RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2103/2006-DIV **ATA/49/2007**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 6 février 2007

dans la cause

Monsieur Z_____
représenté par Me Philippe Meier, avocat

contre

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

EN FAIT

1. Monsieur Z_____ est médecin spécialiste, titulaire de diplômes FMH en chirurgie plastique reconstructive, esthétique et chirurgie de la main. Depuis 1998, il occupe le poste de médecin-chef du service de chirurgie plastique et reconstructive de l'Hôpital de S_____.

2. En octobre 2003, la faculté de médecine de l'Université de Genève (ci-après : la faculté) a ouvert une inscription pour un poste de professeur ordinaire ou adjoint en chirurgie plastique et reconstructive au département de chirurgie.

   a. Le 8 décembre 2003, M. Z_____ a déposé son dossier de candidature.

   b. Par courrier daté du 19 janvier 2004, la faculté l'a avisé que la commission de nomination n'avait pas retenu son nom pour la suite du concours.

   Des extraits de la loi sur l'Université du 26 mai 1973 (LU - C 1 30) et de son règlement d'application du 10 mars 1986 (RaLU - C1 30.01), relatifs à la procédure de plainte pour violation de la règle de préférence (art. 26A LU; art. 62A et 62B RaLU) étaient annexés à ce courrier. Le rapport de représentation des deux sexes dans la faculté au sein du corps professoral était également mentionné.

   c. Le 17 février 2004, M. Z_____ a déposé une plainte auprès du rectorat de l'Université de Genève (ci-après : le rectorat) pour violation de la règle de préférence, au motif que la présence d'une femme parmi les deux candidats retenus pour le tour final et l'annexe au courrier du 19 janvier 2004 démontraient que sa candidature avait été écartée de la phase finale par application de cette même règle.

   d. Le 24 février 2004, le doyen de la faculté a adressé à l'intéressé la lettre du président de la commission de nomination du 16 février 2004 qui stipulait les motifs pour lesquelles M. Z_____ n'avait pas été retenu pour le poste mis au concours.

   Celui-ci n'avait ni titre académique ni activité de recherche, contrairement aux trois autres candidats. De plus, il n'avait présenté aucune publication dans une revue à politique éditoriale, ayant un impact majeur ces cinq dernières années.

   e. Le 9 juin 2004, le rectorat a déclaré irrecevable la plainte de M. Z_____. N'appartenant pas au sexe sous-représenté, il ne pouvait se prévaloir de la procédure prévue à l'article 62 B RaLU.

f. Le 26 juin 2004, M. Z_____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre le refus du rectorat d'entrer en matière sur sa plainte.

g. Par arrêt du 21 septembre 2004 (ATA/737/2004), le tribunal de céans a rejeté le recours en motivant l'absence de qualité pour se plaindre du recourant.

3. Le 19 janvier 2006, le Tribunal fédéral a admis le recours de droit administratif déposé par M. Z_____. En déclarant irrecevable la plainte du recourant, le rectorat avait commis une discrimination prohibée par la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg - RS 151.1). Le Tribunal fédéral a renvoyé la cause au Tribunal administratif pour déterminer les frais et dépens (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.637/2004 du 19 janvier 2006).

4. Par arrêt du 21 mars 2006 (ATA/166/2006), le Tribunal administratif a condamné l'Université de Genève à payer une indemnité de procédure en CHF 3'000.- à M. Z_____.

5. Le 24 mars 2006, ce dernier a déposé une demande d'indemnisation auprès de la juridiction des Prud'hommes, une audience de conciliation prévue aux articles 4 et suivants de la loi d'application de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 28 mai 1998 (LaLEg - A 2 50) étant nécessaire pour la procédure.

Il conclut au paiement d'une indemnité de CHF 73'796,10 ainsi que de dommages-intérêts en CHF 5'164,80, le tout avec intérêts à 5 %.

Le refus d'entrer en matière sur la plainte devait être considéré comme une discrimination portant sur un refus d'embauche ouvrant le droit à une indemnité prévue aux articles 5 alinéas 2 et 4 et 13 alinéa 2 LEg.

Les frais engagés, avant le dépôt de la présente demande, faisaient partie du dommage à indemniser selon l'article 5 alinéa 5 LEg.

6. Le 8 mai 2006, l'audience de conciliation a échoué ; le dossier a été transmis au Tribunal administratif en date du 9 juin 2006, selon la lettre du demandeur du 7 juin 2006.

7. Dans sa réponse du 16 août 2006, le rectorat a conclu au rejet de la demande.

M. Z_____ n'étant pas un agent public, il ne pouvait intenter une action pécuniaire. Le Tribunal administratif n'était donc pas compétent pour connaître de sa demande tendant au paiement d'une indemnité au sens de l'article 5 alinéa 2 et 4 LEg.

Par ailleurs, la discrimination ne portant pas sur le refus d'embauche, mais sur l'irrecevabilité de la plainte, il ne pouvait prétendre à une indemnité basée sur l'article 5 alinéa 2 LEg.

Enfin, la demande en dommages-intérêts basée sur l'article 5 alinéa 5 LEg ne relevait pas de la compétence du Tribunal administratif, mais appartenait à celle du Tribunal de première instance.

8. Dans sa réplique du 12 octobre 2006, M. Z_____, reprenant l'essentiel de ses conclusions du 24 mars 2006, s'est déterminé sur la recevabilité du recours ainsi que sur l'origine de la discrimination, soit la violation des règles spécifiques de procédure de plainte et la poursuite de la procédure de nomination.

L'article 56G de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05) ne pouvait être interprété autrement qu'en y incluant les futurs ou éventuels agents publics lors de la création de rapports de travail de droit public.

Dans cette mesure, la compétence du Tribunal administratif était générale et l'emportait sur les compétences qui pouvaient résulter de la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 (LREC - A 2 40).

Le Tribunal fédéral ayant expressément qualifié de discrimination la décision d'irrecevabilité de la plainte, cette dernière devait par conséquent être assimilée à un refus d'embauche pur et simple, tel que visé par l'article 5 alinéa 2 LEg.

9. Par duplique du 14 novembre 2006, le rectorat a persisté dans ses conclusions.

10. Le 16 novembre 2006, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Le demandeur estime que la discrimination reconnue par le Tribunal fédéral doit être assimilée à un refus d'embauche pur et simple, lui ouvrant le droit à une indemnité fondée sur l'article 5 alinéas 2 et 4 LEg.

2. Le Tribunal administratif examine d'office sa compétence.

a. Selon l'article 56G LOJ, le Tribunal administratif connaît en instance unique des actions relatives à des prétentions de nature pécuniaire fondées sur le droit public cantonal, de même que sur la LEg qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision au sens de l'article 56A, alinéa 2, de la présente loi, et qui découlent des

rapports entre l'Etat, les communes, les autres corporations et établissements de droit public et leurs agents publics.

b. De jurisprudence constante, l'action pécuniaire est subsidiaire et n'est soumise à aucun délai, sous réserve de la prescription ou de la péremption du droit de fond (ATA/873/2004 du 9 novembre 2004 ; ATA/413/2003 du 27 mai 2003 ; ATA/623/2002 du 29 novembre 2002).

c. A teneur de l'article 5 alinéa 1er LEg, quiconque subit ou risque de subir une discrimination au sens des articles 3 et 4 peut requérir le tribunal ou l'autorité administrative:

- d'interdire la discrimination ou, d'y renoncer, si elle est imminente (let. a) ;

- de faire cesser la discrimination, si elle persiste (let. b) ;

- de constater l'existence de la discrimination, si le trouble qu'elle a créé subsiste (let. c) ;

- d'ordonner le paiement du salaire dû (let. d).

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 (al. 2).

En cas de discrimination portant sur un refus d'embauche, l'indemnité prévue à l'alinéa 2 n'excédera pas le montant correspondant à trois mois de salaire, […] (al. 4).

d. Les rapports de service de droit public constituent un contrat de travail régi par le droit public, conclu entre une corporation ou un établissement de droit public et une personne qui doit accomplir des tâches qui relèvent ou non de la puissance publique et qui est soumise au pouvoir hiérarchique de la collectivité publique. La nature du rapport juridique entre la collectivité publique et ses employées et employés est de droit public (K. ARIOLI et F. FURRER ISELI, L'application de la loi sur l'égalité aux rapports de travail de droit public, Bâle, 2000, p.13 § 28).

Selon l'article 1er LU, l'Université est un établissement cantonal de droit public. Elle est autonome et dotée de la personnalité juridique dans les limites de la constitution et de la présente loi.

En l'espèce, le demandeur est une personne physique, candidat à un poste mis au concours par la faculté de médecine de l'Université de Genève, établissement autonome de droit public. Cela étant, en sa qualité de simple candidat, le demandeur ne saurait être considéré comme accomplissant une tâche publique, soit comme étant soumis au pouvoir hiérarchique de la collectivité publique.

3. Reste à examiner si la relation qui lie les deux parties est néanmoins régie par des rapports de droit public.

Dans les rapports de droit privé, les parties qui entrent en négociations nouent une relation spéciale : la relation pré-contractuelle, qui les oblige à respecter un certain nombre de devoirs (P. TERCIER, Le droit des obligations, Genève, Bâle, Zürich 2004, p. 123 § 572). Les parties sont donc déjà liées, avant même la conclusion du contrat, par des rapports de droit privé.

Ce raisonnement peut s'appliquer par analogie aux rapports de droit public. En effet, dans la mesure où la LEg laisse au particulier la possibilité de recourir contre une décision de refus d'embauche qui semble être discriminatoire, il apparaît contradictoire de ne pas accorder cette prérogative au demandeur sous prétexte qu'il n'est pas un agent public. La relation entre l'autorité administrative et le candidat à un poste futur ou hypothétique de la fonction publique doit ainsi déjà être considérée comme régie par des règles de droit public, dans les cas où la LEg ouvre une voie de recours.

En l'espèce, le demandeur évincé de la procédure de nomination, a recouru puis intenté une action pécuniaire sous l'angle de la LEg contre la décision du rectorat. En conséquence, le litige qui l'oppose à l'Université de Genève fait partie intégrante du contentieux administratif. Le Tribunal administratif est dès lors compétent pour connaître de la prétention pécuniaire basée sur l'article 5 alinéas 2 et 4 LEg.

4. Comme vu ci-dessus, selon l'article 5 alinéa 2 LEg, lorsque la discrimination porte sur un refus d'embauche, la personne lésée ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité par l'employeur.

En l'espèce, le demandeur a été discriminé dans le cadre des règles spéciales de la procédure de nomination, la plainte déposée par celui-ci ayant été déclarée irrecevable par décision du 9 juin 2004. La décision à caractère discriminatoire est en réalité cette dernière décision et non celle du refus d'embauche notifiée le 19 janvier 2004 au demandeur. Par conséquent, la discrimination ne porte pas sur un refus d'embauche, condition nécessaire pour l'application de l'article 5 alinéa 2 LEg. Elle n'entre donc pas dans le champs d'application de la disposition précitée.

Par ailleurs, il ne ressort pas du dossier que le demandeur n'a été victime d'une discrimination lors du choix des candidats. Les qualifications des deux autres candidats, retenus pour une leçon publique, correspondaient plus aux attentes de la faculté, ce que confirme la lettre du président de la commission de nomination du 24 février 2004, exposant les motifs qui ont conduit à l'éviction de la candidature du demandeur.

En conclusion, mal fondée, la prétention basée sur l'article 5 alinéa 2 LEg est rejetée.

5. Le demandeur prétend à une indemnité pour dommages-intérêts basée sur l'article 5 alinéa 5 LEg. Le fait que sa plainte a été déclarée irrecevable ne lui a laissé aucune possibilité de se prévaloir de ses droits matériels.

Le dommage allégué résultant de cette violation conduit à poser la question d'une éventuelle responsabilité de l'Université. Il s'agit de savoir si le Tribunal administratif est compétent pour connaître d'un tel litige, relatif à la responsabilité de l'Etat.

a. Selon l'article 5 alinéa 5 LEg, sont réservés les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, de même que les prétentions découlant de dispositions contractuelles plus favorables aux travailleurs.

b. Ces prétentions sont indépendantes du versement du salaire fondé sur l'article 5 alinéa 1 lettre d LEg et du versement de l'indemnité en vertu de l'article 5 alinéa 2 LEg (M. BIGLER-EGGENBERGER et C. KAUFMANN, Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000, p. 146 § 43).

c. Dans les rapports de droit public genevois, le Tribunal de première instance est compétent pour connaître tous litiges liés à la responsabilité de l'Etat et des communes (art. 2 et 7 LREC).

d. Le Tribunal administratif a laissé ouverte la question de sa compétence en matière de dommages-intérêts relatifs à la responsabilité de l'Etat dans le domaine de la fonction publique (ATA/790/2005 du 22 novembre 2005 ; ATA/904/2003 du 16 décembre 2003).

Dans son arrêt 2P.142/2006 du 2 novembre 2006 relatif aux dommages-intérêts pour tort moral, le Tribunal fédéral a considéré que le Tribunal administratif n'était pas compétent pour entrer en matière sur la demande de l'intéressé.

Dans le domaine des marchés publics, la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (LAIMP - L 6 05.0) a institué une responsabilité spéciale, limitée aux dépenses subies pendant les procédures de soumission et de recours. Ces prétentions ne tombant

pas sous le coup de la LREC, le Tribunal administratif s'est déclaré compétent (ATA/864/2004 du 26 octobre 2004).

En l'espèce, il n'y a aucune disposition similaire à l'article 3 alinéa 3 LAIMP introduite dans la LU, ainsi que le RaLU. Aucune responsabilité spéciale n'a donc été instituée par le législateur genevois. L'article 5 alinéa 5 LEg est une disposition de droit fédéral. La mise en œuvre de cette dernière relève de la compétence des cantons. A Genève, c'est le Tribunal de première instance qui détient une compétence générale en matière de responsabilité civile.

En conséquence, faute de responsabilité spéciale, le Tribunal administratif est incompétent pour juger de la prétention fondée sur la disposition précitée.

6. La demande sera donc rejetée.

En matière d'égalité entre femmes et hommes, la procédure est gratuite (art. 13 al. 5 LEg ; art. 87 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ; LPA - E 5 10). Aucun émolument ne sera mis à la charge du demandeur, quant bien même il succombe.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable la demande interjetée le 7 juin 2006 par Monsieur Z_____ contre la décision de l'Université de Genève du 1er janvier 2001 en tant qu'elle vise la prétention pécuniaire basée sur l'article 5 alinéas 2 et 4 LEg ;

la déclare irrecevable en ce qui concerne la prétention pécuniaire en dommages-intérêts basée sur l'article 5 alinéa 5 LEg ;

au fond :

la rejette ;

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

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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 ; 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'article 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 Philippe Meier, avocat du demandeur ainsi qu'à l'Université de Genève.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :	la vice-présidente :
C. Del Gaudio-Siegrist	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le	la greffière :