

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2350/2011-FPUBL

ATA/537/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 30 août 2011

dans la cause

Madame B _____

représentée par Me Giuseppe Donatiello, avocat

contre

CONSEIL D'ÉTAT

et

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

représentée par Me François Bellanger, avocat

EN FAIT

1. Madame B_____, née en 1969, est titulaire d'un « Bachelor of Architecture » et d'un « Master of Architecture » de l'Université de Caroline du sud à Los Angeles. Elle est également docteur ès sciences de l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne (ci-après : EPFL).
2. Par contrat du 27 novembre 2008, elle a été engagée par l'Ecole d'ingénieurs de Genève (ci-après : EIG), devenue depuis lors la Haute école du paysage, d'ingénierie et d'architecture de Genève (ci-après : HEPIA), en qualité de professeur HES et cela dès le 1^{er} décembre 2008. Le contrat d'engagement faisait référence aux art. 74 et 75 du règlement fixant le statut du corps enseignant HES du 10 octobre 2001 (RStCE-HES - B 5 10.16) à teneur desquels le professeur, le chargé de cours ou le chargé d'enseignements HES est soumis à une période probatoire qui est en principe de deux ans. Le renouvellement de l'engagement s'opère d'année en année, sauf exception, et le non renouvellement n'est possible que dans certains cas, soit en particulier si les prestations de l'intéressé(e) sont jugées insuffisantes (art. 75 al. 2 let. b RStCE-HES).
3. Une première analyse des prestations de Mme B_____ a eu lieu le 18 juin 2009.

Les parties ont convenu que dès le 1^{er} septembre 2009, le taux d'activité de l'intéressée serait augmenté de 75 à 100 %.
4. Le 17 novembre 2010, le directeur de l'HEPIA a prolongé la période probatoire de Mme B_____ jusqu'au 31 août 2011, afin de lui permettre de bénéficier d'un délai supplémentaire pour remplir les conditions de nomination à la fonction de professeur HES.
5. Une nouvelle analyse de prestations de l'intéressée a eu lieu le 22 décembre 2010, qui s'est terminée sur l'appréciation suivante émise par l'évaluateur, Monsieur Yves Leuzinger, directeur de l'HEPIA : « Les prestations sont bonnes pour l'enseignement. Toutefois, la formation didactique n'est pas effective et la recherche financée fait défaut après deux ans, l'intégration dans l'équipe est difficile du fait de son comportement ; il est donc nécessaire de reporter la nomination ».

Le 5 février 2011, Mme B_____ a contesté le contenu de cette évaluation.
6. Par courrier recommandé du 17 mars 2011, le directeur de l'HEPIA a convoqué Mme B_____ pour un entretien de service en raison de l'insuffisance de ses prestations. L'entretien s'est déroulé le 12 avril 2011. Il résulte du compte-rendu établi à cette occasion que l'HEPIA reprochait à Mme B_____ de ne pas

avoir réalisé de recherches en qualité de requérante principale. Or, la nomination impliquait que durant la période probatoire, Mme B_____ accomplisse la formation didactique d'une part, et d'autre part, qu'elle conduise et termine une recherche en qualité de requérante principale.

7. Le 21 avril 2011, Mme B_____ a saisi d'une plainte le groupe de confiance.
8. Le 3 mai 2011, le Docteur Antoine Truscello, spécialiste FMH en médecine interne, a établi un certificat médical, attestant que depuis novembre/décembre 2010, Mme B_____ souffrait de problèmes digestifs récurrents « possiblement liés à son environnement professionnel et nécessitant depuis lors un traitement médicamenteux régulier ».
9. Par décision du 20 mai 2011, expédiée sous pli recommandé, l'HEPIA a mis un terme à l'engagement de Mme B_____ pour le 31 août 2011 en application de l'art. 75 al. 2 let. b RStCE-HES précité.
10. Par acte posté le 20 juin 2011, Mme B_____ a recouru contre la décision précitée du 20 mai 2011 auprès du Conseil d'Etat en concluant sur mesures provisionnelles à ce qu'elle reste à son poste de travail jusqu'à droit jugé sur le fond et à ce qu'il soit constaté que la décision attaquée était nulle. Elle demandait à être nommée au poste de professeur HES en architecture. Sur mesures provisionnelles, elle faisait valoir une discrimination quant au sexe - M. Leuzinger ayant fait preuve à son égard d'une sévérité beaucoup plus grande dans l'appréciation de ses compétences qu'envers ses collègues masculins - et une violation du droit d'être entendu. Sur le fond, elle reprenait ses griefs en alléguant de surcroît une violation du principe de la bonne foi et un harcèlement psychologique.
11. L'HEPIA a conclu le 14 juillet 2011 au rejet de la demande de mesures provisionnelles et sur le fond, au rejet des demandes d'instruction et du recours. L'HEPIA n'entendait pas réintégrer Mme B_____. Cette dernière ne démontrait pas qu'elle aurait été traitée différemment de ses collègues masculins qui ne se trouvaient d'ailleurs plus en période probatoire, ayant été nommés, ce qui n'était pas son cas.
12. Le 20 juillet 2011, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur mesures provisionnelles et un délai sur le fond a été fixé à la recourante pour répliquer.
13. Par arrêté du 27 juillet 2011 (ci-après : ACE), le Conseil d'Etat a rejeté la demande de mesures provisionnelles et réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond.

La décision de non renouvellement d'un engagement pouvait faire l'objet d'un recours auprès du Conseil d'Etat, puis, cas échéant, auprès de la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Le refus de renouveler un engagement constituait une décision à caractère négatif, de sorte que seules des mesures provisionnelles pouvaient être sollicitées.

En l'espèce, la recourante demandait à pouvoir rester à son poste de travail comme professeur HES en architecture, de sorte que ses conclusions se confondaient en partie avec celles prises sur le fond. Le Conseil d'Etat a ainsi examiné les griefs invoqués en lien avec les mesures provisionnelles, à savoir la discrimination fondée sur le sexe et la violation du droit d'être entendu.

La recourante n'avait pas rendu vraisemblable qu'elle était victime d'une discrimination fondée sur le sexe au sens de l'art. 3 al. 1 ou 2 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1985 (LEg - RS 151.1). Quant aux violations du droit d'être entendu alléguées, et dont la recourante aurait été victime à trois reprises, elles n'étaient pas avérées. La recourante se plaignait en dernier lieu de ne pas avoir pu consulter tout son dossier, mais le droit d'accès qui était le sien ne portait pas sur d'éventuelles notes personnelles de l'autorité d'engagement.

Enfin, la pesée des intérêts impliquait de faire prévaloir l'intérêt public de l'HEPIA, relatif au bon fonctionnement de l'école, sur l'intérêt privé de la recourante, souhaitant poursuivre son activité professionnelle et percevoir son salaire. En tout état, l'HEPIA n'entendait pas réintégrer Mme B_____ et elle était en mesure, cas échéant, de faire face aux conséquences financières en cas d'éventuelle admission du recours. En conséquence, la demande de mesures provisionnelles était rejetée.

14. Par acte posté le 8 août 2011, Mme B_____ a recouru contre cet ACE auprès de la chambre administrative en sollicitant des mesures superprovisionnelles urgentes tendant à ce qu'il soit ordonné qu'elle reste à son poste de travail pendant la durée de la procédure, soit jusqu'à droit jugé sur mesures provisionnelles.

Par ailleurs, l'ACE devait être annulé et les mesures provisionnelles ordonnées. Préalablement cependant, l'HEPIA devait être invitée à produire les analyses de prestations de tous les autres professeurs HES en architecture et la chambre de céans devait confier « au Service pour la promotion de l'égalité entre hommes et femmes de la République et canton de Genève le mandat d'apprécier, sous l'angle de la vraisemblance, le bien-fondé de la discrimination quant au sexe alléguée par Madame B_____ ». Le raisonnement suivi par le Conseil d'Etat, selon lequel les mesures provisionnelles ne devaient pas vider le litige sur le fond, n'était pas applicable lorsqu'une violation de la LEg était alléguée. En effet, selon

l'art. 5 al. 1 let. b LEg, quiconque subit une discrimination au sens des art. 3 et 4 LEg peut requérir du tribunal la cessation de la discrimination. En droit administratif, la résiliation discriminatoire était nulle. Partant, elle n'entraînait pas la perte de son poste par le salarié. Celui-ci avait donc droit à sa réintégration. Or, en affirmant que l'HEPIA ne voulait pas continuer à l'employer, le Conseil d'Etat avait accordé une importance induue à la volonté de l'HEPIA. La LEg étant de droit fédéral, elle devait primer.

En droit privé, le Tribunal fédéral avait jugé que des mesures provisionnelles par lesquelles un travailleur était maintenu dans son poste de travail pendant la procédure judiciaire ne causaient aucun préjudice à l'employeur, même si ladite procédure aboutissait à la nullité de la fin des rapports de travail. En l'espèce, l'absence de préjudice pour l'HEPIA était particulièrement vraie, puisque Mme B_____ pourrait continuer à travailler en contrepartie de son salaire. Enfin, l'autorité précédente avait violé les règles relatives à la maxime inquisitoire et à la répartition du fardeau de la preuve en considérant que la recourante n'avait pas rendu vraisemblable la discrimination fondée sur la LEg qu'elle alléguait.

15. Le 22 août 2011, le Conseil d'Etat a conclu au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité. Il a persisté dans les termes de son ACE et produit son dossier. Mme B_____ disposait d'un délai au 15 septembre 2011 pour répliquer sur le fond.
16. Le 25 août 2011, l'HEPIA a conclu au rejet de la demande de mesures provisionnelles et de celle de mesures superprovisionnelles urgentes déposée par Mme B_____.

Sur le fond, elle s'en est rapportée à justice quant à la recevabilité du recours de l'intéressée. Les demandes de mesures d'instruction devaient être rejetées, de même que le recours.

Par ailleurs, elle a repris la substance des observations qu'elle avait déposées le 14 juillet 2011 devant le Conseil d'Etat, en les complétant. L'art. 21 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) était applicable et le raisonnement développé par la recourante sur la LEg erroné, ce d'autant que la discrimination alléguée n'était pas établie. La pesée des intérêts à laquelle le Conseil d'Etat avait procédé était non seulement conforme au droit fédéral mais parfaitement justifiée.

Contrairement à ses allégués, elle ne subirait aucun préjudice irréparable en cas de rejet de la demande de mesures provisionnelles. Elle pourrait cas échéant percevoir des allocations de chômage ou, en cas d'admission du recours, une indemnité, la solvabilité de son employeur étant avérée.

Enfin, aucune des trois violations du droit d'être entendu de l'intéressée n'était réalisée.

17. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. b LPA).

2. Le refus de l'HEPIA de renouveler le contrat d'engagement de Mme B_____ constitue une décision à contenu négatif, de sorte que seules des mesures provisionnelles peuvent être demandées (ATA/122/2011 du 22 février 2011 ; ATA/29/2011 du 18 janvier 2011 ; ATA/599/2009 du 18 novembre 2009).

La recourante ne s'y est pas trompée et requiert même des mesures superprovisionnelles urgentes, qui ne sont pas prévues par l'art. 21 LPA.

3. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, reprise par la chambre de céans, les mesures provisionnelles ne sont légitimes que si elles s'avèrent nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde des intérêts compromis. En revanche, de telles mesures ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper sur le jugement définitif, ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, ni non plus aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire le procès au fond (ATF 119 V 506 consid. 3 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 et les références citées ; I. HÄNER, « Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess » *in* Les mesures provisoires en procédures civile, administrative et pénale, 1997, p. 265). Toutefois, si la protection du droit ne peut exceptionnellement être réalisée autrement, il est possible d'anticiper sur le jugement au fond par une mesure provisoire, pour autant qu'une protection efficace du droit ne puisse être atteinte par la procédure ordinaire et que celle-ci produirait des effets absolument inadmissibles pour le requérant (ATA/591/2009 du 12 novembre 2009 et les références citées ; F. GYGI, L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administrative *in* RDAF 1978 p. 228).

4. La recourante invoquant une violation de la LEg, elle allègue que les mesures provisionnelles sont de nature à mettre un terme à la discrimination dont elle se plaint.

L'ACE n'aurait pas pris en considération cet élément en rejetant sa requête et en considérant, conformément à la jurisprudence habituelle, que le prononcé de telles mesures se confondrait avec le jugement au fond.

5. Comme l'a jugé le Tribunal fédéral le 19 janvier 2006 (Arrêt du Tribunal fédéral 2P_277/2004, 2A_637/2004, consid. 3.1) : « Sous réserve des règles générales de procédure fédérale et pour autant que l'aménagement des moyens de droit cantonaux permette aux personnes et organisations légitimées de se prévaloir efficacement des droits mentionnés à l'art. 5 LEg, les délais et formes en sont fixés par le droit cantonal de procédure (Arrêt du Tribunal fédéral 1A_8/2000 du 10 mars 2000, consid. 2c) ».

La procédure cantonale genevoise ne contient pas de dispositions spécifiques à cet égard.

Aussi, il n'existe aucune raison de s'écarter de la jurisprudence bien établie rappelée ci-dessus.

En l'espèce, si des mesures provisionnelles - ou superprovisionnelles urgentes - étaient ordonnées, elles reviendraient bien à accorder à la recourante le plein de ses conclusions sur le fond, en renouvelant de fait son contrat, alors que la période probatoire a été prolongée jusqu'au 31 août 2011. Or, l'allégation de violation des art. 3 à 5 LEg nécessiterait une instruction préalable pour déterminer si cette violation est avérée et permettre d'envisager l'exception procédurale souhaitée par la recourante.

6. Une décision entreprise pour violation du droit d'être entendu n'est pas nulle, mais annulable (ATF 133 III 235 consid. 5.3 p. 250 ; Arrêts du Tribunal fédéral 8C_104/2010 du 29 septembre 2010 consid. 3.2 ; 4A_15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.2 ; ATA/862/2010 du 7 décembre 2010 consid. 2 et arrêts cités).

La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, du droit d'être entendu, n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (Arrêts du Tribunal fédéral 1C_161/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.1 ; 8C_104/2010 du 29 septembre 2010 consid. 3.2 ; 5A_150/2010 du 20 mai 2010 consid. 4.3 ; 1C_104/2010 du 29 avril 2010 consid. 2 ; ATA/435/2010 du 22 juin 2010 consid. 2 ; ATA/205/2010 du 23 mars 2010 consid. 5 ; P. MOOR, Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, 2e éd., Berne 2002, ch. 2.2.7.4 p. 283). Elle dépend toutefois de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 126 I 68 consid. 2 p. 72 et la jurisprudence citée ; Arrêts du Tribunal fédéral précités) ; elle peut cependant se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 133 I 201 consid. 2.2 p. 204). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/452/2008 du 2 septembre 2008 consid. 2b).

Les diverses violations du droit d'être entendu dont se prévaut la recourante peuvent, cas échéant, être réparées dans le cadre de la procédure au fond, pendante devant le Conseil d'Etat. Elles sont invoquées de manière prématurée à ce stade de la procédure devant la chambre de céans.

7. Au vu de ce qui précède, la demande de mesures provisionnelles et celle de mesures superprovisionnelles urgentes seront rejetées.

Le sort des frais de la présente cause sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours comportant une demande de mesures provisionnelles et de mesures superprovisionnelles urgentes interjeté le 8 août 2011 par Madame B_____ contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 27 juillet 2011 ;

au fond :

rejette le recours et la demande de mesures provisionnelles de même que celle de mesures superprovisionnelles urgentes ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

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 ; 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 ainsi qu'au Conseil d'Etat et à Me François Bellanger, avocat de la Haute école du paysage, d'ingénierie et d'architecture de Genève.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, M. Thélin, Mme Junod, M. Dumartheray, juges, et M. Torello, juge suppléant.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction :

M. Tonossi

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :