

TCVS A1 11 131

*Régime communal – ATC (Cour de droit public) du 11 novembre 2011 – A1 2011 131*

### **Indemnisation d'un conseiller communal**

- Distinction entre lacune et silence qualifié; constat de l'existence d'une lacune (consid. 3).
- Application par analogie de la loi fixant le traitement des fonctionnaires et employés de l'Etat du Valais du 12 novembre 1982 (RS/VS 172.4) en l'absence de réglementation communale régissant l'incapacité de travail d'un membre d'une autorité; comparaison des statuts de conseiller communal avec ceux de parlementaire cantonal et d'employé d'Etat (art. 12 al. 2 de la loi fixant le traitement des fonctionnaires et employés de l'Etat du Valais; consid. 4).
- Etendue de l'indemnisation à verser, particulièrement au regard des séances de conseil et des frais (consid. 5).

Réf. CH: art. 7 RAVS, art. 324a CO

Réf. VS: art. 5 LPJA, art. 12 de la loi fixant le traitement des fonctionnaires et employés de l'Etat du Valais, art. 34 ss LCo

### **Entschädigung eines Gemeinderatsmitglieds**

- Unterschied zwischen Gesetzeslücke und qualifiziertem Schweigen; Feststellung einer Gesetzeslücke (E. 3).
- Analoge Anwendung des Gesetzes betreffend die Besoldung der Beamten und Angestellten des Staates Wallis vom 12. November 1982 (SGS/VS 172.4) bei fehlender kommunaler Regelung in Bezug auf die Arbeitsunfähigkeit eines Mitglieds einer Behörde; Vergleich des Status eines Gemeinderats mit jenem eines Grossratsmitglieds oder eines Staatsangestellten (Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Besoldung der Beamten und Angestellten des Staates Wallis; E. 4).
- Höhe der auszurichtenden Entschädigung, insbesondere im Hinblick auf die Entschädigung für Gemeinderatssitzungen und Auslagen (E. 5).

Réf. CH: Art. 7 AHVV, Art. 324a OR

Réf. VS: Art. 5 VVRG, Art. 12 des Gesetzes betreffend die Besoldung der Beamten und Angestellten des Staates Wallis vom 12. November 1982, Art. 34 ff. Gemeindegesetz

[Voir pages 81-83 de l'arrêt A1 2009 200 dans la même affaire]

### **Résumé des faits (voir ci-dessus)**

Statuant à nouveau suite à l'arrêt de renvoi du 8 juillet 2010, le Conseil d'Etat condamna la commune de A. à verser à X. un traitement correspondant à quatre mois et demi d'activités (de mars au 16 juillet 2008), soit 5'306 fr. 25 bruts, avant déductions sociales et avec intérêts dès le 21 octobre 2008. Cette autorité tabla sur une jurisprudence zurichoise (PB.1999.00023, citée par P. Hänni, *Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz*, 2<sup>e</sup> éd., p. 247 et publiée in: ZBl 2001, p. 91 ss) selon laquelle,

en l'absence de réglementation communale régissant l'incapacité de travail d'un membre d'une autorité, il y avait une lacune à combler par un recours partiel aux règles du droit des obligations, mais prioritairement par une reprise de dispositions de droit public apparentées. Suivant cette pratique, le Conseil d'Etat appliqua par analogie la loi fixant le traitement des fonctionnaires et employés de l'Etat du Valais du 12 novembre 1982 (ci-après : LTFE ; RS/VS 172.4), singulièrement son art. 12 al. 2, qui, en cas de maladie d'un fonctionnaire en activité depuis au moins trois ans, prévoit le versement d'un traitement plein si la maladie dure douze mois au plus, samedis, dimanches et jours fériés compris.

La commune de A. recourut céans, en concluant principalement à l'annulation de cette décision et au renvoi de la cause au Conseil d'Etat. A titre subsidiaire, elle conclut au versement de 1'200 fr. à X., dont à déduire les charges sociales y afférentes.

### ***Considérants (extraits)***

(...)

3. a) En l'espèce, le Conseil municipal de A. a adopté un tableau des vacances. (...) Ce document arrête la rétribution des membres de l'exécutif communal, sans envisager l'hypothèse d'une incapacité de travail et ses conséquences sous l'angle du droit au salaire. Le Conseil d'Etat y a vu une lacune à combler, opinion que partage X. La commune de A. estime pour sa part qu'il s'agit d'un silence qualifié.

b) Un texte souffre d'une lacune proprement dite lorsqu'il ne tranche pas une question que son application soulève inévitablement. 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 (ATF 135 III 385 consid. 2.1, 135 V 279 consid. 5.1; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_818/2009 du 9 juillet 2010 consid. 4.2). D'après la jurisprudence, faute de motifs permettant d'admettre l'existence d'un silence qualifié, il faut partir de l'idée que l'absence de réglementation n'équivaut pas à une décision négative du législateur (ATF 104 Ia 240 consid. 3b; R. A. Rhinow/ B. Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, n° 23 III a). De tels motifs peuvent en particulier résulter d'une interprétation historique du texte légal (ATF 114 Ia 191 consid. 3b bb; H.-J. Mosimann, Arbeitsrechtliche Minimal Standards für die öffentliche Hand? in: ZBl 1998, p. 459).

c) La commune requiert dans ce sens l'audition de Z. [ancien-vice président], l'auteur du tableau susvisé. A l'écouter, celui-ci serait en mesure de dire s'il avait été délibérément prévu de supprimer la rémunération du conseiller incapable d'assumer sa charge. La question de savoir s'il y a lacune ou silence qualifié ne saurait cependant se résoudre valablement à la lumière de l'opinion de cet ancien élu communal. La mise en œuvre d'une interprétation historique suppose en effet l'existence de documents (A. Grisel, *Traité de droit administratif*, vol. I, 2<sup>e</sup> éd., p. 129), condition préalable faisant défaut ici. L'opinion de Z. aurait éventuellement pu être prise en compte si, par exemple, elle avait été transcrite à l'époque dans les procès-verbaux des séances du conseil. Encore eût-il fallu que son avis fût réellement partagé par ses collègues, ce qu'il n'est pas possible de savoir. Dans ces circonstances, le Tribunal renoncera à l'entendre: son témoignage n'est en effet pas de nature à éclairer de manière fiable le sens à donner à l'absence de réglementation constatée en l'espèce (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA).

d) Dans l'affaire zurichoise citée par le Conseil d'Etat, les juges avaient conclu à l'existence d'une lacune en constatant que le droit des obligations imposait à l'employeur privé de rémunérer son travailleur pour un temps limité lorsque celui-ci était empêché de travailler sans faute de sa part (cf. art. 324a de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 – CO; RS 220). Le Tribunal administratif zurichois avait estimé que l'on ne pouvait pas attendre moins de la collectivité publique que ce qu'elle avait imposé, via les règles du CO, aux employeurs privés (cf. H.-J. Mosimman, *op. cit.*, p. 471 s; AR GVP 13/2001 n° 2204, p. 31; T. Poledna, *Annäherungen ans Obligationenrecht* in: P. Helbling/T. Poledna, *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, p. 233 et les références). Ce raisonnement n'est pas critiquable; la commune ne l'attaque d'ailleurs pas. Dans le cas présent, faute de règle excluant explicitement le versement d'allocations en cas de maladie et à défaut de tout indice permettant de conclure à l'existence d'un silence qualifié, il y a bien une lacune proprement dite qu'il s'agit de combler, comme l'a retenu à bon droit le Conseil d'Etat.

e) Cette conclusion s'impose dans l'hypothèse où le tableau des vacances vaut base légale matérielle. Elle tient également si l'on devait nier à ce document cette qualité: en effet, d'après la jurisprudence, les droits et les devoirs des agents publics doivent en principe résulter d'une loi au sens matériel au moins (ATF 123 I 1 consid. 4c). En tant

qu'elle assure prévisibilité du droit et égalité de traitement, cette exigence – découlant du principe de la légalité – s'applique de la même manière au régime statutaire des élus communaux. Dès lors, à supposer que le Conseil communal n'ait pas édicté de règles à ce sujet, ses décisions doivent en tout état de cause pouvoir s'appuyer sur une base légale (formelle ou matérielle) qu'il convient en l'espèce de rechercher.

4. a) Le Conseil d'Etat a examiné la décision communale à la lumière de la LTFE, dont l'art. 12 al. 2 dit en substance que le fonctionnaire en activité depuis au moins trois ans a droit au versement d'un traitement plein si la maladie dure douze mois au plus, samedis, dimanches et jours fériés compris. La référence à une règle de droit public apparentée prioritairement à une disposition de droit civil correspond à la jurisprudence et à la doctrine (T. Poledna, op. cit., p. 233 et les références). La commune de A. ne le conteste pas. Elle critique cependant l'application au cas d'espèce de la LTFE. A l'écouter, le statut d'un conseiller communal se rapprocherait bien plus de celui d'un parlementaire cantonal que de celui d'un employé d'Etat.

b) Dans sa réponse du 17 août 2011, l'autorité intimée s'est prononcée sur ce point ; elle a avancé des motifs pertinents auxquels souscrit le Tribunal et que la commune n'a pas tenté de mettre en cause. Comme l'a rappelé à juste titre le Conseil d'Etat, le conseiller communal appartient à un collège d'au maximum 15 personnes (art. 34 LCo). Cet organe forme l'autorité exécutive et administrative ordinaire de la commune (art. 33 al. 1 LCo) et exerce toutes les attributions que ni la loi ni les règlements n'accordent aux autres autorités municipales (art. 33 al. 2 et 35 LCo). Dans ce cadre, le conseiller communal est traditionnellement chargé d'un ou plusieurs dicastères (art. 39 LCo) : il s'agit en effet de se répartir les nombreuses tâches qui incombent à la commune (art. 6 LCo). Sur cet arrière-plan, la responsabilité d'un élu communal, en tant qu'individu, paraît effectivement plus significative – et partant plus proche d'un serviteur de l'état – que celle d'un représentant du peuple. Le parlement est en effet composé de députés et députés suppléants, qui exercent des activités quasi exclusivement délibératives, et très peu de tâches dirigeantes.

c) L'application analogique de la LTFE s'impose pour un autre motif encore. L'essence même de l'activité parlementaire réside dans la participation aux différentes sessions annuelles et aux séances de commissions. Le système de rémunération des députés y fait écho :

leurs indemnités comprennent d'abord une indemnité de présence (art. 7 al. 1 let. a du règlement du Grand Conseil du 13 septembre 2001; RS/VS 171.100); viennent ensuite des indemnités pour frais (art. 7 al. 1 let. b et c dudit règlement). La rétribution des conseillers communaux répond à une logique différente. De manière générale, leur rémunération a d'abord une composante salariale; s'y ajoutent traditionnellement des jetons de présence et des indemnités pour frais. Il n'en va pas différemment à A., où la part la plus importante du traitement des membres de l'exécutif correspond aux rubriques «indemnité, salaire – compensation» et «responsabilité» du tableau de vacations et des feuilles de rémunération de décembre 2007. Analysée à la lumière de son mode de rétribution (et de son ampleur, in casu: 14'150 fr. par an), la fonction de conseiller communal correspond à une activité à temps partiel (ce qui se traduit parfois dans les faits, certains élus se voyant contraints de réduire leur temps de travail afin de mener à bien leur mandat). Sous cet angle, l'exercice de cette charge publique peut contribuer à procurer aux personnes concernées des moyens d'existence. La poursuite du versement du salaire – terminologie utilisée par la commune dans les décomptes des conseillers en décembre 2007 ou 2008 – en cas d'empêchement sans faute de leur part est ainsi justifiée: elle répond en effet à un besoin de protection de ces politiciens de milice, de même nature que celui que vise à satisfaire l'art. 324a CO. La décision attaquée résiste donc à la critique en tant qu'elle table sur la LTFE.

5. a) La commune de A. voudrait enfin que X. ne soit pas rétribuée pour les séances de conseil auxquelles elle n'a pas participé et qu'elle n'aurait, de ce fait, pas non plus eu à préparer. Le Tribunal ne partage pas cette opinion. Les jetons de présence font partie du salaire déterminant AVS (art. 7 let. h du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 – RAVS; RS 831.101). D'après la doctrine, durant la période de versement du salaire au sens de l'art. 324a CO, le travailleur doit être placé dans la même situation que celle qui eût été la sienne s'il avait pu travailler (G. Aubert, Commentaire romand, CO I, n° 44 ad art. 324a CO). Le raisonnement vaut par analogie ici. Dès lors, amputer le traitement à verser à l'intéressée de la composante «conseil» du tableau de vacations irait à l'encontre du but que poursuit l'art. 12 al. 2 LTFE.

b) Quant aux frais, il est vrai qu'ils ne devraient en principe pas être versés (M. Rehbindler, BK, VI 2/2/1, 1985, n° 23 ad art. 324a CO). Il ressort toutefois du dossier que X. a encouru des frais effectifs liés à

---

son statut d'élue communale durant son absence pour maladie (p. ex. utilisation de son ordinateur privé pour l'envoi de courriels). Partant, un dédommagement de ce chef se justifie également.

6. a) Vu ce qui précède, le recours est rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).