiement des indemnités pour service de nuit dès le 1^{er} juillet 2008 ainsi que le paiement rétroactif des mêmes indemnités pour les vacances prises de 2004 à 2007, selon la moyenne des indemnités perçues dans l'année concernée.
6. Le 31 octobre 2008, les HUG ont répondu à Mme Z_____ que le statut du personnel des HUG et la pratique des HUG ne prévoyaient pas le paiement de ces indemnités pendant les périodes non travaillées.
7. Par demande en paiement, reçue le 17 décembre 2008 au Tribunal administratif, Mme Z_____ a réclamé aux HUG le versement de CHF 2'280.-, correspondant aux indemnités non payées pendant les vacances en 2004 : CHF 610.- ; en 2005 : CHF 550.- ; en 2006 : CHF 580.- et en 2007 : CHF 540.-. En 2008, elle n'avait pas pu prendre de vacances et son droit serait reporté sur 2009. Ces montants correspondaient au 5/47^e des indemnités annuelles payées pour travail de nuit.

La demande concluait également au paiement de CHF 2'550.- correspondant aux indemnités qui lui auraient été payées pour les mois de juillet à novembre 2008 si elle n'avait pas été absente pour cause de maladie, selon une moyenne calculée sur les mois de janvier à juin 2008 ($3'072.-/6 = \text{CHF } 510.-$ par mois),

ainsi que la poursuite du versement de CHF 510.- pour les mois d'incapacité de travail encore à venir, soit en décembre 2008 et pendant l'année 2009.

Les montants de CHF 2'280.- et CHF 2'550.- devaient porter intérêts à 5 % l'an dès le 17 décembre 2008. Les montants correspondants au mois de décembre 2008 et les mois suivants devaient porter intérêts à 5 % l'an dès la fin de chaque mois en cause.

Les HUG devaient être condamnés à lui verser une indemnité de procédure.

Les lois, règlements ou statut applicables ne prévoyaient pas quel montant devait être payé au personnel des HUG pendant les vacances. Il y avait une lacune de la loi qui devait être comblée sur la base du but poursuivi par la loi et les principes généraux du droit. La loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220) trouvait application en tant que droit public supplétif.

L'art. 329d CO et la jurisprudence rendue sur cette base, prévoyaient que le travailleur devait être traité, pendant les vacances, de la même façon du point de vue salarial comme s'il travaillait, sans avantage, ni inconvénient pour lui. Les indemnités à titre d'heures supplémentaires ou pour travail effectué de nuit ou le dimanche devaient être prises en compte pour autant qu'elles aient un caractère régulier et durable. Ces principes avaient été reconnus par les établissements publics fédéraux comme la Poste et les CFF.

Le statut, reprenant textuellement le règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics du 24 février 1999 (RPAC - B 5 05 01), prévoyait qu'en cas d'absence pour cause de maladie le traitement était remplacé par une indemnité pour incapacité de travail. Tant "l'indemnité EPM", destinée aux collaborateurs des établissements publics médicaux jusqu'à la classe 15, que l'allocation de naissance étaient payées en cas d'incapacité de travail.

L'art. 324a CO prévoyait également qu'en cas de maladie, la rémunération du travailleur soit la même, sans avantage ni inconvénient pour lui, que s'il travaillait.

8. Le 30 janvier 2009, les HUG ont déposé leur réponse.

Mme Z_____ devait être déboutée des fins de sa demande.

Les indemnités pour service de nuit étaient destinées à compenser la pénibilité du travail nocturne. Selon une pratique constante, elles n'étaient par versées pendant les périodes de vacances ou d'incapacité de travail. A la suite de négociations entre les représentants syndicaux du personnel et les HUG, une indemnité pour service de nuit avait été décidée. Cette indemnité, d'un montant de

CHF 7,25 par heure et CHF 7,35 depuis le 1^{er} octobre 2008, était versée pour chaque heure accomplie entre 19h00 et 06h00, la semaine, le week-end et les jours fériés.

Cette pratique était légale et conforme au principe d'égalité de traitement.

9. Les parties ont versé au dossier les bulletins de salaire ainsi que les récapitulatifs des traitements pour les années concernées.
10. Le 10 février 2009, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. L'action pécuniaire ayant été déposée avant l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2009, de la loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire du 18 septembre 2008, il convient de déterminer le droit applicable.
2. Le 18 septembre 2008, le Grand Conseil de la République et canton de Genève a modifié la loi d'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05). Cette nouvelle, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, répond à l'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) qui garantit l'accès au juge, et à l'art. 86 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) qui oblige les cantons à instituer des tribunaux supérieurs statuant en dernière instance comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral. Elle a notamment entraîné l'abrogation de l'art. 56B al. 4 LOJ et la modification de l'art. 56G LOJ. Ainsi, le Tribunal administratif est désormais compétent pour connaître des recours contre les décisions concernant le statut et les rapports de service des fonctionnaires et autres membres du personnel de l'Etat et l'action pécuniaire est devenue une action contractuelle 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 (ATA/396/2009 du 25 août 2009 ; ATA/178/2009 du 7 avril 2009).
3. L'action pécuniaire a été déposée en 2008 mais est jugée en 2009. Les dispositions transitoires figurant à l'art. 162 LOJ ne déterminent pas si le Tribunal administratif doit appliquer les anciennes ou les nouvelles clauses de compétence. Il convient dès lors de trancher la présente cause en application des principes généraux du droit intertemporel (ATA/221/2009 du 5 mai 2009).
4. En principe, le nouveau droit s'applique à toutes les situations qui interviennent depuis son entrée en vigueur. En particulier, en l'absence de dispositions transitoires, les nouvelles règles de nature procédurale doivent s'appliquer immédiatement à toutes les affaires pendantes (ATF 130 V 560, 562 ;

111 V 46, 47 ; Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5714/2007 du 18 mars 2008, consid. 3.4 et les réf. citées ; ATA/356/2008 du 24 juin 2008 ; voir aussi U. HAEFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zurich, 2006, p. 66, no 327a ; P. MOOR, *Droit administratif*, vol. I, Berne, 1994, p. 171), sous réserve de deux exceptions. Premièrement, si une autorité compétente selon l'ancien droit a été saisie avant l'entrée en vigueur du nouveau droit et n'a pas été abolie par ce dernier, elle reste compétente pour connaître de l'affaire en cause (ATF 130 V 90, 93). Deuxièmement, les nouvelles règles de procédure ne peuvent être appliquées immédiatement que si elles restent dans une certaine continuité avec le système antérieur, sans en bouleverser les fondements (ATF 112 V 356, 360 ; U. HAEFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, *op. cit.*, p. 66, n° 327a). Une règle nouvelle qui modifie la procédure à suivre devant l'autorité dont la décision est entreprise ne saurait être appliquée par l'autorité de recours. Une telle application conférerait un effet rétroactif à la règle de procédure (B. KNAPP, *Précis de droit administratif*, Bâle, 1991, p. 123, n° 594).

5. En l'occurrence, en ouvrant une voie de recours contre les décisions relatives au statut et aux rapports de service des fonctionnaires et autres membres du personnel de l'Etat, le nouveau droit a restreint les possibilités d'intenter une action pécuniaire. La procédure à suivre devant l'autorité de recours n'est ainsi pas identique selon le nouveau ou l'ancien droit. Il convient dès lors d'appliquer à la présente cause, introduite avant la modification législative, les règles de la LOJ dans leur ancienne teneur (ci-après : aLOJ) (ATA/309/2009 du 23 juin 2009).
6. Selon l'art. 56G al. 1^{er} aLOJ, le Tribunal administratif connaît en instance unique des actions relatives à des prétentions de nature pécuniaire fondées sur le droit public cantonal qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision au sens de l'art. 56A al. 2 aLOJ, et qui découlent des rapports entre l'Etat, les communes, les autres corporations et établissements de droit public et leurs agents publics.

Sont des prétentions de nature pécuniaire, c'est-à-dire appréciables en argent, celles qui tendent directement à l'octroi de sommes en espèces, notamment au paiement de traitements, d'allocations, d'indemnités, d'heures supplémentaires ou de prestations d'assurance (ATA/655/2007 du 16 décembre 2007 et les réf. citées). Le Tribunal administratif est par exemple compétent pour statuer sur une demande en paiement de la réparation financière de désavantage que le fonctionnaire a subi en raison d'une clause illicite de traitement contenue dans l'acte d'engagement (Arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 1987, publié in SJ 1988 p. 292) ou encore une demande portant sur le paiement de vacances non prises (ATA/655/2007 précité).

La demande de Mme Z_____ qui porte sur le versement d'une somme d'argent correspondant à une part de traitement, doit être qualifiée de prétention pécuniaire.

7. Sous réserve de la prescription de cinq ans qui court dès que la créance est devenue exigible ou de la péremption du droit invoqué, l'action n'est subordonnée à aucun délai. Elle est ainsi recevable (art. 128 ch. 3 et 130 al. 1 CO par analogie ; ATA/655/2007 précité).
8. La question litigieuse est celle de savoir si un montant, correspondant à la moyenne des indemnités pour service de nuit payées, doit être inclus dans la rémunération d'une période d'incapacité de travail et de vacances.
9.
 - a. La pratique des HUG de ne pas incorporer les indemnités pour travail de nuit dans le salaire afférent aux vacances correspond à l'interprétation que donnent les HUG aux dispositions légales applicables. En tant que telle, cette pratique administrative ne lie pas le tribunal de céans (P. MOOR, Droit administratif, tome I, Berne 1994, p. 76).
 - b. Aux HUG, en cas de versement pour des heures travaillées de nuit, l'indemnité est soumise aux cotisations sociales AVS, AC, assurance maternité, mais non à l'assurance perte de traitement.
 - c. Les règles du CO concernant les rapports de travail ne sont pas applicables directement aux rapports de travail de droit public, elles ne le deviennent que lorsque le droit public les déclare applicables ou lorsque le droit public se révèle lacunaire (ATA/274/2008 du 27 mai 2008 et les réf. citées). La réglementation de droit public, doit être considérée comme une *lex specialis*, les règles du CO étant la loi générale (L. SUBILLA-ROUGE, RDAF 2003 I, p. 290).
 - d. Il y a lacune dans une réglementation juridique lorsqu'une question se pose à laquelle aucune réponse ne peut être trouvée par l'interprétation ou, en droit administratif, par l'application de principes généraux ou de règles générales. On distingue ainsi les lacunes non authentiques qui sont caractérisées par le fait que le législateur a délibérément omis de prévoir une règle (silence qualifié) et les lacunes authentiques qui se caractérisent par le fait que l'application du texte exige qu'une règle soit posée et que le législateur aurait prévu la règle nécessaire s'il y avait songé (ATF 107 V 196 ; 94 I 308 ; 89 I 270 ; 84 I 96 ; ATA/778/2002 du 10 décembre 2002 consid. 5).
10.
 - a. Sur la base des art. 33 LPAC et 7 de la loi sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980 (K 2 05), les HUG ont adopté le 16 décembre 1999, le statut du personnel HUG (ci- après : statut), approuvé par le Conseil d'Etat.
 - 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. Les dispositions concernant les vacances, ne traitent que de leur durée. Il est néanmoins précisé que chaque jour de vacances correspond à un jour de travail (art. 29 al. 3 du statut).

d. La loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat et des établissements hospitaliers du 21 décembre 1973 (LTrait - B 5 15) ou le règlement d'application de la LTrait du 17 octobre 1979 (RTrait - B 5 15.01) également applicables, ne prévoient pas le versement d'une indemnité pour service de nuit au personnel des HUG.

11. Le traitement est déterminé selon une échelle fixant le traitement annuel en fonction d'une classe et d'une position. Ce montant, qui est payé par mensualités égales, inclut le traitement pendant les vacances (art. 2 al. 1 et 10 al. 2 LTrait dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2008).

Le traitement étant ainsi expressément défini, il en résulte que les indemnités pour travail de nuit ne sont pas incluses dans celui-ci sans que la loi soit lacunaire.

En conséquence, la demande doit être rejetée sur ce point.

12. Cette dernière porte également sur le paiement de l'indemnité pour service de nuit pendant une période d'incapacité de travail.

a. En cas d'absence pour cause de maladie ou d'accident, attestée par un certificat médical, le traitement est remplacé par une indemnité pour incapacité de travail. Moyennant une prime payée par le fonctionnaire, l'établissement garantit la totalité du traitement à concurrence de 730 jours civils, soit 520 jours de travail (art. 56 al. 1 et 2 du statut).

b. Il existe d'autres indemnités pour inconvénients de service dans la fonction publique :

Les fonctionnaires de la police, par exemple, reçoivent une indemnité forfaitaire pour inconvénients de service (art. 47 de la loi sur la police du 27 octobre 1957 - LPol - F 1 05). Celle-ci, qui correspond à 15 % du traitement initial, est versée forfaitairement et ne dépend pas du fait que l'activité est effectivement exercée.

Le Tribunal administratif a déjà jugé, s'agissant d'une indemnité pour maîtrise de classe, que celle-ci étant versée en sus du traitement au sens strict, elle ne faisait pas partie de l'indemnisation due en cas d'incapacité de travail (ATA/378/2001 du 29 mai 2001).

En l'espèce, l'indemnité pour travail de nuit des HUG, qui n'est pas prévue dans le statut, est versée mensuellement sous la forme d'un supplément de

traitement pour chaque heure effectuée, cas échéant, pendant le service de nuit. Elle est variable et fonction de l'activité réellement exercée, à l'inverse de l'indemnité pour inconvénients versées aux fonctionnaires de la police.

En conséquence, la rémunération garantie en période d'incapacité de travail, qui correspond à la totalité du traitement au sens de l'art. 55 al. 1 du statut, ne comprend pas l'indemnité pour inconvénients, versée, cas échéant, uniquement pour compenser les inconvénients liés au travail effectué de nuit.

La demande sera rejetée sur ce point également.

13. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à charge de Mme Z_____ qui succombe (art. 87 LPA). Quant aux HUG, en application de la jurisprudence constante du tribunal de céans, ils n'ont pas droit à une indemnité de procédure (ATA/233/2008 du 20 mai 2008 et les références citées).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable l'action précuniaire déposée le 17 décembre 2008 par Madame Z_____ contre les Hôpitaux universitaires de Genève ;

au fond :

la rejette ;

met à la charge de Mme Z_____ un émolument de CHF 500.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure aux Hôpitaux universitaires de Genève;

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

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

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

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

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

communiqué le présent arrêt à Me Alain Hirsch, avocat de Mme Z_____ ainsi qu'à Me Pierre Martin-Achard, avocat des Hôpitaux universitaires de Genève.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy, Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. a.i. :

F. Rossi

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :