

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1837/2009-FPUBL

ATA/640/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 1^{er} octobre 2013

dans la cause

Madame X_____

Madame Y_____

Madame Z_____

Madame V_____

Madame W_____

représentées par Me Romolo Molo et Me Christian Dandrès, avocats

contre

HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE

représentés par Me Pierre Martin-Achard, avocat

EN FAIT

- 1) Madame X_____ travaille depuis le 1^{er} juillet 2006 au service des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) en qualité d'art-thérapeute. Par arrêté du conseil d'administration des HUG du 15 mai 2008, elle a été nommée fonctionnaire dès le 1^{er} juillet_ 2008 avec un taux d'activité de 60 %. Elle a été affectée à 40 % au service de soins continus de l'hôpital de Loëx, unité dépendant du département de réhabilitation gériatrique, et à 20 % au Centre de soins continus (ci-après : Cesco), à l'hôpital de Bellerive.

Une « indemnité pour inconvénients de service » (ci-après : l'indemnité), qui n'était mentionnée ni dans le contrat d'engagement, ni dans l'arrêté de nomination, lui a été versée dès le mois d'août 2006, en sus de son traitement.

- 2) Madame Y_____ est entrée au service des HUG comme psychologue le _____ 2001. Par arrêté du conseil d'administration des HUG du 22 janvier 2004, elle a été nommée fonctionnaire dès le 1^{er} février 2004, avec un taux d'activité de 70 % au service de psychiatrie gériatrique. Elle a exercé son activité à l'hôpital de Loëx, au service de soins continus, dépendant du département de réhabilitation gériatrique.

L'indemnité, ne figurant ni dans le contrat d'engagement ni dans l'arrêté de nomination, lui a été versée dès le mois d'août 2001.

- 3) Madame Z_____ a été engagée par les HUG le 1^{er} juillet 2002 en qualité d'assistante dentaire. Nommée fonctionnaire par arrêté du conseil d'administration des HUG du 23 octobre 2003 pour le 1^{er} novembre 2003, elle a exercé son activité à 80 %, à l'hôpital de Loëx, au Cesco, ainsi qu'à Belle-Idée, en gériatrie et en psychogériatrie.

L'indemnité, ne figurant ni dans le contrat d'engagement ni dans l'arrêté de nomination, lui a été payée dès le mois d'août 2002.

- 4) Madame V_____ est entrée au service des HUG en tant qu'auxiliaire psychologue 1 dès le 1^{er} février 2002, puis en qualité de psychologue dès le 1^{er} mai 2002. Elle a été nommée fonctionnaire dès le 1^{er} février 2005. Elle a exercé son activité à raison de 40 % à l'hôpital des Trois-Chêne, 40 % au Cesco et 20 % à l'hôpital de Loëx.

Mme V_____ a perçu une indemnité dès le mois de juin 2002.

- 5) Madame W_____ travaille au sein des HUG depuis le 1^{er} janvier 2004 en qualité de pédicure-podologue. Par arrêté du conseil d'administration du 28

novembre 2006, elle a été nommée fonctionnaire pour le 1^{er} janvier 2007 et a exercé son activité à 100 % au service de soins continus de l'hôpital de Loëx.

Une indemnité lui a été versée dès février 2004, en sus de son traitement, sans que celle-ci n'ait été mentionnée dans sa lettre d'engagement ou l'arrêté de nomination.

- 6) Le 13 novembre 2007, Mme W_____ a reçu un courrier de la direction des ressources humaines des HUG, lui indiquant qu'après vérification de l'octroi des primes attribuées aux collaborateurs du département de réhabilitation et gériatrie, l'indemnité lui avait été versée à tort. Aucun remboursement ne lui serait demandé, mais cette indemnité serait supprimée dès le 1^{er} janvier 2008.

Le 22 novembre 2007, Mmes V_____ et Y_____ ont reçu des courriers similaires, de même que Mme X_____ le 5 décembre 2007 et Mme Z_____ le 12 décembre 2007.

- 7) Parallèlement, le 20 novembre 2007, certains bénéficiaires de l'indemnité au sein des HUG, dont Mmes X_____, Y_____, Z_____, V_____ et W_____ (ci-après : les intéressées), se sont adressés à Monsieur E_____, directeur des ressources humaines, suite à des rumeurs de suppression de ladite indemnité, aussi appelée « prime de gériatrie ». Une telle suppression serait contraire aux assurances données par une circulaire du comité de direction des HUG, datée du 14 décembre 2006, concernant les mesures de l'opération dite « Victoria », liée au projet de budget 2007.

Le point 5 de ladite circulaire indiquait que la prime de gériatrie serait intégrée au salaire de base en cas de transfert hors d'un service de gériatrie. De même, en cas de suppression d'emploi et de transfert dans une activité de classe salariale inférieure, les droits acquis seraient conservés, dont la prime (point 4).

- 8) Le 10 décembre 2007, M. E_____ a répondu aux signataires de la lettre précitée.

L'art. 4 du règlement concernant le versement d'une indemnité pour inconvénients de service au personnel soignant du 19 septembre 1979 (ci-après : le règlement) ne prévoyait pas d'indemnisation pour les fonctions suivantes : psychologue, art-thérapeute, podologue, assistante dentaire, animateur et psychomotricienne. A l'occasion d'une analyse de l'ensemble des indemnités versées aux collaborateurs, l'adéquation des montants perçus en regard des diverses réglementations avait été vérifiée et les indemnités indûment versées rectifiées.

- 9) Dès le 1^{er} janvier 2008, l'indemnité n'a plus été versée aux intéressées, notamment.

Un échange de courriers a eu lieu entre le syndicat des services publics, les mandataires des personnes précitées et les HUG, ces derniers refusant le paiement de l'indemnité au motif que le règlement ne visait pas les professions des intéressées.

- 10) Le 7 avril 2009, par courrier de leur mandataire, Mme X_____ et consorts ont prié les HUG de concrétiser leur détermination par une décision formelle.
- 11) Le 24 avril 2009, le directeur général des HUG a rendu cinq décisions confirmant le refus d'octroi de l'indemnité dès le 1^{er} janvier 2008 à l'encontre de Mme X_____ et consorts.

L'art. 4 al. 1 du règlement décrivait de manière exhaustive les ayants droit et l'art. 4 al. 2 prévoyait expressément que les titulaires d'autres fonctions n'avaient pas droit à l'indemnité.

Les intéressées n'exerçaient aucune des fonctions listées à l'art. 4 du règlement et ne pouvaient dès lors prétendre à une telle indemnité même s'il était arrivé par le passé qu'elle ait été octroyée à bien plaisir. L'octroi de l'indemnité correspondait à une situation particulière et définie. Cette attribution pouvait être revue à tout moment.

Fin 2007, les HUG avaient décidé de s'en tenir aux termes stricts du règlement.

La présente valait décision au sens de l'art. 4 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

- 12) Le 27 mai 2009, les intéressées ont déposé chacune un « recours et demande de paiement » auprès du Tribunal administratif, devenu depuis la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), à l'encontre de la décision des HUG, reçue le 28 avril 2009.

Elles concluaient à la constatation de la nullité des décisions des HUG et subsidiairement, à leur annulation, ainsi qu'au versement des indemnités depuis le 1^{er} janvier 2008, et dans tous les cas jusqu'à l'entrée en force de l'arrêt de la chambre administrative.

a. Elles avaient toutes été engagées par les HUG avec la certitude de percevoir l'indemnité, ce qui leur avait été annoncé lors des entretiens d'embauche et cela avait été le cas pendant de nombreuses années, sans qu'il ne leur ait jamais été indiqué qu'il s'agissait d'une indemnité à bien plaisir.

b. Sous l'angle des inconvénients de service, l'activité d'art-thérapeute n'était pas différente de celles de sociothérapeute ou d'ergothérapeute qui figuraient en toutes lettres à l'art. 4 du règlement.

L'activité de psychologue était semblable à celle de logopédiste ou de sociothérapeute figurant à l'art. 4 du règlement.

L'activité de l'aide dentaire, qui effectuait une série de soins corporels en faveur des patients, avant, pendant et après la prestation du médecin-dentiste, était similaire à celle d'aide hospitalière ou d'assistante technique en radiologie, figurant à l'art. 4 du règlement.

Les caractéristiques de l'activité de pédicure-podologue étaient similaires à celles concernant la profession d'infirmière spécialisée en diabétologie ou en plaies et cicatrises ou de physiothérapeute, exception faite de l'utilisation d'instruments tranchants. Ces deux professions figuraient en toutes lettres à l'art. 4 du règlement.

La distinction faite par les HUG entre les professions figurant dans le catalogue de l'art. 4 du règlement et les autres n'y figurant pas violait le principe d'égalité de traitement et n'était justifiée par aucun intérêt public visé par le règlement. Celui-ci avait pour objectif de compenser les peines endurées par un certain nombre de fonctionnaires, contraints d'exercer leur travail dans des conditions particulièrement astreignantes.

Le règlement avait été révisé pour la dernière fois en 1985 et les évolutions des activités exercées par le personnel des HUG n'avaient pas été prises en compte. A cette date, il n'y avait par exemple pas de podologue engagé à l'hôpital de Loëx. De même, certaines fonctions qui, en 1980, comprenaient encore des soins aux patients, telle celle d'infirmier-chef, ne comportaient aujourd'hui que des tâches administratives.

c. La décision violait le principe de la bonne foi. Le souci d'économie qui fondait la décision litigieuse ne permettait pas d'admettre le comportement contradictoire qui avait été celui des HUG.

d. En tous les cas, la suppression de l'indemnité ne pouvait être décidée avec effet rétroactif, comme c'était le cas de la décision du 24 avril 2009.

13) Le 20 août 2009, les HUG ont répondu aux recours en concluant à leur rejet.

a. La question de la recevabilité des recours se posait dès lors qu'ils n'avaient nullement l'obligation de rendre une décision sujette à recours, chaque intéressée ayant été informée au cours d'un entretien individuel, confirmé par écrit, de la suppression de l'indemnité dès le 1^{er} janvier 2008. Le 24 avril 2009, les HUG n'avaient que confirmé leur détermination du mois de novembre 2007, qui avait déjà valablement déployé ses effets.

b. Le règlement avait été élaboré par un groupe de travail institué par le département en charge de la santé publique après avoir constaté d'importantes

disparités entre les trois établissements octroyant des indemnités pour inconvénients de service, soit la clinique psychiatrique de Bel-Air (devenue Belle-Idée), l'hôpital de gériatrie (devenu les Trois-Chêne) et celui de Loëx, sur la base de réglementations diverses, alors que tous ces établissements, de même que le Cesco, devenu l'hôpital de Bellerive, faisaient désormais partie des HUG.

A teneur du rapport rendu par ce groupe de travail le 19 mars 1979, l'indemnité devait être versée uniquement au personnel soignant, ce qui impliquait obligatoirement et prioritairement pour le collaborateur un contact de nature thérapeutique, et de façon complémentaire des efforts physiques aux soins du corps. Le groupe de travail avait expressément refusé le principe de l'octroi d'une indemnité aux psychologues.

c. En vertu du principe de la légalité et du texte clair du règlement, les intéressées n'avaient pas droit aux indemnités. Les HUG se réservaient le droit de demander la restitution des sommes perçues indûment par les intéressées durant les cinq dernières années.

d. S'agissant de l'égalité de traitement, les professions énumérées dans le règlement avaient clairement une vocation thérapeutique, de réadaptation des patients par le travail du corps et/ou lors d'activités de groupe.

En revanche, l'activité des psychologues, même de ceux exerçant au sein des unités énoncées à l'art. 3 al. 1 du règlement, n'avait pas pour but premier de prodiguer des soins du corps aux patients, même s'il pouvait arriver qu'ils soient amenés, de temps à autre, à le faire en repositionnant un patient ou en l'accompagnant aux toilettes. Il n'en demeurerait pas moins qu'il ne s'agissait pas de leur activité première.

L'activité d'assistante dentaire, tant sous l'angle de la formation que des tâches qu'elle impliquait, était différente de celle d'infirmier, d'aide hospitalier, d'éducateur ou d'assistant technique en radiologie, notamment. L'assistante dentaire n'avait pas pour but prépondérant de prodiguer des soins du corps aux patients. De plus, lorsque l'intéressée prodiguait de tels soins du corps, elle le faisait généralement en assistant le médecin-dentiste, lequel se chargeait du traitement proprement dit du patient.

Dans tous les cas, l'effort physique déployé ne pouvait être comparé avec celui fourni, par exemple, par une aide hospitalière, chargée de nourrir et faire la toilette du patient.

En outre, les intéressées ne sauraient prétendre à l'égalité dans l'illégalité au cas où certaines professions mentionnées dans le règlement ne rempliraient pas les conditions fixées par son article 2.

e. La modification de la pratique administrative des HUG, revenant à une application stricte du règlement, avait été faite en respectant le principe de la bonne foi. Les HUG ne s'étaient jamais engagés vis-à-vis des intéressées à leur verser l'indemnité indéfiniment. Cette indemnité ne figurait d'ailleurs pas dans les contrats de travail ni dans les modifications successives de ceux-ci.

14) Le 13 novembre 2009, les intéressées ont répliqué.

a. Si le versement de l'indemnité était de nature contractuelle, la demande en paiement était recevable. Si le versement était fait en application du règlement, la décision, provenant d'une autorité administrative, devait pouvoir être contrôlée par un juge indépendant. Même si le législateur genevois n'avait reconnu que tardivement la nécessité de permettre le recours au juge, les autorités administratives étaient déjà liées par la jurisprudence en la matière.

b. Le règlement n'avait pas subi de modification depuis son approbation par le Conseil d'Etat le 14 novembre 1979. Les patients traités par le département de réhabilitation gériatrique se composaient d'une importante population de personnes très âgées (quatrième âge) et souffrant de multi-pathologies lourdes.

c. Les HUG n'avaient jamais formulé aucune réserve sur le caractère gracieux du versement de l'indemnité et ce, depuis l'entrée en fonction des intéressées. La volonté du Conseil d'Etat lors de l'adoption du règlement n'était pas d'exclure du versement de l'indemnité les fonctionnaires dont l'activité auprès des malades n'était pas strictement confinée aux soins du corps. L'élément déterminant et commun aux professions figurant à l'art. 4 était le contact direct avec le patient. Sinon, les éducateurs, les sociothérapeutes et les logopédistes ne figureraient pas dans la liste des bénéficiaires.

d. Le droit n'interdisait pas à une autorité de modifier sa pratique pour autant qu'elle n'adopte pas, ce faisant, un comportement contradictoire, contraire à la bonne foi. Les intéressées s'étaient vues privées, du jour au lendemain, d'une partie non négligeable de leur revenu, alors qu'elles avaient été engagées en ayant droit à cette indemnité.

Lors de l'adoption du règlement, le changement de pratique avait été effectué dans le souci de respecter le principe de la proportionnalité. Le Conseil d'Etat avait accompagné la restriction du cercle des bénéficiaires de l'indemnité d'une disposition transitoire, ayant pour finalité de préserver les avantages acquis par les collaborateurs en place.

15) Par décision du 14 décembre 2009, le juge délégué a joint les causes en une seule (sous n° A/1837/2009) et a suspendu cette dernière sur demande des parties.

16) Le 6 décembre 2010, le juge délégué a repris et resuspendu l'instruction de la cause pour un an, à la requête des parties.

- 17) Le 5 décembre 2011, le juge délégué a repris l'instruction de la cause.
- 18) a. Le 9 mars 2012, lors d'une audience de comparution personnelle, Mmes V_____, Z_____ et Y_____ ont exposé qu'elles avaient eu avant leur engagement un entretien avec Monsieur S_____, responsable des ressources humaines à l'hôpital de Loëx. A cette occasion, il leur avait expliqué que, compte tenu du contexte dans lequel elles travaillaient et des patients auxquels elles auraient affaire, elles pourraient bénéficier d'une indemnité. A aucun moment, il n'avait été dit que cette indemnité était versée à bien plaisir. Depuis, cette indemnité avait été prise en compte dans leur budget familial.

Elles étaient psychologues et avaient affaire à une population disposant d'une autonomie réduite. Dans leur bureau, il arrivait qu'elles doivent hydrater la bouche du patient, chercher un haricot si le patient vomissait, enlever la prothèse dentaire de l'un ou encore placer l'appareil auditif de l'autre, soit encore aider les personnes à se rendre aux toilettes. Elles étaient également confrontées à des patients atteints physiquement, amputés par exemple. Elles devaient subir leurs odeurs. En raison de leur état, les patients ne pouvaient leur apporter de gratification thérapeutique. N'étant pas situées dans l'unité de soins, elles ne pouvaient pas requérir l'assistance d'une aide-soignante. Lors des séances de groupe d'une dizaine de patients, elles étaient accompagnées d'une logopédiste qui recevait cette indemnité. Lorsque le règlement avait été édicté en 1979, il n'y avait pas de psychologue dans cet établissement.

- b. Mmes X_____ et Z_____ ont confirmé la description des patients faite par leurs collègues.

Mme X_____ a exposé que sa profession n'existait pas en 1979. A sa connaissance, la première art-thérapeute avait été engagée par les HUG en 1994. Sur le plan administratif, son activité était rattachée à l'ergothérapie, en particulier sur le plan salarial. Lors de son engagement, elle avait renoncé à une sixième semaine de vacances dont elle bénéficiait auprès de son employeur précédent au profit du versement de l'indemnité. Celle-ci constituait une reconnaissance non seulement financière mais également morale de la prise en charge globale des patients. Le refus des HUG de poursuivre le versement de cette indemnité manifestait un manque de gratitude envers son activité et les conditions dans lesquelles elle devait l'exercer.

Mme Z_____ a précisé qu'elle effectuait des radiographies seule ou en assistant le médecin-dentiste. Son activité était alors tout à fait analogue à celle d'un technicien en radiologie. Certains patients devaient être transférés dans leur fauteuil par élévateur et aucune aide-soignante n'était disponible pour l'aider, car lesdites aides étaient trop peu nombreuses. Elle travaillait à un taux de 40 % depuis le 1^{er} janvier 2011.

19) Le 7 mai 2012, les HUG ont dupliqué.

a. Les courriers individuels informant les intéressées que le versement de l'indemnité cesserait dès le 1^{er} janvier 2008 n'étaient pas susceptibles de recours compte tenu de l'état du droit à l'époque. Le courrier de confirmation, injustement qualifié de décision, du 24 avril 2009 n'ouvrait pas non plus la voie d'un recours.

La demande en paiement était également irrecevable, car le versement de l'indemnité ne découlait pas d'un contrat de droit public au sens de la disposition de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941, dans sa teneur du 1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2008 (aLOJ), applicable à l'époque des faits.

b. En vertu du principe de la légalité, seules les professions mentionnées dans le règlement avaient droit à l'indemnité. L'adoption du règlement avait eu comme conséquence de limiter le droit à cette dernière.

Le contact thérapeutique était marginal pour les activités de psychologue et d'art-thérapeute. Pour l'activité d'aide en médecine dentaire, le but prépondérant n'était pas de prodiguer des soins du corps aux patients. L'activité de pédicure-podologue était expressément exclue des catégories devant bénéficier de l'indemnité.

c. La projection de salaire qui avait été remise à l'engagement de certaines des intéressées mentionnait expressément qu'il s'agissait d'un document non contractuel.

20) a. Le 29 juin 2012, lors d'une audience de comparution personnelle, Mme W_____, pédicure-podologue, a exposé qu'elle avait reçu une projection de salaire lors de son engagement, incluant l'indemnité litigieuse. Elle avait pris des engagements financiers irréversibles sur cette base.

Elle recevait les patients en mesure de se déplacer dans un local ou se rendait dans leur chambre, s'ils restaient alités. Elle travaillait seule et ne pouvait pas solliciter l'aide du personnel soignant, qui avait suffisamment de travail. Elle utilisait des instruments tranchants. Certains patients nécessitaient un gros effort physique de sa part et elle avait suivi des cours à l'école du dos pour apprendre à mieux se positionner. Elle devait faire tout un travail de communication avec les patients et parfois les accompagner aux toilettes. Elle était également confrontée à des patients qui bavaient. Tout cela ne se produisait pas dans une activité en cabinet privé.

b. Le représentant des HUG a précisé que l'intéressée savait dans quel cadre elle exercerait son activité au moment de son engagement. L'indemnité ne faisant pas partie du salaire, elle pouvait être supprimée de sorte qu'il n'était pas prudent de tableur sur sa perception.

- 21) Le 30 août 2012, les HUG ont fait part de leurs observations.

Les professions exercées par les intéressées ne remplissaient pas les exigences de contact de nature thérapeutique avec les malades et d'efforts physiques inhérents auxdits soins du corps, ou alors de façon marginale, et ce nonobstant les déclarations concernant la pénibilité de l'activité déployée. En outre, le règlement était clair.

Enfin, Mme Z_____ exerçant son activité à moins de 50 %, elle ne remplissait plus une autre condition d'octroi de la prime, l'art. 5 al. 2 du règlement fixant un taux d'activité minimal de 50 % pour bénéficier de ladite indemnité.

La pratique des HUG en matière d'octroi de l'indemnité ne pouvait perdurer sans risquer de créer d'éventuelles inégalités et elle devait être abolie, ce qui avait été fait dans le respect du principe de la bonne foi.

- 22) Le 12 juillet 2013, sur demande du juge délégué, les HUG ont produit les cahiers des charges relatifs aux professions des intéressées, ainsi que celui de sociothérapeute et de physiothérapeute « standard ». Les sociothérapeutes des HUG n'exerçaient qu'en milieu carcéral et leur indemnité était versée sur la base d'un règlement *ad hoc*, comme par exemple le règlement du centre de sociothérapie « La Pâquerette » du 27 juillet 1988 (RPâquerette - F 1 50.20). Les physiothérapeutes qui exerçaient au sein d'une unité listée par le règlement touchaient l'indemnité pour inconvénients.

De ces cahiers des charges, il ressortait les éléments pertinents suivants :

a. La fonction de psychologue 1 avait pour but d'évaluer le fonctionnement psychologique dans ses aspects affectifs, cognitifs, de communication, comportementaux, psychomoteurs et relationnels ainsi que de contribuer au diagnostic et/ou de prendre en charge les difficultés psychologiques de la personne. Le psychologue mettait en place des propositions d'interventions auprès des professionnels impliqués en tenant compte de l'entourage social de la personne et initiait ou collaborait à des activités d'enseignement ou menait des recherches en lien avec les intérêts du service.

Ses activités principales consistaient à déterminer les modalités d'intervention en fonction des motifs de la demande ; à évaluer le mode de fonctionnement psychologique dans ses différents aspects ; à choisir les méthodes et moyens d'investigation spécifiques adaptés à la situation (entretiens, tests, *etc.*) ; à proposer les interventions qui pouvaient en découler ; à recommander les examens complémentaires, médicaux ou autres ; à transmettre les résultats et les conclusions aux intervenants concernés, à rédiger un rapport écrit ; à restituer les résultats à la personne et le cas échéant à ses responsables légaux et/ou à ses proches. A cela s'ajoutaient des activités d'évaluation et d'investigation dans le

cadre médico-légal ainsi que des activités thérapeutiques consistant à conduire des thérapies en setting individuel ou groupal selon des modèles reconnus en utilisant des techniques psychologiques validées (hypnose, médiation corporelle, psychodrame, psychothérapies groupales, relaxation, stratégies palliatives, *etc.*) ; à apporter conseil et soutien à la famille ou à l'entourage soignant et/ou éducatif du patient ; à effectuer des interventions psychologiques, sur mandat des HUG, ou à assurer des suivis psychothérapeutiques sur mandat légal.

b. La fonction de psychologue 2 différait de celle de psychologue 1 par le fait qu'il assumait une fonction d'expert psychologue dans un ou plusieurs domaines où une expérience professionnelle confirmée d'un minimum de six ans à 100 % avait été développée. Il avait également une activité de transmission des connaissances et de son expérience auprès des psychologues 1 et d'autres partenaires professionnels.

c. La fonction d'art-thérapeute avait pour but, sur délégation médicale, d'amener le patient, par le biais d'une médiation artistique, à élaborer ses difficultés d'ordre psychologique et/ou somatique et de solliciter la capacité à faire des liens entre la production artistique, les émotions ressenties et les pensées correspondantes. Sa mission était d'évaluer les ressources et les difficultés du patient ; d'exercer une activité thérapeutique en milieu hospitalier et/ou ambulatoire, de conduire des séances en groupe et/ou individuelles ; de proposer un cadre sécurisant en adaptant le traitement aux besoins et à la réalité du patient ; de prodiguer des prestations qui contribuaient aux soins et aux traitements ; de choisir la médiation artistique la plus appropriée, les approches en art-thérapie incluant la musicothérapie, la danse-thérapie et la théâtrothérapie.

Ses activités principales consistaient à recueillir les éléments en relation avec l'indication de la prise en soins ; à procéder à une évaluation, à établir un plan thérapeutique et à poser des objectifs ; à être garant d'un cadre pour des prises en soins individuelles ou en groupe ; à favoriser le processus créatif et à mobiliser les ressources du patient afin de favoriser son évolution positive ; à formuler des hypothèses et au besoin redéfinir les objectifs ; à adapter les moyens, les méthodes et les outils spécifiques en fonction de l'évolution du patient et/ou du groupe. Sur le plan organisationnel et fonctionnel, l'art-thérapeute collaborait avec une équipe pluridisciplinaire composée des médecins, infirmiers, psychomotriciens, psychologues et psychiatres, notamment. Il devait intégrer des thérapeutes à médiations dans les situations complexes ; transmettre aux autres professionnels de la santé les informations principales concernant l'évolution du patient. Il avait également d'autres activités sur le plan administratif et pédagogique avec les autres intervenants.

d. L'assistant en médecine dentaire avait pour fonction : l'entretien et l'intendance du cabinet dentaire ; l'administration et la gestion des patients ainsi que des relations interprofessionnelles. L'assistant préparait les places de travail et

le matériel en fonction des traitements envisagés ; accueillait, installait et mettait en confiance les patients hospitalisés et handicapés ; établissait les « status » dentaires sous la dictée du médecin-dentiste ; assistait le médecin lors des divers traitements ; gérait les séquences des traitements ; préparait les matériaux d’empreinte, de désinfection et d’obturation ; dispensait des conseils et des informations en matière de soins à donner aux dents et à la bouche ainsi que des conseils d’hygiène bucco-dentaire aux équipes de soins ; préparait et développait les radiographies, se déplaçait dans les unités avec le médecin-dentiste pour les divers soins et conseils, nettoyait et désinfectait la place de travail. A cela s’ajoutaient des activités administratives et de maintenance.

e. Le pédicure-podologue avait pour fonction de préserver, maintenir et améliorer la fonction de locomotion et le bien-être du patient. Pour ce faire, il veillait à l’intégrité du pied et traitait les affections épidermiques et unguéales qui nuisaient à une déambulation physiologique et à un port de chaussures indolore ; il palliait les complications de certaines pathologies d’origine systémique et apportait des prestations complémentaires aux soins chirurgicaux et physiothérapeutiques de l’appareil locomoteur ; il examinait, traitait et évaluait les téguments, les ongles, les orteils ainsi que la statique et dynamique podales du patient âgé ; évaluait et justifiait les besoins en soins et en appareillage.

Les activités principales consistaient à recueillir et comprendre les données concernant le patient, ses antécédents médicaux, sa situation bio-psycho-sociale et son réseau de soins ; à se documenter auprès des professionnels de la santé ; à examiner les téguments, les ongles, les orteils, les pieds, la statique et la dynamique podales du patient en prenant en considération des signes cliniques et des symptômes globaux, évaluer et expliquer au patient les besoins en soins et en appareillage ; à établir un plan de traitement. Les activités de traitement, en collaboration avec les physiothérapeutes, consistaient à traiter les kératoses, les ongles, les cors et callosités et à confectionner les orthonyxies, les onychoplasties, les orthoplasties ainsi que les semelles orthopédiques confectionnées sur mesure ; appliquer des thérapeutiques topiques ; appliquer des pansements ; pratiquer, dans un but de confort, les massages et la gymnastique du pied ; confectionner et appliquer des appareillages visant à corriger la statique et la dynamique podales ou les anomalies de l’ongle, de l’orteil, du pied ; reconnaître les complications, les analyser et réagir en conséquence ; rédiger un dossier de soins ; maintenir l’échange d’informations avec d’autres intervenants. A cela s’ajoutaient notamment des conseils aux patients ainsi que de la gestion administrative.

f. La fonction de sociothérapeute, exercée en milieu carcéral, avait pour but de créer des conditions individuelles et environnementales favorisant une réadaptation graduelle à la vie familiale et communautaire dans la perspective d’un retour à la vie libre. Il appliquait dans le cadre d’une équipe multidisciplinaire des techniques thérapeutiques découlant de la pédagogie, des

approches éducatives et/ou autres, afin de privilégier une vie communautaire cadrée, harmonieuse, ainsi qu'un échange constructif et dans le respect du cadre médico-légal. Il assurait un suivi postpénal dans le cadre d'une consultation sociothérapeutique à l'extérieur de la prison.

Il avait pour activités la collaboration active à l'application du plan de traitement sociothérapeutique comprenant l'implication dans la vie communautaire, la participation ou la conduite de différents groupes de discussion, la réalisation d'activités quotidiennes artisanales, artistiques, sportives, ludiques, pédagogiques, les échanges informels, les travaux extérieurs et la culture générale. Il soutenait également la promotion de l'hygiène et la santé.

g. La fonction de physiothérapeute consistait à élaborer, prodiguer et évaluer des traitements physiques pour des patients de tous âges afin de récupérer, améliorer ou entretenir certaines fonctions et activités bio-psycho-sociales ; à utiliser des approches pédagogiques au profit de patients ou de groupes de patients en vue de favoriser la compliance, la prévention et l'éducation à la santé.

Les activités principales du physiothérapeute étaient, dans le cadre d'un mandat ou d'une prescription médicale, d'élaborer, de proposer, d'appliquer et d'évaluer des plans de traitement conformément au bilan physio-thérapeutique, au diagnostic et à la prescription médicale ; de veiller au confort moral et physique des patients en traitement. A cela s'ajoutaient des activités de communication, de gestion, de formation et de recherche.

23) Le 9 septembre 2012, les intéressées se sont prononcées sur les pièces déposées par les HUG.

Concernant les fonctions de psychologue 1 et de psychologue 2, les cahiers des charges attestaient que l'activité de recherche et d'enseignement ne figurait pas au nombre des activités principales qui étaient surtout liées aux investigations cliniques, aux évaluations des patients et aux prestations thérapeutiques aux usagers.

S'agissant de la fonction d'art-thérapeute, l'activité dite pédagogique n'était pas essentielle. Le principal du travail de l'art-thérapeute était de dispenser des soins thérapeutiques au patient.

Pour la fonction d'assistante en médecine dentaire, le cahier des charges ne distinguait pas entre activités principales et activités secondaires. Il convenait de se reporter à la description faite par Mme Z_____ lors de son audition pour saisir la portée des tâches mentionnées sous « activité clinique ».

Concernant la fonction de pédicure-podologue, le cahier des charges ne contenait que des activités dites principales. La dimension de soins et de

traitements au patient représentait l'essentiel des activités quotidiennes de Mme W_____.

S'agissant de la fonction de sociothérapeute, cette profession existait au sein des HUG jusqu'en 2006 avant d'être englobée dans la catégorie « animateur ». A l'hôpital de Loëx, les trois animateurs actifs bénéficiaient de l'indemnité et étaient assimilés à des sociothérapeutes, fonction figurant à l'art. 4 al. 1 du règlement.

Pour la fonction de physiothérapeute, le cahier des charges montrait que, comme activité principale, la personne qui exerçait ce métier devait assumer des tâches de communication, de gestion, d'intégration du nouveau personnel, de formation, de recherche. Ces missions correspondaient, selon le cahier des charges, à treize types d'activités tandis que les prestations aux patients correspondaient à trois types d'activités uniquement.

Ce dernier cahier des charges montrait qu'il n'était pas suffisant de se fonder uniquement sur la liste des tâches décrites dans le cahier des charges dans la mesure où celui-ci ne permettait pas de saisir l'importance relative des différentes activités.

En outre, la liste des activités n'était pas exhaustive. Les cahiers des charges n'indiquaient pas que les intéressés devaient veiller au bien-être des patients lorsqu'ils fournissaient leurs traitements. Cet impératif impliquait que ces personnes devaient toutes dispenser les soins élémentaires.

Les cahiers des charges ne reflétaient pas l'impact que générerait l'absence de gratification thérapeutique. Or, le règlement avait notamment pour objectif de compenser cette difficulté.

D'une manière générale, les cahiers des charges produits n'indiquaient pas à quels pourcentages chacune des activités y figurant était exercée. Les déclarations des intéressées reflétaient plus précisément leurs activités.

Les HUG ne pouvaient invoquer sans mauvaise foi une prétendue erreur sur l'application du règlement puisqu'ils avaient tenté à trois reprises déjà de retirer le bénéfice de l'indemnité à certaines fonctions.

Si les HUG avaient voulu modifier la liste des bénéficiaires de l'indemnité, l'art. 9 du règlement aurait de toute manière dû être appliqué aux intéressées, et, partant, les indemnités maintenues.

Le revirement des HUG du 24 avril 2009 ne s'expliquait que par la volonté de procéder à des mesures d'économies qui devaient nécessairement passer par une modification de la base réglementaire et non par la violation de celle-ci.

24) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Depuis le 1^{er} janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 132 LOJ).

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1^{er} janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ).

- 2) La chambre administrative examine d'office la recevabilité d'un recours ou d'une demande portée devant elle (ATA/407/2013 du 2 juillet 2013 ; ATA/293/2013 du 7 mai 2013 ; ATA/193/2013 du 26 mars 2013 ; ATA/68/2012 du 31 janvier 2012 ; ATA/191/2011 du 22 mars 2011).
- 3) La loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05) s'applique au personnel des établissements publics médicaux, sous réserve des dispositions particulières applicables au personnel médical énoncées dans les règlements des services médicaux adoptés par les établissements publics médicaux (art. 1 al. 1 let. e LPAC).
- 4) Les actes introduits le 27 mai 2009 auprès du Tribunal administratif contiennent des demandes de paiement ainsi que des recours contre les courriers des HUG du 24 avril 2009.
- 5) Depuis le 1^{er} janvier 2009, suite à la modification législative du 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 1^{er} 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

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 1^{er} 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, 2^{ème} 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 1^{er} 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.

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 1^{er} 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

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 régler 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

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).

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

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 1^{er} 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 persévérera 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

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 1^{er} août 2001 et le 1^{er} 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 1^{er} 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, 2^{ème} 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).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare irrecevables les demandes en paiement formées par Mesdames X_____, Y_____, Z_____, V_____ et W_____ le 27 mai 2009 ;

déclare recevables les recours interjetés le 27 mai 2009 par Mesdames X_____, Y_____, Z_____, V_____ et W_____ contre la décision des Hôpitaux universitaires de Genève du 24 avril 2009 ;

au fond :

les admet ;

annule les décisions des Hôpitaux universitaires de Genève du 24 avril 2009 ;

renvoie les dossiers aux Hôpitaux universitaires de Genève pour nouvelles décisions au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à Mesdames X_____, Y_____, Z_____, V_____ et W_____, prises conjointement et solidairement, une indemnité de procédure de CHF 3'000.-, à la charge des Hôpitaux universitaires de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 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 art. 113 ss 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'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiquera le présent arrêt à Me Romolo Molo et Me Christian Dandrès, avocats des recourantes, ainsi qu'à Me Pierre Martin-Achard, avocat des Hôpitaux universitaires de Genève.

Siégeants : M. Verniory, président, M. Thélin, Mme Junod, MM. Dumartheray et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

D. Werffeli Bastianelli

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :