RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2927/2005-CRUNI **ACOM/68/2005**

DÉCISION

DE

LA COMMISSION DE RECOURS DE L'UNIVERSITÉ

du 8 novembre 2005

dans la cause

Madame W._____
représentée par Me Thomas Barth, avocat

contre

UNIVERSITE DE GENEVE

et

ÉCOLE DE TRADUCTION ET D'INTERPRÉTATION

(clôture de la procédure d'ouverture d'un poste sans nomination, nature de l'acte et recevabilité de l'opposition)

EN FAIT

1. Au mois de juin 2004, l'école de traduction et d'interprétation (ci-après l'ETI ou l'intimée) a annoncé l'ouverture d'une inscription pour un poste de maître d'enseignement et de recherche au département français de traductologie et de traduction. L'entée en fonction était prévue pour le 1er mars 2005 ou pour une date à convenir.

2. Par courrier daté du 27 septembre 2004, Madame W._____ (ci-après Mme W._____ ou la recourante) a fait acte de candidature pour le poste précité. Sa lettre était accompagnée des annexes usuelles.

3. Le 27 septembre 2004, l'ETI a accusé réception de la candidature de Mme W._____ et lui a demandé de compléter son dossier en produisant notamment un exemplaire de sa thèse de doctorat ainsi que des tirés à part de ses publications qui lui paraissaient les plus représentatives de ses travaux. Un cahier des charges lui a en outre été transmis.

4. Le 20 décembre 2004, Mme W._____ a complété son dossier de candidature. L'ETI a accusé réception de ce courrier le 12 janvier 2005.

5. Par lettre signature du 7 juin 2005, l'ETI a informé Mme W._____ que, dans sa séance du 3 mai 2005, le rectorat de l'université de Genève avait, suite à l'avis exprimé par l'ETI, décidé la "clôture de l'ouverture d'inscription" pour le poste de maître d'enseignement et de recherche au département français de traductologie et de traduction sans procéder à une nomination. Aucune voie de droit n'était mentionnée sur ce courrier.

6. Par acte daté du 4 juillet 2005, Mme W._____ a formé opposition contre cette décision. Son profil académique, ses publications et son expérience professionnelle répondaient aux exigences du poste. Elle demandait, dès lors, à connaître les raisons qui avaient amené l'ETI à ne pas retenir son dossier et à fermer le poste. Elle a conclu à l'annulation de la décision et au réexamen de sa candidature.

7. Le 12 juillet 2005, l'ETI a déclaré l'opposition irrecevable au motif que la décision de clôture de l'ouverture d'un poste n'était pas une décision administrative au sens de l'article 4 de la loi sur la procédure administrative. Par ailleurs, Mme W._____ n'étant pas membre du corps enseignant, elle n'avait pas la qualité pour former opposition.

8. Par acte daté du 12 août 2005, Mme W._____ a interjeté un recours contre la décision du 12 juillet 2005 auprès de la commission de recours de l'université (CRUNI). Elle soutient que le courrier de l'ETI du 7 juin 2005 est une

décision et qu'elle a qualité pour former opposition dans la mesure où elle est directement touchée, et plus que quiconque, dans un intérêt de fait. L'ETI aurait en outre violé le principe de la bonne foi et adopté une attitude contradictoire en annonçant une ouverture de poste avant de lui en signifier la clôture neuf mois plus tard. Elle conclut à la recevabilité de son recours et à l'annulation de la décision sur opposition du 12 juillet 2005. Subsidiairement, elle demande le renvoi du dossier à l'ETI pour nouvelle décision.

9. Cet acte de recours a été posté le 12 août 2005 à l'ancienne adresse de la CRUNI – et du Tribunal administratif –, soit à la rue des Chaudronniers, alors que celui-ci a déménagé en été 2003 à la rue du Mont-Blanc. Par lettre déposée auprès d'un office de poste le 18 août 2005, le conseil de la recourante a indiqué qu'une "erreur d'adressage" avait été commise et que la poste n'avait pas fait suivre ledit courrier. Il conclut cependant à la recevabilité du recours en application de l'article 64, al. 2 LPA.

10. Le 6 septembre 2005, l'université s'est rapportée à justice sur la recevabilité du recours et a conclu à son rejet sur le fond, au motif qu'une décision de clôture d'une inscription publique d'un poste n'est pas une décision administrative dans la mesure où le candidat ne dispose d'aucun droit à être nommé à un poste au sein de l'université. Par ailleurs, même s'il s'agit d'une décision, Mme W._____ ne peut pas la contester car seuls les membres du corps enseignant ont qualité pour former opposition ou recours contre les décisions individuelles les concernant.

EN DROIT

1. a. Dirigé contre la décision sur opposition du 12 juillet et interjeté dans la forme prescrite auprès de l'autorité compétente, le recours est à priori recevable (art. 62 de la loi sur l'université du 26 mai 1973 - LU – C 1 30 ; art. 87 du règlement de l'université du 7 septembre 1988 - RU – C 1 30.06; art. 26 et 27 du règlement interne relatif aux procédures d'opposition et de recours du 25 février 1977 - RIOR). Deux éléments doivent néanmoins encore être examinés : la qualité pour recourir de Mme W._____ et le respect du délai de recours.

b. A teneur de l'article 33 LU, le règlement de l'université détermine les conditions et les modalités du droit d'opposition et de recours des membres du corps enseignant contre les décisions individuelles les concernant. L'intimée fonde notamment la motivation de l'irrecevabilité de l'opposition du 4 juillet 2005 sur cette disposition en soutenant que Mme W._____ n'étant pas membre du corps enseignant, elle ne peut pas contester l'annonce du retrait de l'ouverture de poste. Or, cette question se pose dans des termes similaires pour la recevabilité du recours devant l'autorité de céans. Dès lors, afin de ne pas trancher un élément qui concerne le fond du recours dans l'examen de sa recevabilité, la CRUNI va

déclarer le recours recevable. Cette conclusion ne préjuge cependant en rien l'interprétation définitive qui sera arrêtée pour l'article 33 LU dans le traitement du fond du recours.

A ce stade du raisonnement, cette question souffre de rester ouverte.

c. La décision sur opposition a été notifiée le 12 juillet 2005. La recourante affirme, dans ses écritures, l'avoir réceptionnée le 13 juillet 2005. Le délai de recours de trente jours, prévu par l'article 26 RIOR, venait donc à échéance le 12 août 2005, étant précisé que, contrairement à la procédure d'opposition (art. 14bis et 20 bis RIOR), aucune suspension de délai n'existe pour la procédure de recours. Or, l'acte de recours a été adressé à l'ancienne adresse de la CRUNI le 12 août 2005. Il n'a ensuite été remis correctement libellé à un office de poste suisse qu'en date du 18 août 2005.

d. Selon l'article 16, al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10; applicable par le renvoi de l'art 34 RIOR), les délais fixés par la loi ne peuvent pas être prolongés, sous réserve des cas de force majeure. Ces derniers sont des événements extraordinaires et imprévisibles qui surviennent en dehors de la sphère d'activité de l'intéressé et qui s'imposent à lui de l'extérieur de façon irrésistible (SJ 1999 I 119, consid. 3.a; RDAF 1991 41, consid. 5.c). L'erreur "d'adressage" étant intervenue en l'occurrence dans la sphère d'activité du conseil de la recourante, il ne peut pas s'agir d'un cas de force majeure.

e. La recourante soutient toutefois que cette erreur ne devrait pas lui porter préjudice en application de l'article 64, al. 2 LPA, qui prévoit que le recours adressé à une autorité incompétente est transmis d'office à la juridiction administrative compétente et que l'acte est réputé déposé à la date à laquelle il a été adressé à la première autorité. Il est cependant douteux que cette règle, qui figure également à l'article 27, al. 2 RIOR, signifie qu'un recours adressé à la bonne autorité, mais à son ancienne adresse, doive être considéré comme déposé à la date à laquelle il a été adressé en premier lieu. Ce d'autant plus que la recourante est assistée d'un avocat qui ne pouvait ignorer que la justice administrative genevoise avait changé d'adresse en 2003, et que l'adresse correcte de la CRUNI figurait au bas de la décision attaquée. Le recours devant être rejeté pour d'autres motifs, cette question peut néanmoins demeurer indécise.

2. a. Selon l'article 55, al. 1 LU – situé dans le chapitre III de la loi qui concerne les collaborateurs de l'enseignement et de la recherche –, le maître d'enseignement et de recherche est chargé, sous la responsabilité d'un professeur ordinaire ou d'école, de l'enseignement, des recherches et/ou d'un ensemble d'appareils qui lui sont confiés. D'après l'article 57C, al. 1 LU, le recrutement et la sélection des candidats à une fonction de collaborateur de l'enseignement et de la recherche sont du ressort de la subdivision de la faculté ou de l'école dont dépend le poste à

pourvoir, soit en général du département. Le corps professoral du département ou de la subdivision concernée confie alors à une commission désignée en son sein le soin d'élaborer les propositions qui doivent lui être soumises pour approbation (art. 57D, al. 2, 1ère phrase LU). Elles sont ensuite ratifiées par l'organe du corps professoral prévu à cet effet par le règlement d'organisation de la faculté ou de l'école, à défaut par le collège du corps professoral (art. 57D, al. 2, 2ème phrase LU). La nomination des collaborateurs est enfin du ressort du Conseil d'Etat (art. 57E, al. 1 LU), qui peut toutefois la déléguer, notamment pour les maîtres d'enseignement et de recherche, au département de l'instruction publique (art. 57E, al. 2 LU).

b. La procédure de sélection d'un maître d'enseignement et de recherche est ainsi du ressort de l'école dont dépend le poste à pourvoir. La décision de nomination est pour le surplus une décision administrative soumise à acceptation (T. TANQUEREL, "L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale", in: AUBERT/BELLANGER/TANQUEREL (éd.), Fonction publique: vers une privatisation?, Zurich, 2000, p. 18; B. KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 4ème éd., 1991, no 3113).

3. En l'occurrence, aucune nomination n'a été effectuée car l'ETI a choisi de clôturer la procédure d'ouverture de poste. Il convient dès lors de qualifier la nature juridique de cet acte afin de déterminer s'il est possible de le contester par la voie d'une opposition ou d'un recours. En effet, seule une décision est susceptible d'être contestée par ces voies de droit (art. 33, al. 1 LU; art. 87 ss RU; art. 4 RIOR).

4. a. Selon l'article 1, al. 1 RIOR, sont considérées comme des décisions les mesures prises par les organes universitaires dans le cas d'espèces et ayant pour objet de statuer sur l'existence ou l'étendue d'un droit ou d'une obligation. Cette définition est similaire à celle qui figure à l'article 4 al. 1 LPA et qui reprend un concept uniforme en droit administratif suisse (voir Mémorial du Grand Conseil 1984 I 1477, p. 1535).

b. Selon la jurisprudence, il doit donc s'agir d'une décision concrète de l'autorité, prise dans un cas particulier et à l'égard d'une personne déterminée et qui a pour objet de régler une situation juridique de manière contraignante. La décision a pour objet de régler la situation d'administrés en tant que sujets de droit et donc, à ce titre, distincts de la personne étatique ou, en d'autres termes, extérieurs à l'administration. On oppose dans ce contexte la décision à l'acte interne, ou d'organisation, qui vise des situations à l'intérieur de l'administration. Deux critères permettent de déterminer si on a affaire à une décision ou à un acte interne. D'une part, l'acte interne n'a pas pour objet de régler la situation juridique d'un sujet de droit en tant que tel et, d'autre part, le destinataire en est l'administration elle-même, dans l'exercice de ses tâches. Ainsi, un acte qui affecte les droits et obligations d'un fonctionnaire en tant que sujet de droit, par exemple

la fixation de son salaire, d'indemnités diverses ou encore de sanctions disciplinaires, est une décision. En revanche, un acte qui a pour objet l'exécution même des tâches qui lui incombent en déterminant les devoirs attachés au service tel que la définition du cahier des charges ou des instructions relatives à la manière de trancher une affaire, est un acte juridique interne (ATF 131 IV 32, consid. 3 et les références citées; voir aussi P. MOOR, Droit administratif, vol. II, Les actes administratifs et leur contrôle, Berne, 2ème éd., 2002, p. 164 ss; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne, 2000, p. 253 ss).

5. a. En l'occurrence, si l'on examine les deux critères de distinction développés par le Tribunal fédéral, force est de constater que la "décision" de clôturer l'ouverture d'inscription pour un poste de maître d'enseignement et de recherche sans procéder à une nomination est un acte d'organisation interne.

b. En effet, cette annonce ne vise pas la situation juridique personnelle de Mme W._____ en tant que telle. Elle concerne, au contraire, l'organisation interne de l'ETI qui a choisi de ne pas nommer de maître d'enseignement et de recherche. C'est donc l'intimée qui est la destinatrice de cet acte dans l'exercice de ses tâches. Elle devra ainsi fournir sa charge d'enseignement et de recherche sans bénéficier d'un maître d'enseignement et de recherche supplémentaire.

c. Certes, cette annonce a un effet indirect sur la situation juridique de la recourante qui se voit privée de la possibilité d'être engagée par l'université. Cet effet indirect ne suffit cependant pas pour entraîner une obligation qui entraînerait l'existence d'une décision au sens juridique (comparer avec la solution qui prévaut pour le budget qui touche indirectement la situation juridique des citoyens mais qui n'est pas susceptible de recours, SJ 1998 296).

6. Il ressort de ce qui précède que le courrier du 7 juin 2005, envoyé par l'ETI à la recourante, n'était pas une décision au sens de l'art. 1, al. 1 RIOR et 4, al. 1 LPA. Seule une décision étant susceptible d'être contestée par le voie de l'opposition (art. 33, al. 1 LU; art. 87 ss RU; art. 4 RIOR), c'est dès lors à juste tire que l'intimée a déclaré l'opposition du 4 juillet 2005 irrecevable.

7. a. A noter que même si l'on considère que le courrier du 7 juin 2005 est un refus d'engager Mme W._____ qui s'adresse à elle personnellement et individuellement, et non un acte juridique interne, la conclusion qui précède demeure la même. En effet, la jurisprudence considère que le refus d'embauche constitue une décision au sens juridique qui n'est pas susceptible de recours (pour Genève, voir SJ 1992 498; la qualification de décision est toutefois controversée, voir à ce propos la présentation qui figure dans K. ARIOLI/F. FURRER ISELI, L'application de la loi sur l'égalité aux rapports de travail de droit public, Bâle, Genève, Munich, 2000, p. 26 et principalement p. 62, n. 65 et les références citées; voir également U. HÄFELIN/G. MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zurich, Bâle, Genève, 4ème éd., 2002, p. 321-322).

b. Dans une telle hypothèse, la qualité pour s'opposer à une décision est réservée aux "membres du corps enseignant contre les décisions individuelles les concernant" (art. 33, al. 1 LU). En limitant ainsi la qualité pour recourir, en dérogation à la notion plus large prévue à l'article 60 LPA, le législateur a institué un système qui exclut à un candidat au corps enseignant dont l'embauche a été refusée de s'opposer à cette décision. Loin d'être contradictoire, ce système correspond au principe général qui veut que "les candidats évincés ne peuvent recourir contre [leur] nomination" (P. MOOR, Droit administratif, vol. III, L'organisation des activités administratives, Les biens de l'Etat, Berne, 1992, p. 215). Elle correspond également à la pratique s'appliquant aux personnes employées par l'université, qui ne disposent pas non plus d'une voie de recours cantonale pour contester un refus de nomination (ATA/936/2004 du 30 novembre 2004).

8. a. Cette exclusion d'un voie de droit cantonale afin de contester un refus d'engagement est au demeurant conforme à l'article 6 CEDH, qui garantit en principe l'accès à un juge pour les litiges de nature civile et pénale (A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux, Berne, 2000, no 1170 ss). Certes, la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral – qui est basée sur l'évolution de la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme – prévoit que l'article 6 CEDH est applicable lorsqu'un fonctionnaire, en litige avec son employeur, invoque une prétention de nature patrimoniale (et non des règles de services ou d'organisation) et que son activité ne consiste pas dans l'exercice de la puissance publique (ATF 129 I 207 = SJ 2003 I 497 = RDAF 2004 I 655). Il faut cependant que le litige découle d'un rapport de service existant (voir la note d'A. BENOÎT in RDAF 2004 I 659, p. 660).

b. En l'espèce, le litige ne découle pas d'un rapport de service existant dans la mesure où c'est la clôture de poste, respectivement le non-engagement, qui est contesté. L'article 6 CEDH n'impose dès lors pas l'ouverture d'une voie de droit pour contester le refus d'engagement d'un collaborateur de l'enseignement et de la recherche universitaire. La situation est ainsi différente de celle qui prévaut lorsque, suite à l'engagement d'un membre du corps enseignant, un litige survient sur le montant du traitement (voir pour l'université de Genève, l'ATF du 2 décembre 2004 dans les causes 2P.33/2004 et 2P.174/2004).

9. a. La recourante se prévaut pour le surplus du principe de la bonne foi et se plaint de l'attitude contradictoire de l'intimée qui a annoncé l'ouverture d'un poste, a examiné des dossiers de candidature, avant d'annoncer qu'elle renonçait à l'ouverture du poste.

b. Ancré à l'article 9 Constitution fédérale et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi exige que l'administration et les administrés se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier,

l'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part. A certaines conditions, le citoyen peut ainsi exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux promesses ou assurances qu'elle lui a faites et ne trompe pas la confiance qu'il a légitimement placé dans celles-ci. De la même façon, le droit à la protection de la bonne foi peut aussi être invoqué en présence, simplement, d'un comportement de l'administration susceptible d'éveiller chez l'administré une attente ou une espérance légitime. Entre autres conditions toutefois, l'administration doit être intervenue à l'égard de l'administré dans une situation concrète et celui-ci doit avoir pris, en se fondant sur les promesses ou le comportement de l'administration, des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir de préjudice (ATF 130 I 60, consid. 8. 1; ATF 129 II 361, consid. 7.1; RDAF 2005 I 71, consid 2.1; SJ 2005 I 205, consid. 8.2;).

c. En l'espèce, il faut admettre que le comportement de l'ETI est curieux. Elle a en effet mené toute la procédure de nomination d'un maître d'enseignement et de recherche avant d'annoncer, environ un an plus tard, que ce poste ne serait pas pourvu. La recourante n'a cependant pris aucune disposition qu'elle ne peut modifier sans subir de préjudice. Elle a ainsi uniquement fait acte de candidature et a envoyé un dossier complet à l'intimée. L'affirmation contenue dans le recours selon laquelle Mme W._____ "s'est investie pendant toute cette période pour construire un dossier de candidature solide et complet", au demeurant peu crédible, ne peut d'ailleurs en aucun cas être considérée comme un situation qu'elle ne peut modifier sans subir de préjudice. Il ne saurait en effet être raisonnablement soutenu aujourd'hui qu'une personne qui fait acte de candidature pour un emploi, cesse toutes ses activités durant un an afin d'attendre une éventuelle décision de nomination à laquelle elle ne dispose d'aucun droit.

d. Le principe de la bonne foi ne permet dès lors pas à la recourante de remettre en cause le courrier de l'ETI du 7 juin 2005, ou sa décision du 12 juillet 2005.

10. Mal fondé, le recours doit être rejeté.

11. Vu la nature du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 33 RIOR)

12. La recourante, assistée d'un avocat, n'obtenant pas gain de cause, elle n'a pas droit à des dépens (art. 87, al. 1 LPA, applicable par renvoi de l'art. 34 RIOR).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COMMISSION DE RECOURS DE L'UNIVERSITÉ

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 12 août 2005 par Madame W._____ contre la décision de l'Université de Genève du 12 juillet 2005 ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument

communique la présente décision à Me Thomas Barth, avocat de la recourante, à l'école de traduction et d'interprétation, au service juridique de l'Université de Genève, ainsi qu'au département de l'instruction publique.

Siégeants : Madame Bovy, présidente ;
Messieurs Schulthess et Grodecki, membres

Au nom de la commission de recours de l'université :

la greffière :	la présidente :
C. Marinheiro	L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :