

GE_GERICHTE ATA/805/2015 vom 11. August 2015

GE Cour de justice, 2015-08-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_805_2015

FR: GE_GERICHTE ATA/805/2015 du 11 août 2015

IT: GE_GERICHTE ATA/805/2015 del 11 agosto 2015

Erwägungen

E. 30

septembre 2014 ; ATA/195/2014 du 1er avril 2014).

a. En l'espèce, la recourante arrivait au terme de sa période probatoire. Les seuls motifs ayant justifié l'absence du dépôt de son dossier de nomination ont été jugés arbitraires par la chambre de céans dans son jugement (objectifs imposés non maîtrisables par l'employé). Les quelques reproches liés au « manque de doigté » de la recourante ou au fait qu'elle « montait en épingle » certains problèmes (en l'occurrence, ceux sur lesquels les parties achoppaient), ne peuvent être retenus à son encontre, dans le contexte de l'injustice dont elle était alors victime. En dehors de ces reproches, son professionnalisme était reconnu de tous et elle était appréciée de ses collègues et de ses étudiants. Elle était motivée par son travail et a démontré avoir fourni de grands efforts pour déposer des projets de Ra&D auprès d'organismes tiers et satisfaire ainsi les exigences de son employeur à son endroit. Suite à son licenciement, elle est demeurée sans emploi pendant huit mois. Au vu de ces éléments et du but sanctionnateur partiel poursuivi par la LEg en cas de licenciement discriminatoire, une indemnité de six mois de salaire apparaît justifiée.

b. Le montant du salaire de référence à prendre en considération sera traité ci- après. 12) a. Les autres chefs d'indemnité (différence entre le salaire payé et celui qui aurait dû être versé, gain manqué futur hypothétique, tort moral, honoraires d'avocat et frais de poursuite) n'entrent théoriquement pas dans le cadre de l'art. 67A al. 1 RStCE - HES, pas plus qu'ils n'entrent dans celui de l'art. 31 LPAC lorsque celui-ci est applicable (ATA/787/2012 du 20 novembre 2012). Le règlement relatif à la protection de la personnalité à l'État de Genève du 18 juin 2008 (RPPers - B 5 05.10) ne les prévoit pas non plus (ATA/908/2010 du 20 décembre 2008).

En matière de fonction publique, lorsque la LEg n'entre pas en ligne de compte, le tort moral éventuel et les dommages-intérêts sont appréhendés par l'art. 2 de la loi sur la responsabilité de l'État et des communes du 24 février 1989 (LREC - A 2 40 ; ATA/643/2012 du 25 septembre 2012 ; ATA/908/2010 précité). Ils relèvent du Tribunal de première instance, conformément à l'art. 7 al. 1 LREC et à la jurisprudence (ATA/908/2010 précité). Cette position a été réaffirmée dans un arrêt récent au sujet d'un tort moral allégué et de préjudices annexes au

- 10/16 - A/1172/2012 licenciement, tels qu'honoraires d'avocats, frais médicaux, etc (ATA/387/2014 du 27 mai 2014).

b. Cette solution n'est pas admissible en cas de licenciement discriminatoire. En effet, selon l'art. 5 al. 5 LEg – dont la primauté sur le droit cantonal découle du principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; Cst. - RS 101) - les droits en dommages-intérêts et en réparation du

tort moral, de même que les prétentions découlant de dispositions contractuelles plus favorables aux travailleurs sont réservés. Dans un ATF 133 II 257, le Tribunal fédéral a déterminé la portée de la réserve figurant à l'art. 5 al. 5 LEg, à teneur duquel sont réservés les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral. Il a relevé à cette occasion que :

« selon la doctrine et les travaux préparatoires, cette réserve vise simplement à « clarifier la situation » en rappelant qu'une discrimination au sens de la loi sur l'égalité représente aussi une atteinte aux droits de la personnalité et que cette atteinte illicite peut donner droit à des dommages-intérêts ainsi qu'à une réparation du tort moral (Message du 24 février 1993 concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, FF 1993 I 1163, p. 1215). Dès lors, même si les conditions de réalisation de ces dernières prétentions sont soumises aux principes généraux du droit de la responsabilité, elles ont le même fondement que tous les autres droits du lésé énoncés à l'art. 5 al. 1 à 4 LEg, à savoir l'acte illicite que constitue la violation de la loi sur l'égalité. Pour autant que les conditions requises soient satisfaites, la personne lésée par une discrimination peut ainsi faire valoir les droits spécifiques de l'art. 5 al. 1 à 4 LEg et, cumulativement, les prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral réservées à l'art. 5 al. 5 LEg. Par ailleurs, la LEg exige des cantons qu'ils aménagent des moyens de droit permettant aux personnes et organisations légitimées de se prévaloir efficacement des droits mentionnés à l'art. 5 LEg (arrêts du Tribunal fédéral 2P.277/2004 précité, consid. 4.3 ; 1A.8/2000 du 10 mars 2000, consid. 2c). La personne lésée doit dès lors pouvoir faire valoir toutes ces prétentions dans la procédure ouverte contre la décision discriminatoire (cf. Kathrin ARIOLI/Felicitas FURRER ISELI, L'application de la loi sur l'égalité aux rapports de droit public, Bâle 2000, n. 326 p. 137). Cette solution s'impose également du point de vue de l'économie de la procédure ».

Il convient donc d'admettre que la réserve figurant à l'art 132 al. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), selon laquelle le recours à la chambre administrative n'est pas recevable contre les décisions pour lesquelles une loi cantonale prévoit une autre voie de recours, n'est pas applicable en l'espèce et que la chambre administrative est compétente en application de la règle générale de compétence énoncée à l'art. 132 al. 1 de cette loi, pour statuer sur les autres chefs d'indemnités litigieux.
- 11/16 - A/1172/2012 13)

Dans les rapports de travail de droit civil, le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur « une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances ; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur » (art. 337c al. 3 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 [Livre cinquième : Droit des obligations] - CO - RS 220). D'après la jurisprudence civile, cette indemnité couvre en principe tout le tort moral subi par le travailleur licencié. Le Tribunal fédéral admet l'application cumulative de l'art. 49 CO dans des situations exceptionnelles, lorsque l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur est grave au point qu'une indemnité correspondant à six mois de salaire ne suffit pas à la réparer (ATF 135 III 405 ; arrêts du Tribunal fédéral 4C.463/1999 consid. 9c, non publié cité in ATF 126 III 395 ; 4C.177/2003 du 21 octobre 2003 consid. 4.1 ; Rémy WYLER, Droit du travail, 2e éd. 2008, p. 518).

Dans la logique de l'art. 5 LEg, le travailleur est déjà indemnisé pour l'atteinte à la personnalité qu'il subit du fait de la discrimination lorsqu'il se voit octroyer l'indemnité de

base de l'art. 5 al. 2 LEg, dont les conditions ont déjà été analysées (voir point 11 ci-dessus). Ce n'est que quand l'indemnité fondée sur l'art. 5 al. 2 LEg apparaît insuffisante, parce qu'un tort moral spécifique a été causé, que l'art. 5 al. 5 LEg entre en ligne de compte.

En l'espèce, les éléments mis en exergue par la recourante ne se dissocient pas de l'atteinte portée par la discrimination elle-même au point de constituer un poste de dommage particulier. En effet, cette employée n'a notamment pas eu à subir de harcèlement, d'humiliations ou de mauvais traitements de la part de l'employeur (cf. not. arrêt du Tribunal fédéral 4C.289/2006 du 5 février 2007, faisant état d'une indemnité pour tort moral de CHF 15'000.- accordée par le Tribunal cantonal du Valais suite à un harcèlement sexuel) ; il appert au contraire que l'HEPIA, bien que persistant à tort dans l'application de ses critères discriminatoires, n'a pas adopté un comportement récriminant, irrespectueux ou chicanier dans ses relations avec l'intéressée, qui aurait pu fonder une indemnité pour tort moral.

L'octroi d'une indemnité pour tort moral, complémentaire à celle accordée en application de l'art. 67A RStCE - HES (en relation avec l'art. 5 al. 2 LEg appliqué par analogie s'agissant des autres aspects pris en compte) ne se justifie pas en l'espèce.

La demande d'indemnité pour tort moral sera en conséquence rejetée. 14) La recourante demande le paiement de la différence de traitement entre le salaire qui lui a été versé et celui auquel elle aurait eu droit en l'absence de discrimination, pendant la période où elle était en fonction.

- 12/16 - A/1172/2012

a. La HES-SO-GENÈVE ayant admis le paiement de ce chef d'indemnité à hauteur de CHF 346.99 pour l'année 2008 (classe de traitement 24 annuité 5 au lieu de 23 annuité 5), CHF 4'889.55 pour l'année 2009 (classe de traitement 24 annuité 5 au lieu de 23 annuité 5), CHF 6'071.76 pour l'année 2010 (classe de traitement 24 annuité 6 au lieu de 23 annuité 6) et CHF 4'214,16 pour l'année 2011 (classe de traitement 24 annuité 7 au lieu de 23 annuité 7), la recourante a renoncé à ses conclusions initiales et accepté l'indemnité globale proposée de CHF 15'522.46 brut.

Il sera donné acte à la HES-SO-GENÈVE qu'elle admet devoir ce montant à ce titre et à la recourante, qui a déclaré finalement s'en satisfaire.

b. Le salaire mensuel de référence à prendre en compte pour le paiement de l'indemnité fondée sur l'art. 67A RStCE - HES est le dernier salaire dû (et non celui inférieur, versé à tort ; voir notamment ATA/787/2012 du 20 novembre 2012). Selon les parties, dont les calculs concordent sur ce point, il correspond à CHF 149'980.-/12, soit à CHF 12'498.30.

L'indemnité visée au point 11 ci-dessus est ainsi de CHF 74'990.- net (149'980.-/12 x 6).

15) En revanche, la recourante ne peut prétendre à une indemnité pour le salaire futur qu'elle aurait reçu si elle était restée en fonction. En effet, il n'existe pas de droit à la nomination en qualité de professeur HES. Une telle nomination est soumise à des conditions qui doivent être remplies au jour de la demande et persister ensuite (art. 77ss RStCE - HES) et non se fonder sur des probabilités. Dans une jurisprudence rendue sur la base de l'art. 337c CO, le Tribunal fédéral a rappelé que les dommages-intérêts punitifs, tels que les connaissent des ordres juridiques comme les États-Unis, sont étrangers au droit suisse (en ce sens, cf. Franz WERRO, La responsabilité civile, Berne 2005, n. 5 p. 4 ; ATF

133 III 657). Par ailleurs, le parallèle que fait la recourante avec les indemnités fondées sur le droit des assurances sociales est irrelevante, aucune atteinte à la santé durable, altérant sa pleine capacité de travail, n'étant survenue au demeurant. Enfin, la recourante pourrait très bien se retrouver dans dix ans dans une meilleure situation financière qu'elle ne l'aurait été si son contrat avait été renouvelé. L'analyse du lien de causalité que fait la recourante n'emporte pas la conviction à cet égard et ne se fonde sur aucun fait avéré, hormis le non renouvellement de son contrat qui ne saurait – seul et sans le concours d'autres facteurs – asseoir une perte de revenus définitive.

Un dommage ne peut ainsi être reconnu de ce chef. 16) La recourante allègue avoir exposé des frais de poursuite pour éviter la prescription, son employeur ayant refusé d'y renoncer. Elle sollicite une indemnité de CHF 1'000.- « ex aequo et bono ». Les documents qu'elle a produits

- 13/16 - A/1172/2012 font état de deux commandements de payer de CHF 190.- chacun, soit de CHF 380.-. Il n'est pas contestable que ces frais étaient nécessaires et en relation directe avec la créance en indemnité litigieuse. En revanche, les honoraires du mandataire, relatifs à ces réquisitions, intégrés dans la facture de ce dernier du 19 septembre 2013, constituent un autre poste de dommage, qui sera traité ci-après.

En conséquence, une indemnité de CHF 380.- net sera allouée pour les frais de poursuite exposés. 17) La recourante demande à titre de dommages-intérêts le remboursement des frais de défense pour CHF 45'191.-, qu'elle a encourus pour faire valoir ses droits en justice. Ces prétentions sont directement liées à la discrimination constatée dans ce cadre. Ils sont établis par quatre factures, datées des 12 juillet 2011, 9 juillet 2012, 19 septembre 2013 et 27 janvier 2014, qui détaillent l'activité importante exercée, dont la réalité est confirmée par le dossier de la cause.

La demande de dommage-intérêts pour le remboursement de ces frais sera admise, sur le fondement de l'art. 5 al. 5 LEg, applicable par analogie. Viennent toutefois en déduction de ces frais les dépens de CHF 1'500.- et de CHF 3'500.-, alloués par la chambre administrative, respectivement par le Tribunal fédéral dans les procédures qui concernent l'activité en question (ATA/377/3013 précité et arrêt du Tribunal fédéral 8C_587/2013 du 19 juin 2014).

Une indemnité de CHF 40'191.- net sera ainsi allouée de ce chef. 18) La recourante sollicite une indemnité de CHF 20'158.25 pour trente-cinq jours de vacances non prises. Elle prétend n'avoir pu prendre ses vacances, ayant notamment travaillé pendant l'université d'été.

Selon l'art. 34 al. 1er RSt-CE-HES, sept semaines de vacances (représentant les vacances universitaires), dont trois semaines consécutives, sont garanties aux membres du corps enseignant. Elles doivent être prises pendant les périodes de suspension des cours.

En 2011, année de son départ, les cours se sont terminés (université d'été comprise), d'après le calendrier de l'HEPIA, le 8 juillet 2011. Les critiques de Mme A_____ au sujet des feuilles de charge, qui ne retraceraient pas la réalité des heures effectuées, ne démontrent pas qu'elle n'ait pas pris les vacances en question, qui sont accordées de manière générale aux membres du personnel.

Cette demande sera en conséquence rejetée.

19) Au total, l'indemnité due par la HES-SO-GE à Mme A_____ s'élève donc à CHF 131'083.46, qui se déclinent de la manière suivante :

- 14/16 - A/1172/2012

- CHF 15'522.46 d'arriérés de salaire (correctif lié au salaire discriminatoire admis par les intimées) ;

- CHF 74'990.- d'indemnité pour le licenciement contraire au droit et le refus de réintégration ;

- CHF 380.- de dommage-intérêts pour les frais de poursuite exposés ;

- CHF 40'191.- de dommage-intérêts pour les frais d'avocat encourus. 20) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'État et les établissements de droit publics sont tenus de payer des intérêts moratoires de 5 %, lorsqu'ils sont en demeure d'exécuter une obligation pécuniaire de droit public. Il s'agit là d'un principe général du droit, non écrit, auquel la loi peut certes déroger, mais qui prévaut lorsque celle-ci ne prévoit rien, comme c'est le cas en l'espèce (ATF 101 Ib 252 consid. 4b ; 95 I 263 consid. 3 ; ATA/476/2015 du 19 mai 2015).

En la matière, les intérêts courent dès la signification par l'autorité intimée, du refus de réintégration (ATA/78/2011 du 8 février 2011), soit en l'espèce, le 10 octobre 2014. 21) En dépit de l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge de la HES-SO-GENÈVE, au motif qu'il s'agit d'une institution de droit public (art. 87 al. 1 LPA). Celle-ci devra cependant verser à la recourante une indemnité de procédure de CHF 1'000.-, les factures produites par l'avocat de celle-là ne couvrant pas le travail effectué après le premier échange d'écritures ayant eu lieu dans la présente procédure (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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