

GE_GERICHTE ATA/164/2024 vom 6. Februar 2024

GE Cour de justice, 2024-02-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_164_2024

FR: GE_GERICHTE ATA/164/2024 du 6 février 2024

IT: GE_GERICHTE ATA/164/2024 del 6 febbraio 2024

Regeste

Résumé: Décision d'irrecevabilité de l'opposition de la recourante, professeure associée, contre le vote du collège des professeurs de la faculté refusant d'entrer en matière sur sa nomination par appel au poste de professeure ordinaire. Ce vote équivaut à un refus de promotion, dans le cadre duquel la recourante allègue, allégations de faits à l'appui, une discrimination entre femmes et hommes. La LEg fait échec à l'art. 2 let. d LPA et le refus constitue un acte attaquant. Absence de compétence attribuée au collège des professeurs pour l'ouverture d'une nomination par appel, incompétence qui ressort directement du RPers et qui conduit à la nullité du refus d'ouverture d'une procédure de nomination par appel. La constatation de la nullité ne met pas en danger la sécurité du droit. Recours admis dans la mesure de sa recevabilité, nullité du vote du collège des professeurs constatée et dossier renvoyé à l'université.

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 43 al. 2 de la loi sur l'université du 13 juin 2008 - LU - C 1 30 ; art. 91 du statut de l'université entré en vigueur le 28 juillet 2011 [ci-après : le statut] ; art. 85 du règlement sur le personnel de l'université du 17 mars 2009 - RPers ; art. 36 al. 1 du règlement relatif à la procédure d'opposition au sein de l'université du 16 mars 2009 - RIO-UNIGE ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a et 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

E. 2

S'agissant de la demande de l'intimée du 18 janvier 2024, qui sera communiquée aux parties avec le présent arrêt, aucun délai ne sera imparti à cette dernière pour formuler de nouvelles déterminations. Les parties ont en effet chacune eu l'occasion à plusieurs reprises de se prononcer sur le dossier et de répondre aux arguments de la partie adverse et produire des pièces, ceci tant avant qu'après l'audience de comparution personnelle, et les dernières observations et pièces produites par la recourante n'apportent aucun élément nouveau rentrant dans le cadre de l'objet du litige devant la chambre administrative tel qu'examiné ci-après, étant par ailleurs relevé que la recourante concluait déjà à la nullité de l'acte attaqué dans son acte de recours du 19 mai 2020.

E. 3

Il convient préalablement de préciser l'objet du litige.

E. 3.1

L'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant (art. 65 al. 1 LPA). La juridiction administrative applique le droit d'office et ne peut aller au-delà des conclusions des parties, sans pour autant être liée par les motifs invoqués (art. 69 al. 1 LPA).

E. 3.2

L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours (ou objet de la contestation), les conclusions du recourant et, accessoirement, par les griefs ou motifs qu'il invoque.

L'objet du litige correspond objectivement à l'objet de la décision attaquée, qui délimite son cadre matériel admissible (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/499/2021 du 11 mai 2021 consid. 2a). La contestation ne peut excéder l'objet de la décision attaquée, c'est-à-dire les prétentions ou les rapports juridiques sur lesquels l'autorité inférieure s'est prononcée ou aurait dû se prononcer. L'objet d'une procédure administrative ne peut donc pas s'étendre ou qualitativement se modifier au fil des instances, mais peut tout au plus se réduire dans la mesure où certains éléments de la décision attaquée ne sont plus contestés.

- 7/18 - A/1449/2020 Ainsi, si un recourant est libre de contester tout ou partie de la décision attaquée, il ne peut pas prendre, dans son mémoire de recours, des conclusions qui sortent du cadre des questions traitées dans la procédure antérieure (ATA/499/2021 du 11 mai 2021 consid. 2a).

E. 3.3

En l'espèce, la décision attaquée déclare irrecevable l'opposition de la recourante contre le vote du collège des professeurs du 18 février 2020. Le litige porte donc exclusivement sur la conformité au droit de ladite irrecevabilité. Les conclusions de la recourante qui dépassent ce cadre, en particulier les conclusions portant sur le fond, soit la conformité au droit du vote du collège des professeurs du 18 février 2020 en tant que tel, celles en paiement des diverses sommes au titre de traitement ou de tort moral ou encore celles portant sur la destruction de fichiers, documents ou pièces, sont par conséquent exorbitantes au présent litige et seront déclarées irrecevables. Il sera ici encore relevé que nombre des conclusions irrecevables de la recourante excèdent non seulement l'objet du litige devant la chambre administrative, mais également le fond de l'opposition de la recourante, qui a pour objet le vote du 18 février 2020, et n'ont à ce jour à la connaissance de la chambre administrative pas fait l'objet d'une décision de l'intimée, préalable nécessaire à toute contestation, ceci malgré la demande en ce sens de la recourante s'agissant au moins d'une partie des dites conclusions figurant au dossier. La recourante elle-même a d'ailleurs indiqué dans ses écritures agir par la voie de l'action, voie que la procédure administrative genevoise ne connaît que dans certaines hypothèses, lesquelles ne sont pas réalisées in casu.

E. 4

L'université a déclaré l'opposition irrecevable car le vote du 18 février 2020 constituerait un acte interne et non une décision.

E. 4.1

La LPA s'applique à l'université (art. 43 al. 1 LU ; art. 1 et 5 let. e LPA). Les règles de procédure contenues dans la LPA ne sont notamment pas applicables aux actes de portée purement interne à l'administration (let. a) ou, en matière de fonction publique, aux procédures relatives à la création initiale des rapports de service, aux promotions (let. d ;

art. 2 LPA).

E. 4.2

L'université met en place une procédure d'opposition interne à l'égard de toute décision au sens de l'art. 4 LPA avant le recours à la chambre administrative (art. 43 al. 2 LU). Tout membre du corps enseignant touché par une décision au sens de l'art. 4 LPA rendue par l'université et qui a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit modifiée ou annulée peut former opposition auprès de l'instance qui l'a rendue (art. 90 al. 1 statut et 84 al. 1 RPers). Les conditions ainsi que les modalités de l'opposition sont régies par un règlement interne (art. 90 al. 2 statut ; art. 84 al. 2 RPers ; art. 1 al. 1 RIO-UNIGE). Cette procédure d'opposition interne est régie par le RIO-UNIGE (art. 1 al. 2 RIO-UNIGE).

E. 5.1

Sont considérées comme décisions, au sens du RIO-UNIGE, toutes les décisions au sens de l'art. 4 LPA rendues par une autorité universitaire dans un cas d'espèce

- 8/18 - A/1449/2020 (art. 3 al. 1 RIO-UNIGE). Sont aussi considérées comme décisions, les décisions portant sur l'appréciation des examens, des épreuves ou de tout autre contrôle des connaissances dans la mesure où ils sont une condition de l'obtention d'un titre universitaire aux termes des règlements d'études applicables (art. 3 al. 2 RIO-UNIGE).

E. 5.2

Au sens de l'art. 4 al. 1 LPA sont considérées comme des décisions les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les 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 (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c). Pour qu'un acte administratif puisse être qualifié de décision, il doit revêtir un caractère obligatoire pour les administrés en créant ou constatant un rapport juridique concret de manière contraignante. Ce n'est pas la forme de l'acte qui est déterminante, mais son contenu et ses effets (ATA/327/2023 du 28 mars 2023 consid. 2.1 et les arrêts cités). En droit genevois, la notion de décision est calquée sur le droit fédéral (art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 - PA - RS 172.021), ce qui est également valable pour les cas limites, ou plus exactement pour les actes dont l'adoption n'ouvre pas de voie de recours. Ainsi, de manière générale, les communications, opinions, recommandations et renseignements ne déploient aucun effet juridique et ne sont pas assimilables à des décisions, de même que les avertissements ou certaines mises en demeure (arrêts du Tribunal fédéral 1C_150/2020 du 24 septembre 2020 consid. 5.2 et l'arrêt cité ; 1C_593/2016 du 11 septembre 2017 consid. 2.2 ; ATA/743/2021 du 13 juillet 2021 consid. b). La décision comme acte juridique a pour objet de régler la situation d'administrés en tant que sujets de droit et donc, à ce titre, distincts de la personne étatique ou, en d'autres termes, extérieurs à l'administration. On oppose dans ce contexte la décision à l'acte interne ou d'organisation, qui vise des situations à l'intérieur de l'administration ; l'acte interne peut avoir des effets juridiques, mais ce n'en est pas l'objet, et c'est pourquoi il n'est en règle générale pas susceptible de recours. Deux critères permettent généralement de déterminer si l'on a affaire à une décision ou à un acte interne. D'une part, l'acte interne n'a pas pour objet de régler la situation juridique d'un sujet de droit en tant que tel et, d'autre part, le destinataire en est l'administration elle-même, dans l'exercice de ses tâches. Ainsi, un acte

qui affecte les droits et obligations d'un fonctionnaire en tant que sujet de droit, par exemple la fixation de son salaire, d'indemnités diverses ou encore de sanctions disciplinaires, est une décision. En revanche, un acte qui a pour objet l'exécution même des tâches qui lui incombent en déterminant les devoirs attachés au service, telles que la définition du cahier des charges ou des instructions relatives à la manière de trancher une affaire, est un acte interne juridique (ATF 136 I 323 consid. 4.4 ; arrêts

- 9/18 - A/1449/2020 du Tribunal fédéral 8C_463/2019 du 10 juin 2020 consid 4b ; 8D_1/2016 du 23 janvier 2017 consid. 5.1).

E. 5.3

Dans une décision du 8 novembre 2005, la commission de recours de l'université (ci-après : CRUNI) avait retenu, que clore l'ouverture d'inscription pour un poste de maître d'enseignement et de recherche sans procéder à une nomination était un acte d'organisation interne (ACOM/68/2005). En effet, cette annonce ne visait pas la situation juridique personnelle de l'intéressé en tant que tel mais concernait, au contraire, l'organisation interne de l'École de traduction et d'interprétation (ci-après : ETI) qui avait choisi de ne pas nommer de maître d'enseignement et de recherche. C'était donc l'ETI qui était la destinataire de cet acte dans l'exercice de ses tâches. La CRUNI ajoutait que, certes, cette annonce avait eu un effet indirect sur la situation juridique de la recourante, qui se voyait privée de la possibilité d'être engagée par l'université, cet effet ne suffisait cependant pas pour générer une obligation qui entraînerait l'existence d'une décision au sens juridique. Plus récemment, la chambre administrative a eu à qualifier un courrier du rectorat informant deux candidats de la clôture de la procédure de nomination d'un professeur ordinaire, associé ou assistant, cette clôture ayant été motivée par le constat qu'une condition incluse dans son cahier des charges et son appel à candidatures ne pouvait être remplie. Elle a constaté que ledit courrier ne constituait pas une décision et n'était donc pas susceptible d'être attaqué par la voie de l'opposition (ATA/951/2019 du 28 mai 2019 consid. 5 s.). Cet arrêt a été confirmé par le Tribunal fédéral, qui a constaté que la clôture de la procédure de nomination, en tant qu'acte interne à l'administration, avait des conséquences – indirectes – non seulement pour le recourant, dont la commission de nomination avait retenu la candidature primo loco et non unico loco, mais aussi pour l'autre candidate, et elle n'avait pas pour objet d'annuler des droits dans la mesure où le recourant n'avait pas un droit à être nommé (arrêt du Tribunal fédéral 8C_463/2019 précité consid. 4.2).

E. 6.1

S'agissant de l'art. 2 let. d LPA, selon certains auteurs de doctrine, l'exclusion de l'applicabilité de la LPA à la promotion prévue par cet article n'est pas conforme à l'art. 29a la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101 ; Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, p. 14 n. 51).

E. 6.2

Dans sa jurisprudence d'alors, l'ancien Tribunal administratif, devenu depuis lors la chambre administrative, considérait que les personnes faisant acte de candidature à un emploi public n'avaient aucun droit à l'obtenir (ATA/412/2006 du 26 juillet 2006 consid. 3c ; ATA/39/2004 du 13 janvier 2004 consid. 4; ATA/840/2003 du 18 novembre 2003 consid. 4) et que le refus de promotion n'était qu'une simple communication non susceptible de recours (ATA/412/2006 précité consid. 3c). Dans sa jurisprudence plus récente, la

chambre administrative a retenu, en se basant sur l'ATA/533/2011 du 30 août 2011 consid. 7, que, sauf lorsque la loi prévoyait un

- 10/18 - A/1449/2020 système de promotion automatique, le fonctionnaire qui n'était pas promu au poste convoité ne disposait pas de voie de droit, faute d'applicabilité de la LPA (ATA/1051/2022 du 18 octobre 2022 consid. 5c ; ATA/1221/2021 du 16 novembre 2021 consid. 7b ; ATA/1283/2019 du 27 août 2019 consid. 3c ; ATA/533/2011 du 30 août 2011 consid. 7 et les références citées). Ainsi, la chambre de céans a déclaré irrecevable un recours formé contre le refus de promouvoir un policier à un poste de sergent-major opérationnel, refus qui n'était qu'une simple communication (ATA/1283/2019 du 27 août 2019 consid. 4). L'ATA/533/2011 précité concernait néanmoins un policier, soumis à l'ancienne loi sur la police du 26 octobre 1957 (aLPol), dont l'art. 27 prévoyait expressément un recours auprès de la chambre administrative pour certains cas (al. 4) et une décision en dernier ressort du Conseil d'État pour d'autres (al. 5 et 8 LPol ; consid. 7). Plus récemment encore, la chambre administrative s'est prononcée en faveur de la recevabilité d'un recours contre la non confirmation d'une promotion (ATA/1167/2023 du 31 octobre 2023), après avoir adopté une position variable par le passé (ATA/1221/2021 du 16 novembre 2021 ; ATA/429/2020 du 30 avril 2020 ; ATA/1737/2019 du 3 décembre 2019 et ATA/1411/2019 du 24 septembre 2019). La chambre administrative a ainsi constaté que le litige était susceptible d'entrer dans l'exception de l'art. 2 let. d LPA et que le recourant n'avait pas de droit à voir sa promotion confirmée, mais a déclaré le recours recevable. En effet, la confirmation ou non de sa promotion touchait directement aux droits et obligations du recourant face à son employeur et affectait sa situation juridique. Il s'agissait donc d'une contestation juridique qui devait bénéficier de la garantie d'accès au juge en vertu des art. 29a Cst. et 6 § 1 CEDH. La non confirmation de la promotion constituait dès lors une décision attaquable (consid. 2.11).

E. 6.3

La loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'État, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers du 21 décembre 1973 (LTrait - B 5 15) est applicable au corps professoral de l'université (art. 1 al. 1 let. c LTrait et 12 al. 1 LU). L'art. 13 LTrait définit la promotion comme une mutation à une nouvelle fonction de classe supérieure à celle exercée jusqu'alors.

E. 7.1

Le collège des professeurs est composé des membres du corps professoral de l'unité principale d'enseignement et de recherche (ci-après : UPER) – les UPER correspondant notamment aux facultés (art. 19 al. 1 let. a statut) –, à l'exception des professeurs honoraires (art. 33 al. 1 statut). Le règlement d'organisation de l'UPER peut prévoir la participation, sans droit de vote, des membres d'une ou plusieurs catégories de collaboratrices et collaborateurs de l'enseignement et de la recherche dont les mandats sont renouvelables sans limite dans le temps (art. 33 al. 2 statut). Le collège des professeurs donne son avis sur le projet de règlement d'organisation de l'UPER et de ses éventuelles subdivisions (let. a), donne son avis sur les projets de règlements, de programmes et de plans d'études (let. b), propose au conseil participatif un ou plusieurs candidats au poste de doyenne ou de doyen (let. c), prend

- 11/18 - A/1449/2020 connaissance du budget et des comptes annuels de l'UPER (let. d), peut discuter de toute question intéressant l'UPER (let. e), donne son avis sur toute question

qui lui est soumise par le décanat (let. f ; art. 34 al. 1 statut). Le collège des professeurs peut soumettre à la doyenne ou au doyen ou au conseil participatif des propositions ou des recommandations sur toute question dont il se saisit ou est saisi. Le décanat ou le conseil participatif prend position sur les propositions du collège des professeurs (art. 34 al. 2 statut). Dans une composition limitée aux professeurs ordinaires, le collège des professeurs préavise à l'intention du rectorat les propositions de nomination, de promotion et de renouvellement dans le corps professoral (art. 34 al. 3 statut). Dans le respect des attributions du décanat et du conseil participatif, le collège des professeurs exerce d'autres compétences que le règlement du personnel, le règlement d'organisation et les règlements d'études de l'UPER peuvent lui conférer (art. 34 al. 4 statut). Pour la préparation de ses travaux, le collège des professeurs peut désigner des commissions (art. 34 al. 5 statut).

E. 7.2

Le collège des professeurs de la faculté des lettres est l'un des organes de la faculté (art. 2 let. d du règlement d'organisation de la faculté de 2021 [ci-après : RLettres], disponible sur <https://www.unige.ch/lettres/faculte/structures>, consulté le 23 janvier 2024). Le collège des professeurs est composé des membres du corps professoral de la faculté, à l'exception des professeurs honoraires. Les maîtres d'enseignement et de recherche peuvent assister aux séances, avec voix consultative (art. 11 ab initio RLettres). Le collège des professeurs donne son avis sur le projet de règlement d'organisation de la faculté et de ses subdivisions (let. a), donne son avis sur les projets de règlements d'études et de plans d'études (let. b), approuve le rapport de la commission de planification académique (let. c), peut proposer au Conseil participatif un ou plusieurs candidats au poste de doyen (let. d), prend connaissance du budget et des comptes annuels de la faculté (let. e), peut discuter de toute question intéressant la faculté (let. f), donne son avis sur toute question qui lui est soumise par le décanat (let. g ; art. 11 ch. 1 RLettres). Le collège des professeurs peut soumettre au doyen ou au conseil participatif des propositions ou des recommandations sur toute question dont il se saisit ou est saisi. Le décanat ou le conseil participatif prend position sur les propositions du collège des professeurs (art. 11 ch 2 RLettres). Dans une composition limitée aux professeurs ordinaires, le collège des professeurs préavise à l'intention du rectorat les propositions de nomination, de promotion et de renouvellement dans le corps professoral. Les professeurs associés peuvent être consultés (art. 11 ch. 3 RLettres). Le collège des professeurs est l'organe du corps professoral qui ratifie les propositions de nomination et de renouvellement des collaborateurs de l'enseignement et de la recherche conformément au RPers (art. 11 ch 4 RLettres). Le collège des professeurs propose au décanat ses représentants au sein de la commission de planification académique et désigne ses représentants au sein des commissions de nomination, de promotion, de titularisation et de premier renouvellement des membres du corps professoral (art. 11 ch. 5 RLettres). Le collège des professeurs

- 12/18 - A/1449/2020 approuve les sujets de thèse de doctorat, désigne les directeurs de thèse et constitue les jurys pour la soutenance de thèse. Il statue sur l'attribution des prix et des distinctions honorifiques (art. 11 ch. 6 RLettres). Dans le respect des attributions du décanat et du conseil participatif, le collège des professeurs exerce les autres compétences que le RPers et les règlements d'études de la faculté peuvent lui conférer (art. 11 ch. 7 RLettres). Le collège des professeurs peut désigner des commissions. Les commissions permanentes désignées par le collège des professeurs sont la commission d'admission des étudiants sans maturité (ch. 8.1), la commission des oppositions (ch. 8.2 ; art. 11 ch. 8

RLettres). Le collège des professeurs peut déléguer l'exercice de certaines de ses tâches au doyen ou au conseil décanal (art. 11 ch. 9 RLettres). Le collège des professeurs vote à main levée, sauf si un membre demande un vote à bulletin secret. Les décisions sont prises à la majorité des voix. Les abstentions, bulletins blancs ou nuls ne sont pas comptés. Les dispositions particulières du RPers demeurent réservées (art. 12 ch 3 RLettres).

E. 7.3

Les procédures de nomination, de promotion, de titularisation et de renouvellement des membres du corps professoral sont fixées dans le RPers (art. 36 al. 1 statut). Les commissions de nomination, de promotion, de titularisation et de premier renouvellement sont composées selon le modèle énoncé aux al. 3, 4 et

E. 8

let. b) de l'art. 35. Le RPers peut prévoir la participation d'experts extérieurs (art. 36 al. 2 statut). Dans la mesure nécessaire à la coordination des procédures entre l'université et d'autres universités ou établissements d'enseignement supérieur, la rectrice ou le recteur peut autoriser des dérogations aux dispositions de la présente section 4 en vue de permettre des nominations conjointes de membres du corps professoral (art. 36 al. 3 statut). Selon l'art. 96 RPers, intitulé « Mise au concours », un poste professoral peut être mis au concours : s'il est proposé par le décanat sur proposition du collège des professeurs ordinaires, à condition qu'il soit prévu par le rapport d'une commission de planification académique, et si la mise au concours a été approuvée par le rectorat (let. a), s'il est proposé par le décanat de l'UPER concernée en accord avec le rectorat, notamment dans les cas où une procédure de nomination rapide est souhaitée (let. b). La procédure de nomination d'un professeur ordinaire s'ouvre par une inscription publique (art. 97 al. 1 RPers). Exceptionnellement, la procédure de nomination d'un professeur ordinaire peut s'ouvrir par voie d'appel selon les conditions définies à l'art. 103 (art. 97 al. 2 RPers). La fonction de professeur ordinaire peut également être pourvue par une décision de promotion ou de titularisation conformément aux art. 114B et 118 (art. 97 al. 3 RPers). Avec l'approbation du rectorat, qui consulte la délégation à l'égalité des chances entre femmes et hommes, la procédure de nomination pour un professeur ordinaire ou un professeur associé peut exceptionnellement avoir lieu par voie d'appel. L'une des trois conditions suivantes doit être réalisée : l'université entend s'assurer la

- 13/18 - A/1449/2020 collaboration en tant que professeur ordinaire ou professeur associé d'une personnalité qui s'est particulièrement distinguée dans son domaine de compétence (let. a), la procédure permet de favoriser la promotion du sexe sous-représenté conformément aux objectifs de l'art. 13 al. 3 LU (let. b) ou la procédure de nomination s'est soldée par un échec (let. c ; art. 103 al. 1 RPers). La proposition de nomination doit obtenir, en cas d'appel, l'approbation à la majorité des deux tiers des votants du collège des professeurs ordinaires de l'UPER concernée, siégeant avec un quorum des deux tiers de ses membres. Les absences et les bulletins blancs ou nuls ne sont pas pris en compte dans la détermination du résultat (art. 103 al. 3 RPers). Si le quorum n'est pas atteint, le décanat peut exceptionnellement autoriser l'organisation d'un vote par correspondance ou par voie électronique à la condition que la proposition de nomination ait été préalablement débattue au collège des professeurs ordinaires. Dans ce cas, deux tiers au moins des membres du collège doivent avoir participé au vote et la majorité des deux tiers des votants reste applicable (art. 103 al. 4 RPers). Les art. 98 al. 1 à 5, 99 al. 2 à 6 et l'art. 100 sont

applicables par analogie (art. 103 al. 5 RPers). Lors de l'ouverture d'une procédure de nomination d'un professeur ordinaire, d'un professeur associé ou d'un professeur assistant, le décanat initie la création d'une commission de nomination (art. 98 al. 1 RPers). La commission de nomination est composée d'un membre du décanat qui la préside (let. a), de quatre professeurs désignés par le collège des professeurs. L'une de ces quatre personnes appartient en principe à une autre UPER que celle concernée par la nomination (let. b), d'une collaboratrice ou d'un collaborateur de l'enseignement et de la recherche désigné par les délégués du corps concerné au conseil participatif (let. c), d'une étudiante ou d'un étudiant désigné par les délégués du corps concerné au conseil participatif (let. d), de deux experts extérieurs à l'université dont en principe l'un au moins est membre d'une université étrangère, désignés par le rectorat sur proposition du décanat de l'UPER concernée (let. e ; art. 98 al. 2 RPers). Le règlement d'organisation de l'UPER peut prévoir la participation d'un représentant du personnel administratif et technique (art. 98 al. 3 RPers). La commission comprend des représentants des deux sexes (art. 98 al. 4 RPers). La composition de la commission doit être approuvée par le rectorat (art. 98 al. 5 RPers). Le dossier complet de la procédure de nomination, contenant obligatoirement le rapport de la commission de nomination, les rapports indépendants des experts extérieurs, le préavis du collège des professeurs ordinaires, ainsi que le cahier des charges, est transmis au rectorat pour examen et décision du recteur ou de la rectrice (art. 100 al. 1 RPers). Le rectorat s'assure que la procédure s'est déroulée conformément aux exigences de la loi et du RPers (let. a), qu'une attention suffisante a été accordée à l'évaluation des aptitudes pédagogiques des candidats (let. b), que la commission et le collège des professeurs ordinaires de l'UPER ont pris en compte la mise en œuvre de la promotion du principe d'égalité des droits et des chances entre femmes et hommes (let. c ; art. 100 al. 2 RPers). Avant de se prononcer sur la proposition de nomination, le recteur ou la rectrice peut inviter

- 14/18 - A/1449/2020 l'UPER à procéder à toute démarche qui lui semble utile pour compléter les conclusions du rapport de nomination (art. 100 al. 3 RPers).

E. 8.1

Les dispositions de la section 2 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (loi sur l'égalité, LEg - RS 151.1) s'appliquent aux rapports de travail régis par la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220) et par le droit public fédéral, cantonal ou communal (art. 2 LEg).

E. 8.2

Il est interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale ou, s'agissant de femmes, leur grossesse (art. 3 al. 1 LEg). L'interdiction de toute discrimination s'applique notamment à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et à la formation continue, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail (art. 3 al. 2 LEg).

Quiconque subit ou risque de subir une discrimination au sens des art. 3 et 4 LEg peut requérir le tribunal ou l'autorité administrative d'interdire la discrimination ou, d'y renoncer, si elle est imminente (let. a), de faire cesser la discrimination, si elle persiste (let. b), de constater l'existence de la discrimination, si le trouble qu'elle a créé subsiste (let. c), d'ordonner le paiement du salaire dû (let. d ; art. 5 al. 1 LEg). Lorsque la discrimination porte sur un refus d'embauche ou la résiliation de rapports de travail régis par le CO, la

personne lésée ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité par l'employeur. Celle-ci est fixée compte tenu de toutes les circonstances et calculée sur la base du salaire auquel la personne discriminée avait droit ou aurait vraisemblablement eu droit (art. 5 al. 2 LEg). En cas de discrimination portant sur un refus d'embauche, l'indemnité prévue à l'al. 2 n'excédera pas le montant correspondant à trois mois de salaire (art. 5 al. 4 1re phr. LEg). Sont réservés les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, de même que les prétentions découlant de dispositions contractuelles plus favorables aux travailleurs (art. 5 al. 5 LEg). L'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable ; l'art. 6 LEg s'applique à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et à la formation continue, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail (art. 6 LEg).

E. 8.3

Dans les rapports de travail de droit public, les voies de droit sont régies par les dispositions générales sur la procédure fédérale (art. 13 al. 1 LEg). En cas de discrimination lors de la création de rapports de travail, l'art. 5 al. 2 LEg est applicable. En recourant directement contre la décision de refus d'embauche, les personnes dont la candidature n'a pas été retenue peuvent faire valoir leur droit à une indemnité (art. 13 al. 2 LEg).

- 15/18 - A/1449/2020 Malgré la référence générale aux rapports de droit public faite à l'art. 13 al. 1 LEg, les dispositions générales de procédure fédérale ne sont applicables qu'aux rapports de travail du personnel fédéral. Dans les rapports de travail du personnel des cantons et des communes (ainsi que d'autres entités de droit public relevant du droit cantonal ou communal), les voies de droit et la procédure en matière d'égalité entre femmes et hommes sont régies par le droit cantonal de procédure (Christian BRUCHEZ in Gabriel AUBERT/Karine LEMPEN [éd.], Commentaire de la LEg, 2011, n. 13 s. ad art. 13 LEg). En cas de discrimination à la promotion, l'art. 5 al. 1 let. b LEg donne un droit à la personne concernée de requérir l'annulation d'une décision de non promotion. Il est en outre possible de réclamer, sur la base de l'art. 5 al. 1 let. d LEg, le salaire qui n'a pas été versé du fait de la non promotion discriminatoire avec effet rétroactif au jour où la promotion a été refusée. Du fait de ces droits, lorsqu'une discrimination à la promotion est alléguée, un tribunal ne peut donc pas dénier à la personne concernée la qualité pour recourir au motif qu'il n'existe pas de droit à être promu (Christian BRUCHEZ, op. cit., n. 37 ad art. 13 LEg). Lorsqu'une discrimination à l'embauche est alléguée, l'art. 13 al. 2 2e phr. LEg fait obstacle à l'application des règles et des jurisprudences qui excluent les recours dans les litiges portant sur la création initiale des rapports de travail (Christian BRUCHEZ, op. cit., n. 43 ad art. 13 LEg). Pour déterminer si l'on se trouve en présence d'une discrimination à l'embauche ou dans la promotion, il convient d'examiner s'il existait une relation préexistante contractuelle entre les parties, laquelle indique que l'on se trouve face à une promotion (Karine LEMPEN in Gabriel AUBERT/Karine LEMPEN [éd.], op. cit., n. 31 ad art. 3 LEg).

E. 9

La nullité absolue d'une décision peut être invoquée en tout temps devant toute autorité et doit être constatée d'office. Elle ne frappe que les décisions affectées des vices les plus graves, manifestes ou du moins facilement reconnaissables et pour autant que sa constatation ne mette pas sérieusement en danger la sécurité du droit. Sauf dans les cas expressément prévus par la loi, il ne faut admettre la nullité qu'à titre exceptionnel, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la

protection nécessaire (ATF 130 II 249 consid. 2.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_354/2015 du 21 janvier 2016 consid. 4.1). Des vices de fond d'une décision n'entraînent qu'exceptionnellement sa nullité. Entrent avant tout en considération comme motifs de nullité l'incompétence fonctionnelle et matérielle de l'autorité appelée à statuer, ainsi qu'une erreur manifeste de procédure (ATF 129 I 361 consid. 2.1 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_354/2015 du 21 janvier 2016 consid. 4.1).

E. 10.1

En l'espèce, l'acte attaqué par la voie de l'opposition est le vote du collège des professeurs du 18 février 2020 refusant l'ouverture d'une procédure de nomination par appel concernant la recourante. Ledit vote vise donc spécifiquement la recourante, comme le confirme l'extrait du procès-verbal de la séance du 18 février 2020, ceci conformément aux dispositions

- 16/18 - A/1449/2020 du RPers. En effet, au vu des conditions auxquelles le RPers soumet son ouverture (art. 103 al. 1 let. a à c RPers), la procédure de nomination par appel est par essence une procédure qui concerne une personne en particulier, contrairement à l'ouverture d'une procédure de nomination par concours, qui vise un nombre indéterminé de personnes. Outre qu'il la concerne personnellement, le vote a par ailleurs des effets directs sur la recourante, puisque le refus d'ouverture d'une telle procédure signifie l'impossibilité pour elle de passer du statut de professeure associée à celui de professeure ordinaire par voie d'appel. Or, si la voie de l'appel est désignée comme une procédure de nomination par le RPers et non comme une promotion, traitée spécifiquement aux art. 114 ss RPers, il s'agit, lorsque la personne est déjà nommée à un poste de classe inférieure, d'une procédure permettant à cette dernière d'être mutée à une nouvelle fonction de classe supérieure à celle exercée jusqu'alors. Il s'agit donc d'une promotion au sens de la LTrait. L'acte attaqué par la voie de l'opposition constitue par conséquent un refus d'ouverture d'une procédure de promotion concernant la recourante. Si la recourante ne bénéficie pas d'un droit à être promue et si l'art. 2 let. d LPA prévoit l'inapplicabilité de la LPA dans le cadre d'une promotion, la LEg fait échec à cette disposition en cas d'allégation de discrimination entre femmes et hommes dans le cadre de la procédure de promotion. Or, la recourante allègue une discrimination entre femmes et hommes à la promotion. Elle affirme en effet en particulier d'une part déjà exercer aujourd'hui les fonctions de professeure ordinaire mais occuper le poste et percevoir le salaire de professeure associée, dirigeant et gérant seule le département B_____ et exerçant même plus de responsabilités qu'un collègue masculin professeur ordinaire, et d'autre part avoir un parcours similaire à un autre collègue masculin qui aurait déjà été promu professeur ordinaire en 2011 alors que la promotion lui était refusée en 2020. Ces allégations, auxquelles la recourante a apporté une certaine substance, relèvent de la LEg, de sorte que le vote du collège des professeurs, équivalant à un refus de promotion, doit être considéré comme un acte attaquant. L'opposition de la recourante ne pouvait par conséquent être déclarée irrecevable pour défaut d'acte attaquant. La question de savoir si les art. 29a Cst. et 6 § 1 CEDH dictent eux aussi la recevabilité d'une opposition ou un recours contre un refus de promotion malgré l'art. 2 let. d LPA, comme en cas d'une non confirmation de promotion, peut ainsi demeurer indécise, étant relevé que la situation de la promotion est différente de celle de la non confirmation d'une promotion, qui elle suppose un retour à une situation antérieure.

- 17/18 - A/1449/2020

E. 10.2

Cependant, le RPers ne prévoit pas de vote du collège des professeurs pour l'entrée en matière sur l'ouverture d'une procédure de nomination par appel. Il prévoit l'approbation du rectorat après consultation de la délégation à l'égalité des chances, puis la création par le décanat d'une commission de nomination – laquelle suppose la désignation pas le collège des professeurs de quatre professeurs pour en faire partie – puis seulement une fois le dossier complet de celle-ci rendu, le vote du collège des professeurs, avec un quorum des deux tiers de ses membres et une majorité des deux tiers des votants. Le collège des professeurs était donc incompétent pour voter l'ouverture ou non de la procédure de nomination par appel. Cette incompétence ressort directement du RPers. Il s'agit donc d'un vice grave et manifeste qui conduit à la nullité du refus d'ouverture d'une procédure de nomination par appel concernant la recourante, la constatation de ladite nullité ne mettant pas en danger la sécurité du droit. Dans ces circonstances, le recours sera admis, dans la mesure de sa recevabilité. La nullité du vote du 18 février 2020 sera constatée et le dossier sera renvoyé à l'autorité intimée pour qu'elle suive la procédure prévue par le RPers dans le respect des règles procédurales et de compétence qui y sont prévues, soit l'approbation du rectorat après consultation de la délégation à l'égalité des chances, puis, en cas d'approbation, la création par le décanat d'une commission de nomination et, finalement, le vote du collège des professeurs en possession du dossier complet.

E. 11

Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 al. 1 LPA) et une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à la recourante, à la charge de l'université (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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