

## **GE\_GERICHTE ATA/351/2009 vom 28. Juli 2009**

GE Cour de justice, 2009-07-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_351\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_351_2009)

FR: GE\_GERICHTE ATA/351/2009 du 28 juillet 2009

IT: GE\_GERICHTE ATA/351/2009 del 28 luglio 2009

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

a. Le recours adressé à une autorité incompétente est transmis d'office à la juridiction administrative compétente et le recourant en est averti. L'acte est réputé déposé à la date à laquelle il a été adressé à la première autorité (art. 64 al. 2 LPA).

b. En procédure genevoise, un recours adressé par fax ou par voie électronique est irrecevable, faute de signature manuscrite du recourant ou de son représentant (art. 65 al. 1 LPA ; ACOM/51/2006 du 27 juin 2006 ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 385).

C'est ainsi à bon droit que le Conseil d'Etat a, par arrêté du 21 février 2007, déclaré le recours de Mme N\_\_\_\_\_ irrecevable et transmis le dossier au Tribunal administratif pour raison de compétence. La question de savoir si ce dernier a été interjeté dans les délais et formes souffre de rester ouverte, compte tenu du malheureux concours de circonstances, non imputable à la recourante, qui ne permet pas de déterminer avec précision la date à laquelle celle-ci a reçu la décision attaquée, ni de remettre la main sur son recours adressé par courrier le 31 mars 2006. Reste néanmoins encore à examiner si l'intéressée a toujours un intérêt actuel et direct au recours dès lors que les postes auxquels elle avait postulé sont tous repourvus et qu'elle a elle-même trouvé du travail.

#### **E. 4**

a. Selon la jurisprudence, la qualité pour recourir contre une décision est subordonnée à l'existence d'un intérêt actuel (ATF 128 II 34 consid. 1b p. 36, 156 consid. 1c p. 159 ; 123 II 285 consid. 4 p. 286 ss ; 118 Ia 46 consid. 3c p. 53 ; 111 Ib 58 consid. 2 p. 52 et les références citées ; ATA/875/2004 du 9 novembre 2004, publié à la SJ 2005 I 349 ss). Il est toutefois renoncé à faire d'un tel intérêt une condition de recevabilité du recours lorsque cette exigence ferait obstacle au contrôle de la constitutionnalité d'un acte qui peut se reproduire en tout temps et qui échapperait toujours à la censure (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.277/2004 du 19 janvier 2006, consid. 1.3 ; 1P.70/2001 du 7 août 2001, consid. 2).

- 9/14 - A/777/2007

b. Ainsi, le Tribunal fédéral a considéré que si certes, un recourant n'a plus d'intérêt actuel à faire constater une discrimination à raison du sexe parce que la titulaire du poste en cause avait été nommée de façon définitive, le risque subsistait en revanche que la question de la qualité pour se plaindre d'une éventuelle violation de la règle de préférence se pose dans les mêmes circonstances sans que les autorités de recours successives puissent se prononcer avant que, comme en l'espèce, un autre candidat ne soit nommé définitivement et que dite question ne perde son actualité. Il a par conséquent admis la qualité pour recourir de l'intéressé (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.277/2004 précité).

Dans ces circonstances, la qualité pour agir de la recourante doit être admise. Le recours est ainsi recevable sur ce point.

### **E. 5**

La recourante sollicite l'audition de deux témoins et la production, par l'intimée, de tous renseignements et documents utiles concernant l'ensemble des candidats aux postes mis en cause.

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge ou l'autorité de renoncer à l'administration de certaines d'entre elles et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne pourraient l'amener à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.200/2003 du 7 octobre 2003, consid. 3.1 ; 2P.77/2003 précité consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/172/2004 précité ; ATA/39/2004 du 13 janvier 2004 consid. 2).

En l'espèce, il sera renoncé aux mesures d'instruction demandées celles-ci n'étant pas de nature à modifier l'issue du litige, les faits pertinents pour trancher ce dernier étant suffisamment établis par les pièces produites et l'audition du témoin P\_\_\_\_\_.

### **E. 6**

a. Les membres du corps enseignant de l'université sont nommés par le Conseil d'Etat sur proposition de l'université ou de la commission de coordination et d'arbitrage (art. 26 al. 1 aLU).

b. La procédure de nomination est régie par les art. 40 ss aLU. Les chargés de cours sont nommés sur propositions d'une commission désignée par le collège des professeurs ordinaires de la faculté (...). La proposition de nomination est présentée au Conseil d'Etat par le rectorat (art. 47F aLU).

- 10/14 - A/777/2007

c. En 1991, le législateur genevois a introduit l'art. 26A aLU. Le principe de la règle de préférence dispose que lorsqu'il s'agit de nommer une personne à un poste, la préférence est donnée à la personne qui appartient au sexe sous-représenté, lorsqu'elle a des qualifications scientifiques et pédagogiques équivalentes à celle d'une personne du sexe sur-représenté.

d. En cas de violation de cette règle, le candidat qui s'estime lésé par celle-ci peut adresser une plainte au rectorat dans un délai de 30 jours (art. 62B aRaLU). Ce dernier constitue alors une commission ad hoc, présidée par un vice-recteur et formée de deux professeurs ordinaires de chaque sexe, désignés hors de la faculté (art. 43 al. 6 aLU). Si la commission suggère d'accepter la plainte, le rectorat renvoie le dossier à la faculté afin qu'elle établisse un nouveau préavis conformément à l'art. 43 aLU (art. 62D al. 4 aRaLU). Si la commission conclut au rejet de la plainte, la procédure de nomination devant le Conseil d'Etat se poursuit conformément aux art. 45 ss aLU (art. 62D al. 3 aRaLU).

En l'espèce, la recourante a adressé une plainte au rectorat, par courriel du 18 juillet 2005. Ce dernier, qui n'en a eu connaissance qu'en janvier 2006, a informé l'intéressée, par décision du 7 février 2006, que, d'une part, sa plainte était irrecevable, faute de signature originale et, d'autre part, qu'elle n'avait pas qualité pour agir, ne remplissant pas les conditions formelles relatives au poste pour lequel elle s'était portée candidate. Il s'agira donc en premier lieu pour le tribunal de céans d'examiner le bien-fondé du refus d'entrer en matière sur cette plainte.

#### **E. 7**

a. En procédure genevoise, l'acte de recours doit contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant (art. 65 al. 1 LPA). La signature olographe originale est une condition nécessaire que doit respecter tout acte de recours (ATA/451/2007 du 4 septembre 2007 ; ACOM/77/2006 du 17 août 2006).

b. De jurisprudence constante, la langue officielle du canton de Genève est le français et c'est dans cette langue que les parties doivent procéder devant les autorités de recours cantonales. Toutefois, un délai doit être octroyé à la partie concernée pour procéder à la traduction en français et tel est le cas pour les pièces également (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.192/2003 du 11 juillet 2003).

c. Enfin, la prohibition du formalisme excessif commande à l'autorité d'éviter de sanctionner par l'irrecevabilité les vices de procédure aisément reconnaissables auxquels il pourrait être remédié à temps, car signalés utilement au plaideur (ATA/451/2007 et ACOM/77/2006 précités).

En l'espèce, Mme N\_\_\_\_\_ a adressé une plainte en anglais, par courrier électronique du 18 juillet 2005 au rectorat contre les décisions du doyen de la faculté du 30 juin 2005. Ce document, arrivé sur la boîte de réception de la secrétaire du Recteur, avec la mention "spam" n'a, dans un premier temps, pas été

- 11/14 - A/777/2007 ouvert pour être finalement enfin traité, courant janvier 2006. Ne remplissant pas les exigences de forme susmentionnées, une telle plainte aurait en principe dû être déclarée irrecevable. Toutefois, interjetée plus de 15 jours avant l'échéance du délai pour ce faire, la question de sa recevabilité souffre de rester ouverte dès lors que, si les vices de procédure avaient été signalés utilement à la recourante, celle-ci aurait pu y remédier à temps. Reste cependant à examiner si le deuxième motif invoqué par le doyen, à savoir l'absence de qualité pour agir de la recourante, faute de remplir les conditions formelles relatives au poste pour lequel elle s'était portée candidate, est fondé.

#### **E. 8**

a. A teneur de l'art. 26A aLU, lorsqu'il s'agit de nommer une personne à un poste, la préférence est donnée à la personne qui appartient au sexe sous-représenté, lorsqu'elle a des qualifications scientifiques et pédagogiques équivalentes à celle d'une personne du sexe sur-représenté.

b. En cas de violation de cette règle, le candidat qui s'estime lésé par celle-ci peut adresser une plainte au rectorat dans un délai de 30 jours (art. 62B aRaLU).

c. La voie de la plainte permet de faire valoir une violation de la règle de préférence. Elle ne donne pas « un droit à l'embauche » mais permet à un candidat de contrôler l'application de notions indéterminées, telles que « qualification » et « équivalente », et de remettre en lice

sa candidature, au cas où la plainte aboutit (ATA/737/2004 précité).

Le Grand Conseil a reconnu qu'il était pratiquement impossible de donner une définition objective de la « qualification ». Le problème de la marge d'appréciation de l'autorité de nomination se posait dans toute son ampleur tant qu'elle restait absolue et non formalisée. Pour ce faire, il avait été proposé de suivre Mme K\_\_\_\_\_ (directrice du bureau fédéral de l'égalité) et de recourir à des mesures d'appoint « afin d'empêcher qu'on ne se retranche derrière l'alibi des qualifications pour vider de sa substance le système des quotas. L'une de ces mesures d'appoint consisterait, chaque fois qu'un poste devient vacant, à fixer clairement le profil des qualifications exigées, et cela avant que le poste ne soit mis en concours. Plus les qualifications requises seront définies finement, plus elles seront transparentes et permettront de comparer la valeur respective des candidates et candidats [...] » (MGC 1991 III, p. 2203).

Dans cette perspective, la plainte apparaît comme un moyen de contrôler l'application de la règle de préférence et comme une garantie pour la mise en œuvre de l'égalité de traitement. En effet, si cette voie de droit n'existait pas, l'autorité/employeur pourrait ne jamais appliquer la règle du choix préférentiel en prétextant que les qualifications de la personne du sexe sous-représenté n'étaient pas équivalentes à celle de l'autre candidat, sans aucun contrôle ni sanction. Dans ce cas, le principe d'égalité, bien que figurant dans la Cst., la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (Cst-GE - A 2 00) et dans les

- 12/14 - A/777/2007 lois, resterait à nouveau lettre morte comme par le passé. Il faut donc considérer que les art. 26A LU et 62B RaLU sont intimement liés, formant un tout indissociable. Le contrôle de l'application de la règle de préférence par le biais de la plainte est une condition nécessaire à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre hommes et femmes (ATA/737/2004 précité).

En l'espèce, le recteur a déclaré le recours de Mme N\_\_\_\_\_ irrecevable considérant que cette dernière n'avait pas qualité pour agir, ne remplissant pas les conditions formelles relatives au poste pour lequel elle s'était portée candidate. Il s'agit là en réalité d'une question de fond qui aurait dû amener l'université à rejeter le recours et non pas à le déclarer irrecevable. Cela étant, par économie de procédure, les parties s'étant pour le surplus largement prononcées sur la question devant le tribunal de céans, il n'y a pas lieu de renvoyer la cause à l'autorité inférieure afin qu'elle se prononce sur le fond, le tribunal de céans disposant, dans le cadre de cet examen du même pouvoir que l'université.

## **E. 9**

Il ressort des pièces versées à la procédure que pour l'ensemble des postes mis en concours, le diplôme fédéral de pharmacien ou un titre jugé équivalent était exigé.

a. A teneur de l'art. 1er de la loi fédérale concernant l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de vétérinaire dans la Confédération suisse du 19 décembre 1877 (LEPM - RS 811.11) applicable à la présente espèce, un diplôme fédéral est délivré pour chacune des professions médicales suivantes : (...) pharmacien (let. c).

b. Une autorité spéciale (Comité directeur), nommée par le Conseil fédéral (art. 3 LEPM) reconnaît les diplômes étrangers dont l'équivalence est prévue dans un traité avec l'Etat concerné réglant la reconnaissance mutuelle des diplômes (art. 2 al. 1 LEPM). Depuis l'entrée en vigueur des accords bilatéraux en juin 2002 (libre circulation des personnes),

c'est la Medizinalberufekommission MEBEKO de l'OFSP qui assume la reconnaissance des diplômes et titres postgrades des pharmaciens étrangers. Cette reconnaissance, sur requête signée du titulaire d'un titre étranger, se fait selon une procédure précise laquelle, en cas d'acceptation, se termine par la délivrance d'une attestation de reconnaissance (<http://www.bag.admin.ch/themen/berufe/00406/index.html?lang=fr> consulté le 16 juillet 2009).

En l'espèce, faute d'avoir fourni une telle attestation à l'appui de sa candidature, c'est à bon droit que la commission chargée d'examiner les dossiers en présence, soit après elle le recteur, ont considéré que la recourante ne remplissait pas l'une des conditions requises pour les postes auxquels elle avait postulé.

- 13/14 - A/777/2007

L'OFSP étant seul compétent pour délivrer une équivalence concernant le diplôme fédéral de pharmacien, la reconnaissance de l'équivalence des titres faite par l'université de Lausanne ne lui était ainsi d'aucune utilité dans le cadre de l'examen de son dossier.

#### **E. 10**

Partant, le recours sera rejeté. Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu de renvoyer la cause au rectorat pour nouveau préavis, ni d'examiner plus avant ses conclusions au versement d'une indemnité de CHF 30'000.- avec intérêts à 5% depuis le 30 juin 2005.

En matière d'égalité entre femmes et hommes, la procédure est gratuite (art. 13 al. 5 LEg ; art. 87 al. 1 LPA). Il ne sera donc pas perçu d'émolument ni alloué d'indemnité.

\* \* \* \* \*

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