

GE_GERICHTE ATA/915/2016 vom 1. November 2016

GE Cour de justice, 2016-11-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_915_2016

FR: GE_GERICHTE ATA/915/2016 du 1 novembre 2016

IT: GE_GERICHTE ATA/915/2016 del 1 novembre 2016

Regeste

Résumé: La procédure de nomination est entachée d'irrégularités, la commission ayant notamment privilégié fortement, voire uniquement, un des critères définis par la loi. Or, si ces critères peuvent être au besoin pondérés, ils ne peuvent être totalement évincés au profit d'un ou plusieurs d'entre eux. Aux irrégularités constatées dans le processus d'élection s'ajoutent celles ayant entaché le nouvel examen des candidatures effectué suite aux conclusions de la commission ad hoc, la commission n'ayant pas suivi les recommandations de cette dernière. Une discrimination à l'embauche est ainsi prouvée sans que l'intimée ne parvienne pour sa part à établir que des motifs objectifs et non discriminatoires fondaient la non nomination de la recourante. Au vu de la gravité des manquements constatés, l'indemnité pour violation de la règle de préférence sera fixée à trois mois de salaire d'un professeur associé.

Erwägungen

E. 2

LEg) s'applique tant à l'embauche que dans les relations de travail (art. 3 al. 2 LEg). 7) a. La recourante reproche au rectorat de n'avoir pas respecté, à l'embauche, la règle de préférence énoncée à l'art. 13 al. 3 LU.

b. L'université est un établissement de droit public doté de la personnalité morale (art. 1 al. 1 LU). Elle s'organise elle-même et les dispositions complétant la LU sont fixées dans son statut, les règlements dont elle se dote sous réserve de

- 17/24 - A/401/2013 l'approbation du Conseil d'État et d'autres règlements qu'elle adopte (art. 1 al. 2 et 3 LU).

En vertu de l'art. 13 al. 1 LU, l'université est l'employeur de son personnel. Pour ce qui a trait à ce dernier, les compétences qui appartiennent au Conseil d'État, respectivement à l'office du personnel, à teneur de la loi sur l'instruction publique du 17 septembre 2015, de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997, et de 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, sont déléguées aux organes de l'université selon les modalités définies par le Rpers (al. 2).

Sauf dérogation prévue par le règlement sur le personnel de l'université, la procédure d'engagement de celui-ci s'ouvre par une inscription publique. Pour les postes renouvelables du corps professoral et du corps des collaboratrices et collaborateurs de l'enseignement et de la recherche, à qualifications équivalentes, la préférence est donnée à la personne qui appartient au sexe sous-représenté (al. 3). 8)

Les art. 97 ss aRpers règlent la procédure de nomination d'un professeur ordinaire, d'un professeur associé et d'un professeur assistant.

Lors de l'ouverture d'une procédure de nomination d'un professeur ordinaire, d'un professeur associé ou d'un professeur assistant, le collège des professeurs ordinaires crée une commission de nomination (art. 98 al.1 aRpers).

La commission examine tous les dossiers de candidature remplissant les conditions formelles de l'inscription (art. 99 al. 1ère phrase aRpers).

Aux termes de l'art. 99 al. 3 aRpers, l'examen des candidatures est effectué sur la base des cinq critères suivants au moins :

- a) l'adéquation du dossier de candidature avec le cahier des charges du poste concerné ;
- b) l'aptitude du candidat à la recherche ;
- c) l'aptitude du candidat à l'enseignement ;
- d) l'aptitude du candidat à participer aux responsabilités de gestion et d'administration ;
- e) l'aptitude du candidat à contribuer au rayonnement externe de l'unité principale d'enseignement et de recherche (ci-après : UPER).

- 18/24 - A/401/2013

Les cinq critères sont appréciés à des degrés différents, selon la fonction considérée.

Dans l'appréciation de la production scientifique, il est aussi tenu compte du temps consacré par le candidat à d'autres activités qu'à la recherche, soit en particulier à des charges familiales (al. 4).

Dans la règle, le rapport final de la commission propose deux candidatures rangées par ordre de préférence. La proposition d'une seule candidature n'est autorisée qu'à titre exceptionnel et si de justes motifs le justifient (al. 5).

Les experts ne participent pas au vote mais rédigent un rapport indépendant (al. 6).

La commission soumet le rapport final, accompagné des rapports des experts, au collège des professeurs ordinaires de l'UPER concernée (al. 7).

Le collège des professeurs ordinaires préavise la proposition. Ce préavis est sanctionné par un vote à bulletin secret (al. 8).

Aux termes de l'art. 102 al. 1 aRpers, avant de procéder à la nomination, le recteur informe les candidats qui remplissent les conditions formelles :

- a) de l'issue de leur candidature ;
- b) du nom de la personne retenue ;
- c) du rapport de représentation des deux sexes dans l'UPER concernée.

Selon l'art. 102 al. 2 aRpers, en cas de plainte pour violation de la règle de préférence énoncée à l'art. 13 al. 3 de la loi, le rectorat constitue une commission ad hoc, composée d'un vice-recteur qui la préside et de deux professeurs ordinaires désignés hors de l'UPER concernée. Les deux sexes sont représentés. Le représentant de la délégation à l'égalité des chances participe à l'examen du dossier. Les conditions et les modalités du droit de plainte ainsi que la procédure sont régies aux art. 135 à 137 aRpers. 9) a. Dès réception des

informations figurant à l'art. 102 al. 1 aRpers, le candidat a trente jours pour adresser une plainte au rectorat s'il s'estime directement touché par une violation de la règle de préférence prévue à l'art. 13 al. 3 LU (art. 135 aRpers).

b. Aux termes de l'art. 136 aRpers, le rectorat constitue une commission conformément à l'art. 102 al. 2 aRpers. Cette commission prend toutes les mesures nécessaires afin d'établir si l'existence d'une violation de la règle de préférence est avérée. En particulier, elle doit entendre le plaignant et peut convoquer tout autre tiers intéressé.

- 19/24 - A/401/2013

c. Le rectorat communique par écrit les conclusions du rapport de la commission à la plaignante ou au plaignant. (art. 137 al. 2 aRpers). Si la commission conclut au rejet de la plainte, la procédure de nomination se poursuit conformément à l'art. 101 aRpers (art. 137 al. 3 aRpers). Si la commission propose d'accepter la plainte, le rectorat renvoie le dossier à l'UPER afin qu'elle établisse un nouveau préavis conformément aux art. 99 ss aRpers (art. 137 al. 4 aRpers). 10) 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/351/2009 du 28 juillet 2009).

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 Madame Claudia KAUFMANN (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 Cst-GE et dans les lois, resterait à nouveau lettre morte comme par le passé. 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 du 21 septembre 2004). 11) En l'espèce, la procédure de nomination est entachée d'irrégularités. Les conclusions de la commission ad hoc sont d'ailleurs sans équivoque, dès lors qu'elle a invité le rectorat à accepter la plainte. Pourtant, les conclusions du rapport, les critiques émises par la commission ad hoc, de même que les moyens devant être mis en place afin de réparer les violations constatées, ont été ignorés, au mieux minimisés.

- 20/24 - A/401/2013

La commission ad hoc a ainsi conclu que la commission n'avait pas tenu compte, lors de son premier rapport, de tous les critères définis par la loi. Elle avait privilégié fortement, voire uniquement, celui de l'aptitude à la recherche. Or, si ces critères peuvent être au besoin pondérés, ils ne peuvent être totalement évincés au profit d'un ou plusieurs d'entre eux.

Ce procédé est d'autant plus critiquable que selon l'analyse effectuée par la commission ad hoc, étayée par des indicateurs objectifs et par les auditions, la supériorité du dossier de la recourante ne faisait aucun doute au regard de trois critères au moins, soit en matière de production scientifique (publications), d'enseignement et de rayonnement à l'extérieur.

La commission ad hoc a également relevé une incohérence dans l'évaluation des dossiers. Celle-ci a été confirmée par Mme F_____ selon laquelle M. B_____ avait été privilégié. En effet, contrairement à celles adressées à ses confrères, les critiques le concernant avaient été minimisées.

Parmi les reproches formulés et confirmés par la délégation aux questions féminines, apparaissent encore les discussions informelles ayant eu lieu hors réunion de la commission. Ces faits ont été admis par plusieurs membres de celle-ci. Or, si ces discussions étaient à même d'influencer le résultat des votes, elles auraient dû avoir lieu ou être à tout le moins reprises, durant les réunions officielles, sauf à constituer une grave violation de la procédure de nomination.

Aux irrégularités constatées dans le processus d'élection s'ajoutent celles ayant entaché le nouvel examen des candidatures effectué suite aux conclusions de la commission ad hoc.

En effet, la commission n'a pas suivi les recommandations de la commission ad hoc, considérant avoir déjà accompli son travail. Ainsi, et contrairement à ce que celle-ci avait suggéré, la commission n'a pas procédé à un nouvel examen des candidatures. Elle s'est limitée à comparer celles de la recourante et de M. B_____. Si cela semble correspondre à la demande formulée par le rectorat, qui n'a cependant pas été produite, ce procédé n'est pas conforme aux recommandations de la commission ad hoc. Il aurait fallu reprendre le processus d'examen des candidatures ab initio, tant par l'ensemble des membres de la commission que par les experts externes, et tenir compte de l'ensemble des critères, notamment des conséquences des charges familiales sur les dossiers des candidatures féminines.

Malgré l'importance de la tâche qui leur était confiée, les membres de la commission n'ont ainsi pas effectué un travail garantissant une évaluation équitable. Ils ont de plus délégué au rapporteur le soin de rédiger un rapport certes plus étayé, mais qui apparaît dirigé dans le sens des conclusions souhaitées, dès lors qu'il ne reflète pas une réflexion commune des membres de la commission.

- 21/24 - A/401/2013 Ce dernier, succinctement approuvé par courriel des membres de la commission, est ainsi dépourvu de crédibilité.

Enfin, la teneur des conclusions de la commission ad hoc confirme l'absence de pertinence de celles de la commission, puisqu'elle a estimé quant à elle que la candidature de la recourante devait être considérée comme étant la meilleure du moins en matière de critères de production scientifique, d'enseignement et de rayonnement extérieur.

L'absence de crédibilité du travail de la commission est encore renforcée par l'avis formulé par les membres de la délégation aux questions féminines, qui ont assisté aux présentations.

Ils ont confirmé que la recourante et M. B _____ étaient considérés comme les deux meilleurs candidats au terme de la première journée et que les membres de la commission avaient alors estimé qu'il serait difficile de les départager.

Cette conclusion a encore été confirmée par Mme F _____ selon laquelle le choix entre ces deux candidats était difficile.

Pour ces motifs, la chambre administrative constate que des indices convergents et concluants aboutissent à la constatation de l'existence d'une discrimination en raison du sexe au détriment de la recourante.

Une discrimination à l'embauche est ainsi prouvée sans que l'intimée ne parvienne pour sa part à établir que des motifs objectifs et non discriminatoires fondaient la non nomination de la recourante.

La décision querellée est ainsi contraire au droit. 12) À supposer qu'elle ait été recevable au moment où elle a été articulée, la question de l'obligation faite au recteur de se récuser en raison des liens unissant sa nièce et M. B _____ souffrira en l'état de rester ouverte, au vu de l'issue du litige. 13) a. Lorsque la discrimination porte sur un refus d'embauche ou la résiliation de rapports de travail régis par le code des obligations, 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. Elle n'excédera pas le montant correspondant à trois mois de salaire (art. 5 al. 2 et

E. 4

LEg ; art. 13 al. 2 LEg).

b. Au vu de la gravité des manquements constatés, l'indemnité pour violation de la règle de préférence sera fixée à trois mois de salaire d'un professeur associé, soit CHF 38'145.60 correspondant à l'indemnité maximum prévue par la loi (art. 5

- 22/24 - A/401/2013 al. 2 et 4 LEg ; art. 13 al. 2 LEg). L'intimée sera, en tant que de besoin, condamnée à la payer. 14) Par ailleurs, la recourante sollicite une réparation pour le préjudice subi, notamment moral, ainsi que l'intégralité des frais d'avocat, à la suite de la décision querellée.

Selon l'art. 5 al. 5 LEg, le régime spécial des indemnités prévues à l'art. 5 al. 2 et 3 LEg laisse subsister pleinement les actions découlant du droit commun. En d'autres termes, ces indemnités constituent des sommes forfaitaires, dont le versement n'exclut nullement la réparation du préjudice dans le cadre d'une action civile en responsabilité contractuelle ou délictuelle (Gabriel AUBERT/Karine LAMPEN, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, 2011, ad art. 5, p. 142). Cette prétention ne relève pas de la compétence de la chambre administrative, mais de celle du Tribunal civil de première instance. La chambre de céans n'est en conséquence pas compétente (art. 7 al. 1 de la loi sur la responsabilité de l'État et des communes du 24 février 1989 - LREC - A 2 40 ; ATA/289/2015 du 24 mars 2015). 15) En définitive, le recours sera partiellement admis. 16) La procédure étant gratuite en matière d'égalité entre femmes et hommes (art. 13 al. 5 LEg), aucun émolument ne sera prélevé.

Les débours de la procédure, soit CHF 1'765.70, seront exceptionnellement mis à la charge de l'intimée, qui succombe, l'instruction ayant nécessité plusieurs audiences, engendrant

ainsi des frais de déplacements et d'indemnités dues aux témoins de même qu'aux interprètes (art. 87 al. 1 2ème phr. LPA ; art. 3 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 24 février 1999 - RPAC - B 5 05.01). 17) La recourante obtient gain de cause pour l'essentiel de ses conclusions, seules celles ayant trait au versement d'une indemnité pour tort moral étant écartées pour défaut de compétence de la chambre de céans. 18) La recourante demande, à titre de dommages et intérêts, le remboursement des frais de défense pour CHF 90'922.50, qu'elle a encourus pour faire valoir ses droits en justice. Ces prétentions sont directement liées à la discrimination constatée dans ce cadre. Elles sont établies par une fiche chronologique de l'activité importante exercée, dont la réalité est confirmée par le dossier de la cause.

La demande de dommages et intérêts pour le remboursement de ces frais sera admise, sur le fondement de l'art. 5 al. 5 LEg, applicable par analogie.

- 23/24 - A/401/2013

Une indemnité de CHF 90'922.50 nets sera ainsi allouée de ce chef. 19) 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). Les intérêts courent à compter de ce jour.

* * * * *

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