

## **GE\_GERICHTE ATA/377/2013 vom 18. Juni 2013**

GE Cour de justice, 2013-06-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_377\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_377_2013)

FR: GE\_GERICHTE ATA/377/2013 du 18 juin 2013

IT: GE\_GERICHTE ATA/377/2013 del 18 giugno 2013

### **Regeste**

Résumé: Les HES ne peuvent subordonner le renouvellement du contrat de travail de leurs professeurs à l'obligation faite à ceux-ci d'obtenir des financements d'organismes extérieurs à l'institution pour leurs projets de recherche, car une telle obligation est contraire à la loi. Cas d'inégalité de traitement entre hommes et femmes présumée en l'espèce. Renvoi de la cause à la HES pour qu'elle statue sur la réintégration ou l'indemnité due.

### **Erwägungen**

#### **E. 11**

septembre 1996 – OHES – RS414.711), la LHES-GE (art. 8 al. 1 let. a LHES- GE) et le RStCE-HES. La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1985 (LEg - RS 151.1) est également applicable (art. 2 LEg), ainsi que la loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (PA – RS 172.021 ; art. 13 al. 1 LEg) pour les aspects procéduraux relatifs aux garanties accordées par cette dernière loi. 3)

Dans les procédures en matière d'égalité au sens de la LEg, il est procédé, dès réception du recours, à une tentative de conciliation, sauf si le recourant déclare d'emblée y renoncer (art. 65B al. 1er LPA). La conciliation est tentée par le Tribunal administratif de première instance, à qui le dossier est transmis sans délai à cet effet (art. 65B al. 3 LPA).

En l'espèce, le Conseil d'Etat n'a pas instruit la cause en vue d'une conciliation. La recourante n'ayant ni contesté ce mode de procéder ni demandé ultérieurement qu'il soit remédié à ce manquement (art. 65B al. 2 LPA), il y a lieu de considérer qu'elle y a renoncé. 4)

La recourante reproche à l'HEPIA et au Conseil d'Etat d'avoir violé son droit d'être entendu (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101). Ces griefs ne seront pas examinés, vu la solution apportée au fond du litige.

5)

Selon l'art. 74 RStCE-HES, la période probatoire est en principe de deux ans pour la ou le professeur HES. Durant celle-ci, une analyse annuelle des

- 14/23 - A/1172/2012 prestations est effectuée par la direction qui tient compte des avis exprimés, conformément aux dispositions fédérales et/ou intercantionales en matière de gestion de qualité et d'évaluation interne. La période probatoire peut être raccourcie ou prolongée d'une année au plus (al. 1). 6)

Durant la période probatoire, l'administration dispose d'un très large pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de la poursuite des rapports de service. Ce large pouvoir d'appréciation permet le recrutement d'agents répondant véritablement aux besoins du

service. L'administration reste néanmoins tenue au respect des principes et droits constitutionnels, notamment la légalité, la proportionnalité, l'interdiction de l'arbitraire et l'égalité de traitement (ATA/50/2013 du 29 janvier 2013 ; ATA/534/2012 du 21 août 2012). 7)

La recourante se plaint d'une application arbitraire de l'art. 75 RStCE-HES.

Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 135 V 4 consid. 1.3 ; 135 III 522 consid. 4.3 ; 135 II 362 consid. 4.2.1 ; 134 II 133 consid. 4.1 ; 134 I 265 consid. 3.1). La chambre administrative suit le raisonnement du Tribunal fédéral en la matière (ATA/50/2013 du 29 janvier 2013 ; ATA/344/2008 du 24 juin 2008). 8)

Selon l'art. 75 RStCE-HES, l'engagement des professeurs HES est renouvelé d'année en année (sous réserve d'un engagement portant sur une durée déterminée inférieure à une année académique, ce qui n'est pas le cas en l'espèce). Le non-renouvellement n'est possible qu'à des conditions limitées et exhaustivement énumérées dans la loi. Parmi les causes possibles, figurent notamment les prestations jugées insuffisantes (al. 2 let. b), ou encore l'échec ou le refus de suivre la formation didactique exigée (al. 2 let. d) qui peut être accomplie en cours d'emploi pendant la période probatoire (74 al. 2 RStCE-HES). 9)

La formation didactique ayant été achevée le 5 octobre 2010 par Mme X\_\_\_\_\_, soit avant la décision entreprise, seule l'insuffisance des prestations visée par l'art. 75 al. 3 let. b RStCE-HES peut fonder le non-renouvellement de son contrat. Il convient de relever à cet égard que l'HEPIA n'a jamais remis en cause les compétences d'enseignante de Mme X\_\_\_\_\_. En outre,

- 15/23 - A/1172/2012 si elle lui a fait grief, à une certaine période, pendant ses rapports de service, de ne pas entretenir de bonnes relations avec ses collègues, ce reproche n'a pas fondé la décision entreprise ni n'a été développé dans la procédure de recours, de sorte que ce grief sera considéré comme abandonné (art. 65 al. 2 LPA).

Le seul motif allégué par l'HEPIA étant que Mme X\_\_\_\_\_ n'a pas rempli ses objectifs en matière de Ra&D, il convient d'analyser ce qui pouvait être exigé d'elle de ce point de vue. 10) Selon l'art. 84 al. 1 RStCE-HES, le professeur HES est responsable de l'enseignement et de la recherche. En cette matière, il assure notamment « la responsabilité de projets de Ra&D ». Cette notion n'est explicitée ni dans la loi, ni dans le règlement.

A teneur de l'art. 10 RStCE-HES, les différentes fonctions, activités et prestations des membres du corps enseignant sont décrites et précisées dans un cahier des charges général qui se réfère aux principes éthiques et devoirs généraux de la fonction. Ce cahier des charges est négocié dans le cadre de la commission paritaire du statut du corps enseignant HES, constituée de neuf représentants du Conseil d'Etat et de neuf représentants du corps

enseignant, dont six choisis parmi le corps professoral et trois parmi le corps intermédiaire (art. 10 al. 2 et 104 al. 1 RStCE-HES ).

Selon ce cahier des charges, annexé au contrat d'engagement de la recourante, le but de la fonction de professeur HES est de « concevoir, élaborer, dispenser et contrôler les enseignements de niveau HES ». Il est également prévu que parallèlement à ses activités d'enseignant le professeur assume la responsabilité de projets de recherche et de mandats sur le plan scientifique, technique, financier et administratif, y compris la direction d'une équipe de collaborateurs et la responsabilité des infrastructures mobilisées pour chaque projet.

Dans la feuille de charges personnelle de Mme X\_\_\_\_\_, datée du

### **E. 13**

décembre 2010, il est indiqué, s'agissant de la Ra&D et des mandats de services, que ce professeur doit « initier et déposer des projets de recherche dans le cadre de la HES-SO et du PNR ».

Aucun de ces documents, annexés au contrat de travail, n'inclut l'obligation pour ce professeur d'obtenir des fonds de tiers pour des projets de recherche ou des mandats de prestations. 11) Dans la première analyse des prestations de Mme X\_\_\_\_\_ du 18 juin 2009, survenue sept mois après son engagement, celle-ci a été invitée à « conduire un projet de Ra&D en tant que cheffe de projet », le respect de cette condition étant nécessaire à sa nomination.

- 16/23 - A/1172/2012

Il ressort implicitement des écritures de l'HEPIA que cette conduite impliquait l'obtention de financements de tiers, l'idée étant que pour être menés à leur terme, les projets de recherche doivent être financés. 12) Selon le guide de l'entretien d'évaluation et de développement personnel édité par l'office du personnel de l'Etat (ci-après : guide d'évaluation), qui constitue une directive interne applicable aux professeurs HES (art. 21 al. 1 LHES-GE), des objectifs et des moyens d'action et/ou de formation afin de développer des connaissances et des compétences doivent être fixés au moment de l'évaluation des prestations de l'intéressé. Il s'agit, sous cette rubrique, de répertorier les points à améliorer par l'employé, qui ont été mis en évidence préalablement, et de les transcrire en objectifs à atteindre dans une perspective de progression, de développement ou d'amélioration de compétences ou de connaissances. Chaque objectif défini doit être formulé de manière précise et être « Spécifique, Mesurable, Ambitieux et suscitant l'adhésion, Réaliste et Défini dans le Temps (SMART) » (point E, p. 7 du guide d'évaluation, version juin 2007, consultable à l'adresse : [domem.ge.ch /.../ EEDP\\_ guide\\_ entretien \\_evaluation \\_juin\\_2007 \\_final.doc](http://domem.ge.ch/.../EEDP_guide_entretien_evaluation_juin_2007_final.doc) [consulté le 11 juin 2013]).

La notion d'évaluation implique que l'employé doit posséder la maîtrise des critères choisis pour apprécier la qualité du travail fourni ; un employé ne peut en effet se voir reprocher d'avoir mal exercé sa fonction s'il ne peut, par ses efforts, assurer la réalisation des objectifs fixés. Tel est le cas, notamment, si l'atteinte de ces objectifs dépend de facteurs qu'il ne maîtrise pas et qui contiennent des éléments aléatoires.

Si le nombre, le mode de dépôt, l'importance ou la qualité des projets de recherche constituent des objectifs mesurables par l'autorité hiérarchique et maîtrisables par l'employé, il n'en va pas de même de l'obtention de fonds de tiers qui est fonction de critères

étrangers à l'auteur du projet comme à l'autorité d'engagement (fréquence des appels à projet dans le domaine d'activité considéré, critères d'appréciation internes de l'organisme pourvoyeur de fonds, nombre de projets se trouvant en concurrence au regard des sommes à allouer, etc.).

Il ressort clairement des pièces produites que la qualité des projets de Ra&D déposés ne garantit aucunement l'obtention des fonds recherchés. Cette situation est attestée notamment par le courrier du 30 avril 2009 du comité de sélection du « Call 2009 » – dans le cadre duquel Mme X\_\_\_\_\_ avait déposé un projet en qualité de requérante principale – qui indique que ce dernier n'a pas été retenu malgré sa « très bonne qualité » et sa « haute tenue scientifique ». Elle résulte également du procès-verbal de la séance des professeurs du 23 mars 2011 qui fait état de cinq refus pour cinq projets déposés par des membres de l'HEPIA. Le fait que le projet « habitats nomades » ait été mal évalué par le comité de sélection n'infirmes pas le caractère aléatoire d'un tel objectif.

- 17/23 - A/1172/2012

Il ne saurait non plus y avoir de corrélation directe entre le nombre de projets de recherche déposés et l'octroi de fonds par un organisme extérieur. Les chances de succès accrues liées au nombre ne reposent que sur des probabilités statistiques et non sur la réalisation de critères maîtrisables par l'employé et mesurables par l'employeur.

Certes, il se peut qu'un projet de recherche ne soit pas retenu au motif qu'il est de mauvaise qualité, incomplet ou mal structuré. De tels défauts peuvent justifier une insuffisance de prestations et fonder le non-renouvellement d'un contrat de travail. Dans un tel cas cependant, l'autorité d'engagement doit motiver sa décision de non-renouvellement non pas par l'absence d'obtention des fonds recherchés, mais par les insuffisances du travail fourni par l'employé (mauvaise qualité des projets, dépôts en nombre insuffisant, incapacité à assumer la direction d'un projet collectif, etc.).

En l'espèce, l'absence de maîtrise par l'employé du résultat de la procédure d'octroi des crédits de recherches rend totalement arbitraires les critères d'évaluation liés à ce seul résultat.

L'obligation imposée par l'HEPIA est ainsi dépourvue de base légale et la seule absence d'obtention de fonds de recherches par un professeur ne peut fonder une insuffisance de prestations au sens de l'art. 75 al. 2 let. b RStCE-HES). 13) L'analyse du droit fédéral conforte cette analyse.

En effet, selon l'art. 9 LHES, les hautes écoles spécialisées exercent des activités dans le domaine de la recherche appliquée et du développement et assurent ainsi le lien entre les milieux scientifiques et la pratique. Elles intègrent les résultats à leur enseignement (al. 1). Elles concluent des contrats avec leurs mandants sur l'exploitation des résultats des projets de recherche brevetables ou non brevetables qui sont cofinancés par les pouvoirs publics (al. 3) et soutiennent l'exploitation des résultats de la recherche (al. 4). En fournissant des prestations à des tiers, elles assurent les échanges avec les milieux de la pratique (art. 10 LHES).

Aux termes de l'art. 12 LHES, les enseignants doivent être titulaires d'un diplôme d'une haute école, faire preuve d'intérêt pour la recherche et justifier d'une qualification didactique. L'enseignement spécifique aux études requiert en outre une expérience professionnelle de plusieurs années.

L'obligation faite aux professeurs d'obtenir des fonds de recherche pour être nommés ou reconduits dans leurs fonctions n'est pas imposée aux cantons par la loi fédérale. 14) La pratique de l'HEPIA prend indirectement sa source dans le système instauré par les art. 18 et 19 LHES et 16 OHES.

- 18/23 - A/1172/2012

En effet, à teneur de l'art. 18 LHES, la Confédération verse, dans les limites des crédits alloués, des indemnités pour les investissements et l'exploitation des HES. Elle finance un tiers de ces frais (art. 19 al. 1 LHES). Cependant, les contributions à la couverture des frais d'exploitation sont versées en fonction des prestations fournies dans l'enseignement et la recherche. Le Conseil fédéral fixe la procédure relative à l'octroi de subventions, ainsi que les critères et les bases de calcul de celles-là. Les contributions à la couverture des frais d'exploitation se composent comme suit :

- a. Pour le domaine de l'enseignement sont notamment versées des contributions par étudiant, calculées selon les filières de formation fréquentées par les étudiants ;
- b. Pour le calcul de la contribution revenant à la recherche, il est notamment tenu compte de l'acquisition de fonds de tiers (participations de la Commission pour la technologie et l'innovation ou du Fonds national de la recherche scientifique, de projets de l'Union européenne ou de tiers privés) ;
- c. Pour la création de compétences en matière de recherche et de perfectionnement dans les hautes écoles spécialisées, des contributions peuvent être versées pour des mesures de qualification (art. 19 al. 2 LHES).

Ces dispositions sont concrétisées par l'art. 16 b OHES, qui précise que les subventions octroyées aux hautes écoles spécialisées sont calculées de la manière suivante :

- a. 60 % du montant de la subvention sont répartis entre les hautes spécialisées en fonction de leurs activités d'enseignement, de recherche appliquée et de développement (...).
- b. 40 % du montant de la subvention sont répartis entre les hautes écoles spécialisées en fonction des fonds apportés par des tiers. La subvention octroyée à chacune est déterminée en fonction de sa part dans le montant total des fonds apportés par des tiers.

En subordonnant le renouvellement du contrat de Mme X\_\_\_\_\_ à l'obtention de fonds de tiers, l'HEPIA répond ainsi à des objectifs de pure gestion.

Une telle obligation n'est pas compatible avec les garanties accordées par le droit de la fonction publique et, en particulier, par l'art. 75 RStCE-HES. Elle crée pour les professeurs, dont la fonction première est de dispenser un enseignement de qualité et la fonction seconde de participer à la recherche, une responsabilité à l'égard du financement des charges de l'école qui est étrangère à la loi. 15) On pourrait même se demander si la pression exercée par de tels objectifs ne porte pas atteinte à la liberté d'enseignement et de recherche garantie par

- 19/23 - A/1172/2012 l'art. 20 Cst. et par l'art. 17 RStCE-HE, selon lesquels les membres du corps enseignant, dans les limites de leur statut et des programmes d'enseignement et de recherche des écoles dans lesquelles ils enseignent, peuvent concevoir leur recherche dans le respect de leur liberté de pensée et d'expression.

Cette question peut toutefois rester ouverte, l'arrêté attaqué devant de toute façon être annulé pour les motifs ci-dessus exposés. 16) La conformité de cet arrêté à l'art. 2 LEg doit encore être examinée, cet élément étant de nature à influencer le droit à d'éventuelles prétentions en indemnités de la recourante (art. 5 al. 2 et 13 LEg en relation avec l'art. 67A al. 2, 2ème phrase RStCE-HES).

Aux termes de l'art. 2 LEg, il est interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, notamment dans le cadre de la résiliation des rapports de travail.

Selon la jurisprudence, une discrimination à raison du sexe peut intervenir dans la classification générale de diverses fonctions au sein d'une échelle de traitement, ou bien dans la fixation de la rémunération d'une personne déterminée lorsqu'on la compare avec celle d'autres personnes du sexe opposé (ATF 127 III 207, p. 213 ; 125 III 368 consid. 3 p. 371 et les arrêts cités). Dans les deux cas, elle peut résulter de l'évaluation des prestations de travail selon des critères directement ou indirectement discriminatoires ou du fait que des critères d'évaluation neutres, objectivement admissibles en eux-mêmes, sont appliqués de façon inconséquente au détriment d'un sexe, soit que le critère invoqué à l'appui d'une différence de traitement ne soit pas du tout réalisé concrètement, soit qu'il ne joue aucun rôle pour l'exercice de l'activité en cause (cf. ATF 117 Ia 270 consid. 4a p. 276) soit encore qu'il n'exerce une influence sur l'évaluation des prestations de travail que dans des cas isolés (ATF 125 III 368 ibidem).

Une discrimination est présumée si la personne qui s'en prévaut la rend vraisemblable ; l'interdiction de la discrimination s'applique à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnels, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail (art. 6 LEg).

En l'espèce, sur huit professeurs, seule Mme X\_\_\_\_\_ était une femme. La situation de la recourante peut être comparée notamment avec celle du professeur D qui n'était pas nommé à l'époque des faits, contrairement à ce qu'affirme l'HEPIA dans ses écritures du 30 avril 2013.

Le professeur D a été engagé en octobre 2005 à 70 %. Il ressort de son dossier d'engagement qu'une nouvelle demande de prolongation de sa période probatoire a été formée par la direction en avril 2011, soit plus de cinq ans après son engagement, alors même que l'analyse de ses prestations du 7 mars 2011

- 20/23 - A/1172/2012 indique qu'il n'a jusqu'à cette date « pas encore réalisé de projet de Ra&D sous la forme de mandats établis et avec financement » ni achevé la formation didactique exigée. L'HEPIA soutient qu'elle n'a pas exigé de ce professeur le même degré d'activité de Ra&D que Mme X\_\_\_\_\_ parce que celui-ci avait acquis cette compétence avant son engagement déjà. Cette affirmation n'est pas corroborée par le dossier d'engagement de l'intéressé, qui ne démontre pas l'existence à l'engagement d'une compétence spécifique de ce professeur dans l'obtention de financement de projets de recherche. Les seules compétences en matière de recherche sont celles acquises dans le milieu académique. En outre, cet argument se heurte au fait que selon l'analyse de prestations de ce professeur du 7 mars 2011, l'obtention de fonds de tiers dans le cadre d'un projet de recherche, de même que celle de la formation didactique figurent non seulement comme des objectifs à atteindre, mais comme conditions nécessaires à sa nomination (voir la croix apposée dans la case correspondante). Or, ni l'une ni l'autre de ces conditions n'étaient réalisées après six années d'activité.

Mme X\_\_\_\_\_ est le seul professeur parmi les huit à disposer d'un doctorat, qui atteste de compétences dans la recherche académique au moins égales à celles du professeur D. Elle a déposé plusieurs projets de recherche, dont deux collectifs en qualité de requérante principale, pendant ses deux premières années d'activité. Elle a en outre achevé sa formation didactique avant l'échéance de sa deuxième année probatoire. La différence de son taux d'activité avec le professeur D (0 % à l'engagement et 25 % dès septembre 2009), de même que les responsabilités hiérarchiques assumées par ce dernier dès fin 2010 ne justifient pas le traitement différencié dont elle a fait l'objet, les objectifs ayant été fixés pour chacun compte tenu du taux d'activité et de l'ensemble des tâches assumées.

Il appert de ces éléments que l'HEPIA a traité le professeur D beaucoup plus favorablement que Mme X\_\_\_\_\_, tant au niveau du temps accordé pour la réalisation des objectifs liés à la Ra&D (plus de six ans), que des exigences liées à cette compétence ou des conséquences données à l'absence de réalisation des objectifs fixés dans leurs analyses de prestations respectives (renouvellement du contrat malgré l'absence de formation didactique et de Ra&D considérées comme nécessaires à la nomination). 17) La comparaison avec le professeur F conduit également à un résultat choquant.

Engagé en septembre 2008, ce professeur a bénéficié d'un renouvellement de son contrat pour une quatrième année consécutive en 2011 jusqu'à fin 2012 afin de lui permettre de remplir ses objectifs liés à la Ra&D et d'entreprendre une formation pédagogique, ces deux objectifs étant nécessaires à sa nomination selon l'analyse de ses prestations du 31 décembre 2010 et non atteints fin 2011. Le dossier d'engagement de ce professeur ne démontre pas de compétence particulière dans l'obtention de fonds de recherche, mais des compétences de - 21/23 - A/1172/2012 recherche acquises dans le milieu académique en qualité d'assistant et de collaborateur scientifique à l'EPFL. 18) En vertu des règles sur le fardeau de la preuve particulières à ce domaine, les discriminations constatées suffisent à fonder une violation de l'interdiction de discrimination au sens de l'art. 2 LEg.

Le recours sera ainsi admis. 19) Selon l'art. 67A al. 1 RStCE – HES, lorsque l'autorité de recours retient que la résiliation des rapports de service, le non-renouvellement ou la révocation est contraire au droit, elle peut proposer à l'autorité compétente la réintégration et, en cas de refus de l'employeur, condamner celui-ci au paiement d'une indemnité (art. 67A al. 2 RStCE – HES).

L'autorité compétente ne peut refuser la réintégration lorsque l'autorité de recours a constaté l'absence de violation des devoirs de service ou de fonction (art. 67A al. 1 RStCE – HES). Malgré sa lettre peu explicite, cette disposition qui, pour des raisons inconnues, a été incomplètement reprise de l'art. 131A al. 3 LIP, ne s'applique qu'en cas de révocation disciplinaire (art. 130 al. 1 let. c ch. 5 LIP). Elle n'est donc pas applicable en l'espèce. 20) Vu l'issue du litige, la réintégration de Mme X\_\_\_\_\_ sera proposée. En cas de refus, l'HEPIA devra transmettre sa décision à Mme X\_\_\_\_\_ et à la chambre administrative pour que celle-ci fixe l'indemnité due. 21) Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de l'HEPIA. Une indemnité de CHF 1'500.- sera allouée à Mme X\_\_\_\_\_, pour moitié à la charge de l'HEPIA et pour moitié à celle du Conseil d'Etat (art. 87 LPA).

\* \* \* \* \*