

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2869/2007-DIV

ATA/71/2008

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 19 février 2008

dans la cause

Monsieur Z_____

représenté par Me Philippe Meier, avocat

contre

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

EN FAIT

1. Monsieur Z_____ (ci-après : le postulant) est médecin spécialiste, titulaire de diplômes FMH en chirurgie plastique reconstructive, esthétique et chirurgie de la main. Depuis 1998, il occupait le poste de médecin-chef du service de chirurgie plastique et reconstructive de l'Hôpital régional 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, le postulant 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 démontrait 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 indiquait les motifs pour lesquels il n'avait pas été retenu pour le poste mis au concours.

Le postulant 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 du postulant. N'appartenant pas au sexe sous-représenté, il ne pouvait se prévaloir de la procédure prévue à l'article 62B RaLU.

f. Le 26 juin 2004, l'intéressé 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 vu l'absence de qualité pour se plaindre du recourant. La voie de la plainte n'était ouverte qu'aux candidats du sexe sous-représenté.

3. Le 19 janvier 2006, le Tribunal fédéral a admis le recours de droit administratif déposé par le postulant. 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 de CHF 3'000.- au postulant.

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 concluait au paiement d'une indemnité de CHF 73'796,10 ainsi que de dommages-intérêts de CHF 5'164,80 représentant des honoraires d'avocat pour la période du 26 janvier au 28 mars 2004, 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. Par arrêt du 6 février 2007 (ATA/49/2007), le Tribunal administratif a rejeté la demande du recourant concernant la prétention pécuniaire basée sur l'article 5 alinéas 2 et 4 LEg dans la mesure où celle-ci était recevable. Il a, par ailleurs, prononcé l'irrecevabilité de la requête en dommages-intérêts fondée sur l'article 5 alinéa 5 LEg.

Le Tribunal de première instance était compétent pour connaître tous litiges liés à la responsabilité de l'Etat et des communes (art. 2 et 7 de la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 - LREC - A 2 40). Il détenait une compétence générale en matière de responsabilité civile. A défaut de norme instituant une responsabilité spéciale, le Tribunal administratif ne pouvait donc entrer en matière sur une prétention fondée sur l'article 5 alinéa 5 LEg.

8. Le 10 juillet 2007, le Tribunal fédéral a partiellement admis le recours interjeté par l'intéressé contre la décision précitée et renvoyé la cause au Tribunal administratif (ATF 133 II 257 du 10 juillet 2007).

Le recourant n'avait pas été victime d'une discrimination portant sur le refus d'embauche. Il ne pouvait donc prétendre au versement d'une indemnité au sens de l'article 5 alinéa 2 LEg.

Le Tribunal administratif avait en revanche considéré à tort qu'il n'était pas compétent pour statuer sur l'indemnité demandée à titre de dommages-intérêts. Ce faisant, il avait violé l'article 5 alinéa 5 LEg et appliqué arbitrairement l'article 56G de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05). L'article 5 LEg exigeait que toutes les prétentions fondées sur cette disposition, y compris celle en dommages-intérêts et en réparation du tort moral de l'alinéa 5, puissent être invoquées dans une seule et même procédure.

9. Invité à se prononcer à nouveau sur la question tranchée en sa faveur par le Tribunal fédéral, le recourant a, par courrier du 20 septembre 2007, persisté dans ses précédentes conclusions et renoncé, pour le surplus, à s'exprimer.

10. Dans sa réponse datée du 1^{er} novembre 2007, la faculté conclut à l'irrecevabilité de la demande en dommages-intérêts du postulant et, subsidiairement à son rejet.

L'absence totale de motivation de sa prétention en dommages-intérêts devait entraîner l'irrecevabilité de sa demande dans la mesure où elle ne satisfaisait pas aux conditions de l'article 65 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

Le dommage à prendre en considération dans le cadre de l'article 5 alinéa 5 LEg était constitué par les préjudices financiers liés à un refus d'embauche discriminatoire. Or, ainsi que l'avait relevé le Tribunal fédéral, le recourant n'avait pas été victime d'une discrimination portant sur un refus d'embauche.

Selon les articles 2 et 9 LREC, l'université, en tant qu'établissement de droit public doté de la personnalité juridique, était tenue de réparer uniquement le dommage résultant pour des tiers d'actes illicites commis soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence par ses fonctionnaires ou agents dans l'accomplissement de leur travail. Or, lorsque la qualité pour déposer plainte avait

été déniée au recourant, la question de savoir si la voie de la plainte pour violation de la règle de préférence était ou non ouverte aux candidats appartenant au sexe sur représenté était extrêmement délicate. La faculté n'avait donc fait preuve d'aucune négligence ou imprudence dans sa manière de traiter la problématique.

11. Par pli du 15 novembre 2007, le recourant a formulé des observations concernant les remarques avancées par l'intimée dans sa réponse.

Sa prétention en dommages-intérêts avait été suffisamment motivée dans sa demande du 24 mars 2006.

Les dommages-intérêts réservés par l'article 5 alinéa 5 LEg, qui couvraient tout préjudice financier, comprenaient aussi les frais d'avant-procès, non couverts par les dépens de procédure. Le Tribunal fédéral l'avait au demeurant implicitement confirmé dans son arrêt du 10 juillet 2007.

La négligence de la partie intimée, pour autant que cette condition soit exigée, était par ailleurs manifeste. En effet, l'université, en annexant à sa décision les règles relatives à la procédure de plainte pour violation de la règle de préférence, avait admis avoir fait application de l'article 26A LU en écartant sa candidature. La négligence était donc établie.

12. Le 16 novembre 2007, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif n'entrera pas en matière sur la recevabilité de la demande en dommages-intérêts du postulant, car celle-ci a expressément été admise par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 10 juillet 2007 (ATF 133 II 257).
2. Le présent arrêt porte uniquement sur l'indemnité de CHF 5'164,80 demandée à titre de dommages-intérêts par le postulant au sens de l'article 5 alinéa 5 LEg. Le Tribunal fédéral a constaté de manière définitive que l'intéressé n'avait pas été victime d'une discrimination portant sur le refus d'embauche et qu'il ne pouvait ainsi prétendre à l'indemnité prévue par l'article 5 alinéa 2 LEg (ATF 133 II 257 consid. 4). La seule discrimination constatée par la Haute Cour résulte du refus d'entrer en matière sur la plainte du recourant. C'est donc uniquement celle-ci qu'il faut prendre en considération pour statuer sur la prétention en dommages-intérêts.
3. Intitulé "droits des travailleurs", l'article 5 LEg énumère aux alinéas 1^{er} à 4 des droits de diverses natures en faveur de la personne lésée par une

discrimination. Selon l'article 5 alinéa 5 LEg, sont réservés les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral.

Aux termes de l'article 56G alinéa 1^{er} LOJ, le Tribunal administratif siégeant au nombre de cinq juges 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 loi et qui découlent (let.a) des rapports entre l'Etat, les communes, les autres corporations et établissements de droit public et leurs agents publics.

En l'espèce, le recourant invoque, à l'appui de ses conclusions, la discrimination subie dans le cadre de la procédure de plainte constatée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 2A.637/2004 du 19 janvier 2006. La LEg exige en effet des cantons qu'ils aménagent des moyens de droit qui permettent aux personnes et organisations légitimées de se prévaloir efficacement des droits mentionnés à l'article 5 LEg (Arrêts du Tribunal fédéral 2A.637/2004 du 19 janvier 2006 consid. 4.3 ; 1A.8/2000 du 10 mars 2000 consid. 2c). La compétence du tribunal de céans est par conséquent donnée.

4. En tant qu'actes illicites, les discriminations au sens de la LEg ouvrent le droit à des dommages-intérêts si les conditions correspondantes sont réunies. On se référera pour ce faire aux principes généraux du droit de la responsabilité, soit les articles 41ss du code des obligations du 30 mars 1911 (CO - RS 220) pour les prétentions de nature privée, et la LREC pour celles découlant du droit public (ATF 133 II 257 consid. 5.3 ; M. BIGLER-EGGENBERGER/C. KAUFMANN (éds.), Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000, n. 43 *ad* art. 5 ; Message du 24 février 1993 concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, FF 1993 I 1163 p. 1215).
5. A teneur de l'article 2 alinéa 1^{er} LREC, l'Etat de Genève et les communes du canton sont tenus de réparer le dommage résultant pour des tiers d'actes illicites commis soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence par leurs fonctionnaires ou agents dans l'accomplissement de leur travail. Cette disposition est applicable aux corporations et établissements de droit public dotés de la personnalité (art. 9 LREC).

En l'espèce, l'université constitue un établissement de droit public doté de la personnalité au sens de la disposition précitée (art. 1^{er} LU). Pour que sa responsabilité soit engagée, l'article 2 alinéa 1^{er} LREC présuppose un dommage, un acte illicite, un comportement fautif ainsi que l'existence d'un lien de causalité entre le dommage et le fait engageant la responsabilité.

6. S'agissant du préjudice, celui-ci serait constitué d'une note d'honoraires d'un montant de CHF 5'164.80 pour la période du 26 janvier au 28 mars 2004. De l'avis

du recourant, ces frais d'avant-procès feraient partie intégrante du dommage à indemniser.

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, les frais liés à l'intervention d'un avocat avant l'ouverture du procès civil peuvent constituer un dommage réparable donnant lieu à réparation (SJ 2001 I 153 p. 154 ; ATF 97 II 259 c. 5b p. 268 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4C.14/1999 consid. 5). La notion d'acte dommageable étant la même qu'en droit civil, elle correspond à la différence entre la valeur actuelle du patrimoine et la valeur que celui-ci aurait eue sans l'événement dommageable (ATF 107 Ib 160 consid. 2 p. 162 ; A. GRISEL, Traité de droit administratif, vol. II, Neuchâtel 1984, p. 799).

En l'espèce, les frais invoqués par le recourant ne sauraient être pris en considération dans le cadre de la réparation du préjudice résultant du refus d'entrer en matière sur sa plainte. Ils ont en effet été engagés antérieurement à la décision discriminatoire du 9 juin 2004. Le recourant entamait alors une procédure concernant une discrimination à l'embauche, discrimination qui a par la suite été infirmée par la Haute Cour (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.637/2004 du 19 janvier 2006 consid. 4.2). Il ne peut donc réclamer le remboursement des frais de sa plainte, mais uniquement ceux résultant de la discrimination avérée. Le dommage allégué par le recourant n'est par conséquent pas directement lié à la discrimination constatée par le Tribunal fédéral et ne peut donner lieu à aucune réparation.

7. Les autres conditions de la responsabilité de l'intimée ne seront pas examinées ici en tant que le recours doit de toute manière être rejeté au motif de l'absence de préjudice subi par le recourant.
8. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté. Compte tenu de la nature du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 13 al. 5 LEg).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

rejette les conclusions en paiement d'une indemnité de Monsieur Z_____ ;

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 recourant ainsi qu'à l'Université de Genève.

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

M. Tonossi

le président :

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :