

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1172/2012-FPUBL

ATA/805/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 11 août 2015

dans la cause

Madame A_____

représentée par Me Giuseppe Donatiello, avocat

contre

**HAUTE ÉCOLE DU PAYSAGE, D'INGÉNIERIE ET D'ARCHITECTURE DE
GENÈVE**

et

HAUTE ÉCOLE DE SUISSE OCCIDENTALE GENÈVE

représentées par Me François Bellanger, avocat

EN FAIT

- 1) Madame A_____, née le _____1969, a été engagée en qualité de professeur en architecture (ci-après : professeur HES) dès le 1^{er} décembre 2008 par la Haute école spécialisée du paysage, d'ingénierie et d'architecture de Genève (ci-après : HEPIA).

Elle a exercé ses fonctions à un taux d'activité de 100 % à compter de septembre 2009. Son salaire mensuel brut a été fixé, à l'engagement, en classe 23, soit deux classes en dessous de la classe maximum de traitement au motif qu'elle ne disposait pas de la formation didactique requise ni de toute l'expérience « Ra&D » (Recherches appliquées et Développement). Compte tenu de son expérience antérieure, cinq annuités lui ont été octroyées, qui ont progressé jusqu'au refus de son employeur, signifié le 20 mai 2011, de renouveler son contrat à son échéance, le 31 août 2011.

- 2) Statuant sur un recours de Mme A_____ contre l'arrêté du Conseil d'État du 7 mars 2012 confirmant cette décision, la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), a constaté le caractère illicite de la rupture des rapports de service litigieux et a proposé sa réintégration au sein de l'HEPIA. En cas de refus, cet employeur devait transmettre sa décision à la chambre administrative pour la fixation d'une indemnité (ATA/377/2013 du 18 juin 2013).

L'HEPIA avait traité Mme A_____ avec une sévérité qui ne trouvait d'explication que dans une discrimination injustifiée fondée sur le sexe. En effet, parmi ses collègues, au demeurant tous de sexe masculin, deux n'avaient pas rempli mieux qu'elle les objectifs qui leur avaient été fixés et ne s'étaient pas vu remerciés pour autant. La qualité du travail de Mme A_____ avait été établie par les mesures d'instruction. Cette employée était appréciée de ses collègues, qui avaient relevé ses qualités professionnelles et humaines.

Par ailleurs, l'objectif fixé à ce professeur par l'HEPIA lors de l'entretien périodique d'évaluation, consistant dans la réalisation de projets de recherche pour lesquels un financement de tiers devait avoir été obtenu, était arbitraire ; un employé ne pouvait se voir reprocher d'avoir mal exercé sa fonction s'il ne pouvait, par ses efforts, assurer la réalisation des objectifs fixés. En l'espèce, l'atteinte d'un tel objectif dépendait de facteurs immaîtrisables pour lui. Il ne pouvait y avoir d'insuffisance de prestation de sa part pour ce motif.

- 3) Le recours interjeté auprès du Tribunal fédéral par la Haute école spécialisée de Suisse Occidentale - Genève (ci-après : HES-SO-GENÈVE), agissant par l'HEPIA, a été déclaré irrecevable par arrêt du 19 juin 2014 (8C_587/2013).

- 4) Suite à cet arrêt, le 10 octobre 2014, l'HEPIA a informé la chambre administrative qu'elle refusait de procéder à la réintégration de Mme A_____.
- 5) Par lettre du 21 octobre 2014, l'HEPIA, par l'intermédiaire de son conseil, a informé la chambre administrative que la HES-SO-GENÈVE s'était substituée à l'État de Genève comme employeur du personnel de l'HEPIA. La HES-SO-GENÈVE, représentée par le même mandataire, requérait que Mme A_____ expose les démarches qu'elle avait entreprises depuis la décision de non renouvellement de son contrat pour retrouver un emploi et informe de l'évolution de sa situation depuis cette date, étant précisé que toute possibilité de réintégration ayant été écartée dès le début de la procédure par l'HEPIA, elle ne pouvait compter sur une telle issue.
- 6) Le 17 novembre 2014, Mme A_____ s'est déterminée sur le montant de l'indemnité due. Préalablement, elle sollicite l'appel en cause de la HES-SO-GENÈVE et de l'État de Genève. Principalement, elle conclut au paiement de CHF 819'264.75 plus intérêts à 5% l'an à compter du 31 août 2011, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

L'abrogation de l'ancienne loi sur les hautes écoles spécialisées (aLHES-GE), survenue depuis l'arrêt de la chambre administrative, avait engendré une incertitude au sujet de la personne juridique devant être reconnue comme débitrice de l'indemnité, raison pour laquelle elle sollicitait les appels en cause susvisés.

Dans le système de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1985 (LEg- RS 151.1), la décision constatant le caractère discriminatoire d'un licenciement prononcé dans le cadre de rapport de droit public, conférait un droit inconditionnel à la réintégration de l'employé dans son poste de travail. Bien qu'elle souhaitât sa réintégration, Mme A_____ était dans l'obligation d'y renoncer, vu le refus catégorique de l'HEPIA. Elle sollicitait une indemnité qui visait non seulement à réparer l'atteinte à la personnalité dont elle avait été victime par la décision entreprise, mais également les conséquences de celles-ci (dommage-intérêts et tort moral) liées au refus de sa réintégration, ainsi que divers postes de dommages spécifiques, tels que honoraires d'avocat, frais de poursuites, etc...), dont le détail sera développé ci-après.

a. Elle s'était trouvée au chômage du 1^{er} septembre 2011 au 30 avril 2012. Le caractère discriminatoire du refus de renouvellement de son contrat l'avait beaucoup affectée et l'avait contrainte à se soumettre à des traitements médicaux, justifiant une indemnité pour tort moral de CHF 15'000.-.

b. L'indemnité pour licenciement contraire au droit devait être fixée à six mois du dernier salaire brut. Ce salaire ayant été reconnu par la chambre administrative comme discriminatoire, le traitement de référence était celui figurant en classe 25, annuité 7. Les dommages intérêts étaient constitués de sa perte de salaire des

années 2008 à 2011 (salaire discriminatoire fixé à l'engagement en classe 23, annuité 5 au lieu de la classe 24, annuité 5, soit CHF 187.65 pour 2008, CHF 5'293.55 pour 2009, CHF 5'090.55 pour 2010 et CHF 10'874.40 pour 2011). CHF 21'446.15 lui étaient ainsi dus à ce titre.

c. Par ailleurs, elle avait droit à CHF 20'158.25 pour 35 jours de vacances non-prises (CHF 149'980.- / 12 mois, divisé par 21,7 jours ouvrables par mois équivalant à CHF 575.95 par jour x 35 jours).

d. De septembre à décembre 2011, elle avait perçu des indemnités de l'assurance chômage pour CHF 21'338.- au lieu des CHF 50'283.50 qui lui auraient été versés si son contrat avait été renouvelé, soit une perte de CHF 28'945.50 qui devaient être indemnisés.

e. Le montant de sa perte effective de salaire en 2012, 2013 et 2014, soit la différence entre le montant qu'elle avait perçu du chômage d'abord, puis de son traitement, était respectivement de CHF 43'855.10, CHF 31'666.40 et CHF 37'693.10.

f. Le dommage lié à l'atteinte portée à son avenir économique devait être chiffré à CHF 505'087.55. Ce calcul se fondait sur le fait que Mme A_____ aurait pu faire toute sa carrière professionnelle comme professeur HES-SO-GENÈVE au vu des qualités professionnelles et humaines, reconnues par l'ensemble de ses collègues. Le chiffre retenu découlait de l'application de la table de capitalisation n° 11 destinée à calculer le montant de la rente d'activité d'une personne de sexe féminin de 45 ans jusqu'à l'âge AVS.

g. Enfin, il convenait de l'indemniser sur les CHF 45'191.- de frais d'avocat qu'elle avait exposés.

h. De même, elle avait encouru des frais de poursuite en raison du refus de l'État de Genève de renoncer à la prescription de sa créance, dont le montant devait être fixé « ex aequo et bono » à CHF 1'000.-.

- 7) L'HEPIA et la HES-SO-GENÈVE se sont déterminées sur cette demande le 12 janvier 2015. Elles s'en sont toutes deux rapportées à justice sur les conclusions préalables de la recourante. Sur le fond, l'HEPIA a conclu au rejet de la demande et la HES-SO-GENÈVE à ce qu'il lui soit donné acte qu'elle reconnaissait lui devoir CHF 27'059.41, subsidiairement CHF 50'133.31.

Le premier montant correspondait à la perte de salaire découlant de l'engagement de la recourante en classe 23 annuité 4 en lieu et place de la classe 24 annuité 5, considéré comme discriminatoire par la chambre administrative, soit à CHF 346.99 pour 2008, CHF 4'889.55 pour 2009, CHF 6'071.76 pour 2010 et CHF 4'214.16 pour 2011, soit CHF 15'522.46.

Pour le non renouvellement du contrat, jugé contraire au droit par la chambre administrative, une indemnité d'un mois de traitement en classe 24 annuité 7 (soit le dernier traitement brut qui aurait dû être versé ; voir ci-dessus) était admise, soit CHF 11'536.95. Cette indemnité tenait compte des critères imposés par la jurisprudence (durée des rapports de service, parcours professionnel de l'intéressé, manquements, circonstances ayant entouré la résiliation des rapports de service, période de chômage qui s'en était suivie, salaire inférieur que l'employé avait perçu d'un nouveau travail par rapport au précédent, etc). En effet, les rapports de service n'avaient duré que deux ans et neuf mois. Mme A_____ n'avait pas achevé sa formation didactique ni conduit un projet de recherche dans le domaine de la Ra&D dans les délais fixés. Les reproches comportementaux qui lui avaient été faits par sa hiérarchie ne s'étaient pas arrangés comme demandé. Mme A_____ n'ayant pas satisfait aux objectifs et les conditions posées à sa nomination, puis remis en cause le fonctionnement de l'institution en contestant que les professeurs de l'HEPIA devaient mener des projets financés par des fonds de tiers pour conserver un certain niveau de compétence et maintenir la réputation de l'HEPIA, il convenait de fixer l'indemnité au minimum. Cette indemnité, fondée sur l'art. 67A du règlement fixant le statut des membres du corps enseignant primaire, secondaire et tertiaire ne relevant pas des hautes écoles du 12 juin 2002 (RStCE - HES - B 5 10.16) comprenait l'indemnité pour tort moral. Si la chambre administrative devait néanmoins statuer sur ce chef d'indemnité indépendamment, elle devrait admettre que l'atteinte à la santé prétendument supportée n'était pas prouvée.

Concernant ses vacances, Mme A_____ avait bénéficié de 4,75 semaines de vacances de plus que celles auxquelles elle avait eu droit.

Les indemnités de procédure versées par les différentes juridictions saisies avaient statué définitivement et complètement sur le dommage découlant de la représentation de ses intérêts en justice. Aucune indemnité n'était ainsi due de ce chef.

Quant aux frais d'interruption de la prescription, l'État de Genève n'avait fait qu'user d'un droit dont il disposait. En outre, seule la moitié des frais encourus à ce titre concernait l'interruption de la prescription des prétentions éventuellement dues par l'État de Genève.

- 8) Mme A_____ a répliqué le 11 février 2015 en réduisant ses conclusions principales au paiement d'une indemnité de CHF 813'341.-, les montants admis par la HES-SO-GENÈVE concernant sa perte de salaire 2008-2011 étant acceptés, par gain de paix. Elle persistait, pour le surplus, dans ses conclusions initiales.

Ses longs développements sur la portée de l'art. 5 LEg, ainsi que ses arguments complémentaires relatifs aux différents chefs d'indemnité auxquels elle prétend, seront exposés, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

- 9) Dans une duplique du 25 mars 2015, les intimées ont persisté dans leurs conclusions et leur argumentation.
- 10) Le 13 avril 2015, après que Mme A_____ a renoncé à la possibilité qui lui était faite de se déterminer en dernier, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Le présent arrêt statue sur l'indemnité due à Mme A_____ consécutivement à l'arrêt rendu par la chambre de céans le 18 juin 2013 et au refus de l'HEPIA du 10 octobre 2014 de la réintégrer.
- 2) La recourante requiert l'appel en cause de l'État de Genève et de la HES-SO-GENÈVE.
- 3) a. À la date de cet arrêt, soit le 18 juin 2013, l'HEPIA était placée sous la surveillance du Conseil d'État et faisait partie de l'ancienne HES-SO-GENÈVE. Celle-ci étant dépourvue de personnalité morale, l'HEPIA était intégrée à l'État de Genève, lequel était débiteur des indemnités fondées sur le RStCE – HES.

b. Depuis le 1er avril 2014, la HES-SO-GENÈVE est dotée de la personnalité morale (art. 1 al. 3 de la loi sur la Haute école spécialisée de Suisse occidentale – Genève, du 29 août 2013 - LHES-SO-GE - C 1 26). Avec l'adoption de ladite loi, cette autorité s'est substituée à l'État de Genève comme employeur, ainsi qu'elle l'a confirmé elle-même dans son courrier du 21 octobre 2014 adressé à la chambre administrative. Par ailleurs, elle a implicitement admis vouloir ou devoir reprendre, à son propre compte, les obligations en indemnité de l'État de Genève, nées des faits de la cause, survenus avant la modification légale précitée, ainsi qu'en témoignent ses conclusions (admission d'une partie de l'indemnité due).

L'appel en cause de l'État de Genève n'est ainsi pas nécessaire.

c. Enfin, dès lors que la HES-SO-GENÈVE est intervenue comme partie intimée dans la procédure depuis le dépôt des prétentions en indemnité de la recourante, il n'y a pas lieu de l'appeler en cause.

Cette demande sera donc rejetée.
- 4) Le Conseil d'État apparaît dans la procédure comme juridiction de recours et non comme autorité d'engagement, ainsi qu'il l'a rappelé à juste titre dans la procédure de réclamation contre l'émolument fixé dans l'ATA/377/2013 précité (ATA/7/2015 du 6 janvier 2015).

- 5) 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).
- 6) 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 de la loi sur l'instruction publique du 6 novembre 1940 (LIP - C 1 10), 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 (ATA/377/2013 précité).

La HES-SO-GENÈVE pouvait ainsi refuser la proposition faite par la chambre de céans dans l'ATA/377/2013 précité, de réintégrer l'intéressée.

- 7) La recourante soutient que cette possibilité est en contradiction avec la LEg, qui obligerait l'employeur, dans le cadre de rapports de droit public, à réintégrer l'employé victime d'un licenciement discriminatoire.

La LEg ne statue pas sur cette question. À son art. 5 al. 2 (en relation avec l'art. 2 de la même loi), qui n'est applicable qu'aux rapports de travail de droit privés fondés sur le code des obligations, elle prévoit que lorsque la discrimination porte notamment sur la résiliation de rapports de travail, la personne lésée ne peut pas exiger sa réintégration ; elle ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité par l'employeur. Cette solution ne s'impose pas dans le cadre de rapports de droit public. En effet, le moyen le plus naturel ou logique pour l'État d'effacer les conséquences d'un licenciement discriminatoire prononcé dans le cadre de rapports de droit public est de réintégrer l'employé. La loi n'érige cependant pas ce moyen en obligation. Il arrive en effet que des circonstances fassent apparaître la réintégration comme une mesure contraire à l'intérêt public - voire à des intérêts privés prépondérants de tiers - parce que l'autorité concernée la refuse absolument et que la forcer nuirait à la bonne marche du service concerné, ou parce que les relations entre les parties se sont dégradées irrémédiablement, ou encore parce qu'un autre employé a été engagé et ne peut être lui-même licencié sans conséquences graves pour lui, etc. Pour cette raison, le droit public cantonal peut prévoir, sans violer la LEg, la simple annulabilité de la décision de licenciement et l'assortir d'une réparation pécuniaire (Gabriel AUBERT/Karine LAMPEN, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, 2011, ad art. 5, p. 134). Pour être compatible avec le droit fédéral, le montant de cette réparation ne doit toutefois pas être inférieur à celui qui peut être accordé à un travailleur dont les rapports de travail ressortissent au droit privé (Margrith BIGLER-EGGENBERGER/Claudia KAUFMANN, Commentaire de la loi sur l'égalité, 2000, p. 298, n° 53).

La possibilité pour la HES-SO-GENÈVE de refuser la réintégration de la recourante et de faire le choix de lui verser, en lieu et place, une indemnité, conformément à l'art. 67A RStCE - HES, n'est ainsi pas contraire à la LEg.

- 8) Selon l'art. 67A, 2^{ème} phrase, RStCE – HES, en cas de refus de réintégrer le membre du personnel non nommé ou non stabilisé, une indemnité maximale de six mois du dernier traitement pourra lui être allouée. Cette disposition se recoupe avec l'art. 5 al. 4 LEg - qui ne régit certes que les rapports de travail régis par le code des obligations, à l'exclusion des rapports de droit public, mais fournit un repère concernant les indemnités admissibles - aux termes duquel, en cas de licenciement discriminatoire, l'indemnité prévue aux al. 2 et 3 n'excédera pas le montant correspondant à six mois de salaire, les dommages-intérêts restant réservés selon l'art. 5 al. 5 LEg.

L'art. 67A, 2^{ème} phrase RStCE – HES, s'applique à la recourante, qui était en période probatoire à l'époque des faits.

- 9) La question se pose de savoir quels dommages recouvre cette indemnité maximale de six mois.
- a. L'art. 67A al. 1 RStCE – HES est calqué sur l'art. 31 al. 3 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05). Il est gouverné par les mêmes principes, de sorte que la jurisprudence rendue sur la base de cette dernière disposition est applicable.

Selon cette jurisprudence, le but principal de l'indemnité prévue à l'art. 31 al. 3 LPAC est de pallier le refus de l'employeur de réintégrer la personne qui aurait été licenciée à tort, et non de réparer un éventuel tort moral. Alors qu'il n'était pas pris en compte précédemment (ATA/530/2012 du 21 août 2012 et la jurisprudence citée), un certain aspect sanctionnateur a cependant été reconnu à cette disposition dans la jurisprudence récente. Ainsi, désormais, la personne licenciée à tort ayant retrouvé en emploi en cours de procédure n'est plus considérée comme ayant perdu tout intérêt à demander une indemnité (arrêt du Tribunal fédéral 8C_897/2012 du 2 avril 2013 ; ATA/193/2014 du 1^{er} janvier 2014). Il n'en demeure pas moins que l'art. 31 al. 3 LPAC ne prend pas en considération tous les dommages-intérêts civils et le tort moral, au même titre que le feraient les tribunaux civils en application, par exemple, des règles sur la responsabilité de l'État pour acte illicite.

- 10) Le but de la LPAC et du RStCE - HES ne concorde que pour partie avec celui poursuivi par l'indemnité fondée sur l'art. 5 al. 2 LEg, qui est plus nettement de sanctionner l'employeur pour la violation d'un droit considéré par le droit fédéral comme un droit spécifique, nécessitant une protection particulière (Gabriel AUBERT/Karine LAMPEN, op. cit., ad art. 5, p. 139). Pour les motifs exposés ci-

dessus et faute de disposition à ce sujet dans la LEg, il y a lieu, dans la fixation de l'indemnité, de tenir compte de cet aspect également, même si, à rigueur de texte, l'art. 5 al. 2 LEg n'est pas directement applicable aux rapports de droit public.

- 11) S'agissant des conséquences du refus de réintégration, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, et de les apprécier sans donner une portée automatiquement prépondérante à certains aspects, comme le fait d'avoir ou non retrouvé un emploi en cours de procédure (ATA/768/2014 du 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

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.

- 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.

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

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. 1^{er} 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 :

- 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).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

constate le refus par le Conseil d'État de réintégrer Madame A_____ au sein de la Haute École de Suisse occidentale (Genève) ;

donne acte à la Haute École de Suisse occidentale (Genève) de ce qu'elle reconnaît devoir à Madame A_____ la somme de CHF 15'522.46 brut ;

dit que la Haute école de Suisse occidentale Genève devra, en outre, payer à Madame A_____ une indemnité de CHF 115'561.- net avec intérêts à 5 % l'an à compter du 10 octobre 2014 ;

condamne, en tant que de besoin, la Haute école de Suisse occidentale (Genève) à s'acquitter desdites sommes ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à Mme A_____ une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à la charge de la Haute école de Suisse occidentale (Genève) ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public, s'il porte sur les rapports de travail entre les parties et que la valeur litigieuse n'est pas inférieure à CHF 15'000.- ;

- par la voie du recours en matière de droit public, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- et que la contestation porte sur une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- ;

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Giuseppe Donatiello, avocat de la recourante, à Me François Bellanger, avocat des intimés, ainsi que, pour information, au Conseil d'État.

Siégeants : M. Verniory, président, M. Thélin, Mme Junod, M. Dumartheray, Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

le président siégeant :

D. Werffeli Bastianelli

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :