RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/657/2004-IP **ATA/737/2004**
A/1331/2004-IP **ATA/738/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 21 septembre 2004

dans la cause

Monsieur Z.
représenté par Me Philippe Meier, avocat

contre

RECTORAT DE L'UNIVERSITE DE GENEVE

et

FACULTE DE MEDECINE

EN FAIT

1. Le Dr Z., né le 1er mai 1962, a obtenu son diplôme fédéral de médecine le 29 décembre 1987. Depuis 1997, il est médecin spécialiste, titulaire de diplômes FMH en chirurgie plastique reconstructive, esthétique et chirurgie de la main. Il assume, depuis 1998, le poste de médecin-chef du service de chirurgie plastique et reconstructive de l'Hôpital régional de Sion-Hérens-Conthey.

2. Dans le courant du mois d'octobre 2003, la faculté de médecine (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. Le Dr Z. a fait acte de candidature le 8 décembre 2003, dans le délai fixé au 12 décembre 2003.

3. Le 19 janvier 2004, la faculté a informé le recourant du fait que la commission de nomination avait décidé de ne pas proposer son nom au rectorat de l'université de Genève pour le poste mis au concours.

   À ce courrier était annexée, intitulée « Information sur la procédure de nomination - plainte pour violation de la règle de préférence », contenant les 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 - C 1 30.01), relatifs à la procédure de plainte pour violation de la règle de préférence (art. 26A LU ; art. 62A et 62B RaLU). Le rapport de représentation des deux sexes dans la faculté au sein du corps professoral était également indiqué.

4. Par courrier du 28 janvier 2004, le Dr Z., sous la plume de son conseil, a informé Monsieur Jean-Louis Carpentier, doyen de la faculté de médecine, de son intention de porter plainte pour violation de la règle de préférence.

   À cet égard, il a sollicité la faculté de lui communiquer les motifs du rejet de sa candidature, ainsi que l'accès aux dossiers de candidature des personnes retenues pour le tour final et la suspension des deux conférences publiques, prévues le 30 janvier 2004, jusqu'à droit connu sur sa plainte.

5. Le 29 janvier 2004, Monsieur André Hurst, recteur, a adressé une lettre au Dr Z., faisant suite au courrier susmentionné.

   Le rapport de représentation des deux sexes au sein de la faculté étant de 7,8 femmes pour 102,45 hommes, le Dr Z. n'appartenait pas au sexe sous-représenté. Par voie de conséquence, il n'avait pas la qualité requise pour déposer une plainte pour violation de l'article 26A alinéa 1 LU. La motivation du choix de la commission facultaire de ne pas retenir sa candidature lui serait communiquée. La faculté ne pouvait pas lui donner accès aux dossiers de candidature des personnes retenues, pour des raisons de protection des données et de la personnalité des intéressés. Une

information conforme à l'article 62A RaLU serait transmise à tous les candidats lorsque le nom de la personne proposée par l'université serait connu.

6. Dans sa réponse du 9 février 2004, le Dr Z. a fait savoir à M. Hurst que le RaLU ne limitait aucunement le cercle des personnes habilitées à déposer plainte aux personnes appartenant au sexe sous-représenté. Il existait un intérêt légitime à ce que le contrôle de l'application de l'article 26A LU fût rendue possible à la demande de tout candidat écarté sur cette base. Par ailleurs le courrier du 28 janvier 2004 annonçait le dépôt d'une plainte, mais ne constituait pas celle-ci. Ce courrier avait eu pour but premier de faire respecter son droit d'être entendu, en obtenant des informations sur la motivation de la décision et sur les candidatures déposées. Il ne considérait pas le courrier du 29 janvier 2004 comme une décision d'irrecevabilité. Il s'étonnait que les conférences avaient eu lieu le 30 janvier 2004, nonobstant l'effet suspensif accordé à la plainte par les dispositions réglementaires.

7. Le Dr Z. a déposé formellement une plainte, le 17 février 2004, pour violation de la règle de préférence au sens de l'article 62B RaLU.

Selon lui, la présence de Madame B. P. 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. Il a repris les constatations relatives à sa qualité pour porter plainte, exposées dans sa réponse du 9 février 2004. En outre, cette limitation allait à l'encontre de l'objectif poursuivi par le législateur, puisqu'elle empêchait toute vérification de l'application de la règle de préférence dès lors que le candidat sélectionné faisait partie du sexe sous-représenté. En outre, la motivation de la décision écartant sa candidature ne lui avait toujours pas été communiquée et il en était de même des informations sur les autres candidatures. Il demandait la nomination d'une commission ad hoc conformément à l'article 43 alinéa 4 LU et la suspension de la procédure de nomination.

8. Dans leur rapport du 19 février 2004, les membres de la commission de nomination ont proposé de nommer Mme P., en première position, et Monsieur G., en second lieu, en tant que professeur adjoint en chirurgie plastique et reconstructive.

9. Le 24 février 2004, la faculté de médecine a transmis au Dr Z. une lettre du Professeur Willy Lehmann, président de la commission de nomination, dans laquelle il communiquait les raisons ayant amené la commission à refuser la candidature du Dr Z..

Ce dernier n'avait pas de titre académique, contrairement aux trois autres candidats, titulaires d'un « privat-docence » ou d'un titre de professeur. Il n'avait pas d'activité de recherche. Le Dr Z. avait expliqué cela par le fait qu'il était en permanence débordé par une activité chirurgicale grandissante dans un hôpital régional. Le Dr Z. avait écrit une thèse de doctorat en 1995 et avait participé à une recherche sur l'anatomie fasciculaire du nerf à l'avant-bras avec le Dr Eberlin et le

Dr Gajisin. Le candidat ne présentait aucune publication à politique éditoriale ayant un « impact factor » durant les cinq dernières années.

Le Professeur Lehmann concluait que les membres de la commission s'étaient exprimés unanimement de façon négative quant à la candidature du Dr Z., lors de la réunion du 13 janvier 2004 ou par courrier séparé.

10. Le 12 mars 2004, le rectorat a signifié au Dr Z. un courrier indiquant que sa plainte était irrecevable. Le Dr Z. n'appartenant pas au sexe sous-représenté, il ne pouvait pas se prévaloir de la procédure prévue à l'article 62 B RaLU. De plus, le Dr Z. avait déposé plainte alors même que toutes les informations mentionnées aux articles 43 alinéa 2 LU et 62A RaLU ne lui avaient pas été communiquées.

11. Par acte reçu le 31 mars 2004, le Dr Z. a saisi le Tribunal administratif d'un recours (cause n° A/657/2004) contre le refus du rectorat d'entrer en matière sur sa plainte.

12. Par courrier du 6 mai 2004, le rectorat a informé le Dr Z. qu'il avait décidé de ne pas proposer sa candidature pour le poste de professeur-e ordinaire/adjoint-e dans le domaine de la chirurgie plastique ou reconstructive, au département de chirurgie de la faculté de médecine. Le rectorat avait suivi la faculté de médecine dans son choix de proposer au Conseil d'Etat de la République et canton de Genève (ci-après : le Conseil d'Etat) la nomination de Mme P..

13. Le 11 mai 2004, les parties ont été informées que la cause A/657/2004 était gardée à juger.

14. Dans un courrier du 19 mai 2004 adressé au rectorat, le Dr Z. estimait que les courriers du 19 janvier 2004 et du 6 mai 2004 mis ensemble constituaient les informations requises pour déposer plainte selon l'article 62A RaLU. Il a également confirmé l'intégralité du contenu des conclusions de sa plainte du 17 février 2004.

15. Le rectorat a maintenu son refus d'entrer en matière, le 9 juin 2004. Pour le surplus, il s'est référé à son courrier du 12 mars 2004.

16. Le 26 juin 2004, le Dr Z. a recouru (cause n° A/1331/2004) contre le refus d'entrer en matière du rectorat, en demandant la jonction de cette cause à la cause n° A/657/2004-IP.

17. Par courrier du 2 juillet 2004, le rectorat a sollicité un délai d'un mois, soit au 30 août 2004, pour se déterminer dans la cause n° A/1331/2004-IP.

18. Le 2 septembre 2004, le rectorat a conclu à l'irrecevabilité et au rejet du recours, reprenant les motifs figurant dans ses décisions des 12 mars 2004 et 9 juin 2004.

19. La cause n° A/1331/2004-IP a été gardée à juger le 3 septembre 2004.

EN DROIT

1. Lorsque différentes affaires se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune, l'autorité peut d'office les joindre en une même procédure (art. 70 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA – E 5 10). Toutefois, la jonction n'est pas ordonnée, si la première procédure est en état d'être jugée alors que la ou les autres viennent d'être introduites (art. 70 al. 2 LPA).

   En l'espèce, la cause A/657/2004-IP était en état d'être jugée avant que la cause A/1331/2004-IP ne fut introduite. Partant, la jonction ne devrait en principe pas être ordonnée. Cependant, dans le cas d'espèce, le principe de l'économie de la procédure doit exceptionnellement l'emporter sur une application stricte de la loi. Les deux recours ont été formés par la même partie, sont dirigés contre deux refus d'entrer en matière sur une plainte, rendus par la même autorité, reposent sur le même état de faits, et se rapportent à la même cause. Ces deux refus peuvent être considérés comme un seul et même acte ; le second complétant le premier. La jonction des causes A/657/2004-IP et A/1331/2004-IP ne porte préjudice à aucune des parties. Il se justifie dès lors de les joindre sous le n° A/657/2004 et de les liquider par un seul arrêt (arrêt du Tribunal fédéral K.60/01 du 7 novembre 2001 ; ATF 127 V 33 ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, pp. 173-175).

2. a. Les membres du corps enseignant de l'Université sont nommés par le Conseil d'Etat sur proposition de l'université ou de la commission de coordination et d'arbitrage (art. 26 al. 1 LU).

   b. La procédure de nomination est régie par les articles 40 et suivants LU. Elle est précédée par une enquête préalable et s'ouvre en principe par l'inscription publique et exceptionnellement par un appel (art. 41 LU). Une commission de nomination est alors créée par le collège de professeurs ordinaires. Elle examine tous les dossiers de candidatures remplissant les conditions formelles de l'inscription en vue de proposer deux candidats dans son rapport final. Ce dernier est soumis au collège des professeurs ordinaires afin qu'il puisse émettre un préavis. Puis, les candidatures sont examinées par le rectorat qui se prononce sur la proposition de nomination du collège de professeurs.

   c. En 1991, le législateur genevois a introduit l'article 26A LU. Le principe de la règle de préférence dispose que lorsqu'il s'agit de nommer une personne à un poste, la préférence est donnée à la personne qui appartient au sexe sous-représenté, lorsqu'elle a des qualifications scientifiques et pédagogiques équivalentes à celle d'une personne du sexe sur-représenté.

   d. En cas de violation de cette règle, le candidat qui s'estime lésé par celle-ci peut adresser une plainte au rectorat (art. 62B RaLU). Ce dernier constitue alors une

commission ad hoc, présidée par un vice-recteur et formée de deux professeurs ordinaires de chaque sexe, désignés hors de la faculté (art. 43 al. 6 LU). Si la commission suggère d'accepter la plainte, le rectorat renvoie le dossier à la faculté afin qu'elle établisse un nouveau préavis conformément à l'article 43 LU (art. 62D al. 4 RaLU). Si la commission conclut au rejet de la plainte, la procédure de nomination devant le Conseil d'Etat se poursuit conformément aux articles 45 et suivants de la LU (art. 62D al. 3 RaLU).

En l'espèce, le recourant a adressé deux plaintes au rectorat (la première formée le 17 février 2004 et la seconde le 19 mai 2004). Ce dernier a refusé d'entrer en matière sur les deux plaintes (cf. courrier du 12 mars 2004 et courrier du 9 juin 2004).

3. Il s'agit lieu pour le tribunal de céans, en premier lieu, de déterminer si les refus du rectorat peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif. En cas de réponse affirmative, il se prononcera sur la recevabilité de la plainte.

De la recevabilité du recours

4. Pour répondre à cette question, il faut en premier lieu déterminer si le refus d'entrer en matière sur les deux plaintes est constitutif d'une décision.

a. Le rectorat s'est fondé sur les articles 62A et 62B RaLU pour se prononcer sur la plainte en question. Cet acte a pour effet de déclarer irrecevable la demande du recourant de constituer une commission ad hoc d'examen en cas de violation de la règle de préférence. Le refus d'entrer en matière sur les deux plaintes constitue donc bien une décision au sens des articles 1 et 4 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10).

b. La décision a été rendue par le rectorat de la faculté de médecine, organe de l'université de Genève. Cette dernière est un établissement cantonal de droit public (art. 1 LU), soit une autorité administrative au sens de l'article 5 lettre e LPA.

5. Il s'agit ensuite de qualifier la décision de refus d'entrer en matière sur les plaintes.

a. Selon la jurisprudence et la doctrine, une décision finale met fin à la procédure, qu'il s'agisse d'une décision sur le fond ou d'une décision qui clôt l'affaire en raison d'un motif tiré des règles de la procédure. Au contraire, une décision incidente est prise en cours de procédure et ne représente qu'une étape vers la décision finale. Elle peut avoir pour objet une question formelle ou matérielle (P. MOOR, Droit administratif, volume II, Berne 2002, pp. 225-226 et 577-580 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1P. 114 du 7 mai 2002 et les arrêts cités ; ATA/2/2001 du 6 février 2001).

b. La décision prononçant l'irrecevabilité de la plainte, a mis fin à la procédure de la plainte. En effet, le recourant est définitivement écarté de la procédure, même si elle est parallèle à la procédure de nomination. Ainsi, cette décision n'est pas incidente mais finale au sens de l'article 57 lettre a LPA.

6. Le dépôt d'un recours au Tribunal administratif a, en principe, un effet suspensif, c'est-à-dire qu'il a pour effet de prolonger la paralysie de la décision (art. 66 al.1 LPA ; P. MOOR, op. cit., p. 270 ; B. KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle 1991, pp. 429-430). La décision du rectorat ne nécessite aucune exécution puisqu'elle traduit le refus d'entrer en matière sur la plainte ; ce qui a pour conséquence, une impossibilité pour le recourant de demander la constitution d'une commission ad hoc. Partant, l'effet suspensif n'est d'aucune utilité dans le cas d'espèce.

7. Le principe de non-discrimination interdit que l'on traite différemment une personne du fait de son sexe (art. 8 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 décembre 1998 – Cst. féd. - RS 101 ; art. 2A de la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 - Cst./GE. - A 2 00 ; A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Les droits fondamentaux, Volume II, Berne 2000, pp. 506 –509 et 514 et ss).

8. La loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg – RS 151.1) a pour but de promouvoir cette égalité dans les faits (art. 1 LEg). La section 2 de cette même loi s'applique tant aux rapports de travail régis par le Code suisse des obligations du 30 mars 1911 (CO – RS 220) qu'à ceux régis par le droit public cantonal (art. 2 LEg).

Il est interdit, notamment à l'embauche, de discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement (art. 3 al. 1 et 2 LEg). Quiconque subit une telle discrimination peut requérir du tribunal ou de l'autorité administrative compétnete l'interdiction de cette dernière de même que sa cessation, la constatation de son existence et le paiement du salaire dû (art. 5 al. 1 litt. a à d LEg). Les voies de droit, dans les rapports de travail de droit public cantonal, sont régis par les dispositions de la loi d'application de la loi fédérale sur l'égalité des femmes et des hommes du 28 mai 1998 (LaLEg – A 2 50), au sens des articles 11 et 13 LEg.

9. Selon le recourant, la procédure de la plainte de l'article 62B RaLU constitue une mise en œuvre minimale des exigences posées par la LEg ; c'est pourquoi, le recourant doit pouvoir déférer au tribunal de céans une décision refusant de lui reconnaître la qualité de plaignant.

10. a. Le recours au Tribunal administratif est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives, au sens des articles 4, 5, 6, alinéa 1, lettre c et 57 de la LPA (art. 56A al. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ – E 2 05). Toutefois, la loi prévoit des exceptions. En effet, le recours

contre les décisions concernant le statut et les rapports de service des membres des établissements de droit public n'est recevable que dans la mesure où une disposition légale, réglementaire ou statutaire spéciale le prévoit (art. 56B al. 4 litt. a LOJ). De plus, les règles de procédure contenues dans la LPA ne sont pas applicables, en matière de fonction publique, aux procédures relatives à la création initiale des rapports de service et de promotions (art. 2 litt. d LPA).

b. La voie de la plainte intervient dans le cadre de la procédure de nomination, bien qu'elle soit parallèle et distincte. En effet, si la commission ad hoc suggère d'accepter la plainte, le rectorat renvoie le dossier à la faculté afin qu'elle établisse un nouveau préavis conformément à l'article 43 LU (art. 62D al. 4 LU).

Cette voie de droit s'inscrit bien dans une procédure de création initiale des rapports de service, prévue aux articles 40 à 47G LU et 47 à 49 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 24 février 1999 (RaLPAC – B 5 05.01).

Les règles de procédure contenues dans la LPA ne sont donc pas applicables. Par ailleurs, ni la LU ni le RaLU ne prévoient expressément une voie de recours au Tribunal administratif en cas de refus d'entrer en matière sur une plainte.

c. Lorsque les décisions, concernant le statut de service des membres du personnel des établissements publics, sont prises en application de l'article 5, alinéa 1 LEg, le recours au Tribunal administratif est en tout état de cause ouvert, si aucune autre instance de recours indépendante cantonale ne peut être saisie (art. 56B al. 4 litt. a in fine LOJ).

d. La LaLEg institue une procédure de conciliation en matière d'égalité entre femmes et hommes dans les rapports de travail régis par le droit public cantonal (art. 1 LaLEg). En cas d'échec de la tentative de conciliation, toute personne qui subit, ou qui risque de subir une discrimination, peut saisir le Tribunal administratif d'un recours dans les 30 jours suivants l'échec ; le délai de recours ayant été interrompu dès l'introduction de la demande de conciliation (art. 4 al. 1, art. 6 al. 5 et 6 qui renvoie à l'art. 4 al. 4 LaLEg ; art. 4 al. 3 RaLPAC).

En l'espèce, le recourant n'a pas introduit de demande auprès de la commission de conciliation suite au courrier du 19 janvier 2004, l'informant que sa candidature n'avait pas été retenue. L'annexe, jointe à ce même courrier, contenait les articles 26 LU, 62A et 62B RaLU. S'estimant directement touché par une violation de la règle de préférence, le recourant a tenté de saisir une commission ad hoc en adressant une plainte au rectorat. Ce dernier a refusé d'entrer en matière sur cette plainte, au motif que le recourant appartenait au sexe sur-représenté et ne pouvait de ce fait pas se prévaloir d'une violation de la règle de préférence.

11. La question se pose de savoir si le recourant aurait dû saisir la commission de conciliation avant de saisir le tribunal de céans.

L'irrecevabilité a été prononcée en se fondant sur un critère lié au sexe, ce qui peut être constitutif d'une discrimination. Si la commission de conciliation avait été saisie, elle aurait dû se prononcer sur la recevabilité de la plainte. Or, selon l'article 1 LaLEg, la commission de conciliation est chargée de concilier, dans la mesure du possible, les différends relatifs à des discriminations à raison du sexe, dans les rapports de travail régis par le droit public cantonal. Bien que la question d'irrecevabilité de la plainte soit étroitement liée à la procédure de nomination, elle n'entre pas dans le champ d'application de l'article 1 LaLEg. L'irrecevabilité est une question de procédure, qui ne peut pas faire l'objet d'une conciliation.

Pour que la compétence du Tribunal administratif soit fondée sur l'article 56B alinéa 4 litt. a in fine LOJ, il faut notamment qu'il existe un risque pour le recourant de subir une discrimination, condition matérielle de recevabilité du recours. Ainsi, quiconque subit ou risque de subir une discrimination au sens des articles 3 et 4 de la LEg peut notamment requérir du tribunal ou de l'autorité administrative de faire constater l'existence de la discrimination, si le trouble qu'elle a créé subsiste (art. 5 al. 1 litt. c LEg).

En l'occurrence, le rectorat a déclaré la plainte du recourant irrecevable en se fondant sur l'un des critères énumérés à l'article 8 alinéa 2 Cst. féd. ; le recourant risque donc de subir une discrimination. Cette décision n'intervient pas directement dans le cadre d'une procédure de création de rapports de service. Toutefois, elle empêche un candidat appartenant au sexe sur-représenté de pouvoir bénéficier d'une voie de droit, qui pourrait lui permettre d'avoir une seconde chance d'être retenu dans la proposition du rectorat au Conseil d'Etat pour la nomination d'un candidat au poste.

Par conséquent, le recourant peut valablement se prévaloir de l'article 56B alinéa 4 lettre a in fine LOJ et il a qualité pour recourir.

12. Le Tribunal administratif a été saisi dans le délai de trente jours (art. 63 lettre a LPA).

De la recevabilité de la plainte

13. Il s'agit de déterminer si la voie de la plainte prévue à l'article 62B RaLU est ouverte à tout candidat remplissant les conditions formelles pour prétendre au poste, sans distinction relative à l'appartenance à un sexe déterminé.

14. La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte de cette dernière n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions, de son contexte (interprétation

systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté de son auteur, telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique). Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important. En outre, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.115 2003 du 14 mai 2004; ATF 129 V 258 consid. 5, p. 264; ATF 128 II 347 consid. 3.5, 128 V 105 consid. 5, 207 consid. 5b, 125 II 484 consid. 4; ATF 119 Ia 241, 248; ATA/373/2004 du 11 mai 2004; A. GRISEL, Traité de droit administratif, Volume I, Neuchâtel 1984, p. 124 et suivantes; P. MOOR, Droit administratif, Volume I, Berne 1994, p. 142, n. 2.4.1.1.).

En interprétant le texte réglementaire littéralement, la qualité pour se plaindre n'est pas limitée au candidat appartenant à un sexe déterminé. En effet, le texte de l'article 62B RaLU fait référence au mot « candidat » et non pas « le candidat appartenant au sexe sous-représenté ».

Le rectorat prétend qu'une telle interprétation irait à l'encontre du but de la loi. Selon ce dernier, seul peut s'estimé être touché par une violation de la règle de préférence, le/la candidat-e qui appartient au sexe sous-représenté.

15. a. L'article 62B RaLU renvoie à l'article 62A RaLU. En effet, le moment déterminant pour pouvoir déposer une plainte au rectorat est déterminé par la réception des informations énumérées à l'article 62A RaLU. Cette disposition est intitulée « communication aux candidats », sans spécifier si le candidat doit nécessairement appartenir au sexe sous-représenté puisque tous les candidats remplissant les conditions formelles reçoivent les informations en question. Les article 62A, 62B, 62C et 62D sont intégrés dans la section 1, intitulé « la plainte », sous le chapitre VA, intitulé, « procédures gracieuses ». En d'autres termes, le législateur n'a spécifié dans aucun de ces articles que cette voie devait être réservée à une catégorie déterminée de candidats.

b. La LEg dispose expressément que l'utilisation du critère de l'appartenance sexuelle n'est pas interdite lorsque la mesure en cause sert le but de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes dans les faits (art. 3 al. 4 LEg). La notion de « mesure positive » désigne toutes les mesures qui utilisent de manière intentionnelle des critères attributifs, tels que le sexe d'une personne, afin de la favoriser (S. BESSON, L'égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers, Fribourg 1999, n° 1627, p. 413). Elles visent donc à garantir une égalité matérielle et sont souvent réputées violer l'égalité formelle en discriminant activement sur la base du sexe ou de la race (S. BESSON, op. cit., n° 1628, p. 413). D'après le message du Conseil fédéral, cette disposition doit se comprendre comme une réserve qui ne préjuge pas de la constitutionnalité de mesures de promotion de l'égalité, ni ne constitue une base légale pour leur adoption. Néanmoins, la nécessité de promouvoir l'égalité dans les faits peut justifier l'adoption de mesures de cette nature (E. FREIVOGEL, Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2002, n° 154, p. 92

qui cite FF 1993 I 1212., B. HEINTZ, E. NADAI, R. FISCHER, H.UMMEL, p. 16 ss). Selon Andreas AUER, un résumé de la jurisprudence internationale fournit deux leçons. Tout d'abord, le législateur peut prendre en considération le critère du sexe, lorsque c'est nécessaire pour poursuivre un but d'intérêt public important. La constitution ne l'oblige pas à être « sexblind ». Ensuite, le législateur peut, en principe, prendre des mesures positives en faveur des femmes, en tout cas lorsqu'elles permettent de compenser une discrimination dans le passé (A. AUER in L'égalité entre hommes et femmes - bilan et perspectives, Lausanne 1988, p. 242).

c. Le 30 mai 1991, plusieurs articles ont été adoptés par le Grand Conseil, notamment les articles 3A, 26A, 26B alinéa 2, 43 alinéas 5 et 6 et 75A LU. L'adoption de ces articles s'inscrit dans une politique de concrétisation du principe d'égalité de traitement entre femmes et hommes.

d. Dans son Mémorial (séance du 30 mai 1991 ; MGC 1991 III, pp. 2195-2261), le Gand Conseil a constaté que l'inscription de ce principe dans la Constitution fédérale n'avait pas suffi pour que les chances des femmes s'améliorassent. C'est pourquoi il fallait en premier lieu établir une égalité des conditions de départ. Il s'agissait « de créer et de développer les conditions qui permettent à chaque femme de se réaliser dans la voie qu'elle se choisit ». C'est pourquoi l'adaptation de l'éducation et de la formation des femmes étaient nécessaires, de même que la prévision des infrastructures leur permettant d'exercer des activités autres que familiales. Les mesures isolées manquaient de coordination et ne permettaient pas de supprimer les obstacles auxquels les femmes se heurtaient. La réalisation de l'égalité de traitement entre femmes et hommes était inextricablement liée à l'égalité des résultats dans l'ensemble et ne dépendait pas des seules performances individuelles. Les privilèges de ce principe étaient attachés à chaque être humain en tant que personne et par conséquent la garantie de ce droit pouvait impliquer une action de l'Etat qui s'engagerait à adopter des mesures positives pour modifier et améliorer la situation. Les dispositions proposées, notamment les quotas et les mesures d'incitation, avaient un caractère compensatoire et temporaire puisqu'elles disparaîtraient dès que l'égalité dans le droit comme dans les faits serait atteinte.

L'intention du législateur de promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes dans les faits ressort clairement des trois débats ayant conduit le Grand Conseil à adopter les articles 3A, 26A, 26B alinéa 2, 43 alinéas 5 et 6 et 75A (MGC 1991 III, pp. 2244-2261).

Ainsi, dans l'accomplissement de sa mission et l'exercice de sa responsabilité, l'université contribue à la mise en œuvre et la promotion du principe de l'égalité des droits et des chances entre femmes et hommes, notamment par des mesures positives en faveur du sexe sous-représenté (art. 3A al. 1 LU).

e. Trois types de mesures positives peuvent être distingués : celui qui se réfère à des critères attributifs, comme le sexe ou la race, lors de l'évaluation générale des

qualifications d'un candidat (« quotas décisionnels »), celui qui permet de donner préférence à un sexe ou à une race dans les cas où se présentent des candidats à qualifications égales en présence d'une sous-représentation dans un secteur (« quotas d'influence ») et l'usage de « quotas » stricto sensu dans les cas où la préférence est donnée aux membres d'un groupe indifféremment de leurs qualifications (« quotas impératifs ») (S. BESSON, op. cit., n° 1631-1634, p. 414-415).

Les « quotas d'influence » obligent les autorités étatiques à nommer des femmes ayant des compétences équivalentes à celles des collègues masculins jusqu'à ce que le pourcentage stipulé ait été atteint (C. KAUFMANN in op. cit., p. 275).

f. Selon la jurisprudence fédérale, les quotas de représentation destinés à réaliser dans les faits l'égalité entre hommes et femmes ne sont pas en soi contraires à la Constitution. Mais pour qu'ils soient admissibles, ils doivent se trouver dans un rapport raisonnable avec le but à atteindre. En d'autres termes, ces mesures doivent respecter le principe de la proportionnalité (A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, op. cit., n° 1077, p. 524).

En l'occurrence, l'article 26A LU fait clairement partie des mesures positives du type « quotas d'influence ».

16. a. C'est à la lumière de ces éléments qu'il faut interpréter l'article 62B RaLU. Vu la relation entre l'article 26A LU et l'article 62B RaLU, se pose la question de savoir si ce dernier doit être considéré comme une mesure positive.

b. Pour être admissible, l'exclusion d'une voie de droit, pour une personne appartenant à un sexe déterminé, doit servir à promouvoir le principe d'égalité. Il convient d'analyser le but et les effets de l'article 62B RaLU.

c. La voie de la plainte permet de faire valoir une violation de la règle de préférence. Elle ne donne pas « un droit à l'embauche » mais permet à un candidat de contrôler l'application de notions indéterminées, telles que « qualification » et « équivalente », et de remettre en lice sa candidature, au cas où la plainte aboutit.

d. Il faut rappeler que la qualité pour se plaindre n'appartient qu'au candidat, qui s'estime directement touché par une violation de la règle de préférence. Pour qu'une personne puisse se prévaloir d'une violation, il faut qu'elle démontre qu'elle a des « qualifications scientifiques et pédagogiques équivalentes » à celles de l'autre candidat.

Le Grand Conseil a reconnu qu'il était pratiquement impossible de donner une définition objective de la « qualification ». Le problème de la marge d'appréciation de l'autorité de nomination se posait dans toute son ampleur tant qu'elle restait absolue et non formalisée. Pour ce faire, il avait été proposé de suivre Mme Claudia Kaufmann (directrice du bureau fédéral de l'égalité) et de recourir à des mesures d'appoint « afin d'empêcher qu'on ne se retranche derrière l'alibi des qualifications

pour vider de sa substance le système des quotas. L'une de ces mesures d'appoint consisterait, chaque fois qu'un poste devient vacant, à fixer clairement le profil des qualifications exigées, et cela avant que le poste ne soit mis en concours. Plus les qualifications requises seront définies finement, plus elles seront transparentes et permettront de comparer la valeur respective des candidates et candidats […] » (MGC 1991 III, p. 2203). Ainsi, le Grand Conseil redoutait que l'application de l'article 26A LU ne fût éludée par l'introduction de la notion indéterminée de « qualification ».

e. Dans cette perspective, la plainte apparaît comme un moyen de contrôler l'application de la règle de préférence et comme une garantie pour la mise en œuvre de l'égalité de traitement. En effet, si cette voie de droit n'existait pas, l'autorité/employeur pourrait ne jamais appliquer la règle du choix préférentiel en prétextant que les qualifications de la personne du sexe sous-représenté n'étaient pas équivalentes à celle de l'autre candidat, sans aucun contrôle ni sanction. Dans ce cas, le principe d'égalité, bien que figurant dans la Constitution fédérale, la Constitution genevoise et dans les lois, resterait à nouveau lettre morte comme par le passé.

Il faut donc considérer que les articles 26A LU et 62B RaLU sont intimement liés, formant un tout indissociable. Le contrôle de l'application de la règle de préférence par le biais de la plainte est une condition nécessaire à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

En d'autres termes, il faut admettre que l'article 62B est une mesure positive, c'est pourquoi il se justifie d'écarter une interprétation littérale du texte. Ainsi, la voie de la plainte n'appartient qu'aux personnes appartenant au sexe sous-représenté. Cette interprétation est conforme à la volonté du législateur et au but des dispositions légales.

17. Il n'existe pas de « droit à l'embauche », de sorte qu'en principe, aucune voie de droit n'est ouverte en cas de rejet d'une candidature. L'article 62B RaLU prévoit une voie de droit exceptionnelle qui se justifie au regard du but poursuivi de sorte qu'elle ne saurait être ouverte à tous les candidats. Vu le caractère exceptionnel de cette voie de droit, le fait qu'il n'en existe pas d'autre pour faire contrôler l'application de l'article 26A LU par un candidat du sexe « sur-représenté » n'est pas pertinent.

L'article 62B RaLU étant une « mesure positive », la qualité pour se plaindre n'appartient pas au recourant du sexe « sur-représenté ». Le rectorat pouvait valablement déclarer l'irrecevabilité de la plainte.

18. Si la qualité pour se plaindre devait néanmoins être admise, la plainte serait irrecevable pour un autre motif.

La procédure de plainte intervient au dernier stade avant la nomination du candidat par le Conseil d'Etat, soit au moment où le rectorat doit se prononcer sur l'une des deux candidatures proposées par la commission et les experts (art. 43 al. 1, al. 5 et al. 6 LU). En effet, si la plainte est rejetée, la procédure continue devant l'autorité de nomination (art. 45 LU ; art. 62D RaLU), qui doit se prononcer sur la proposition du rectorat.

La candidature du recourant ayant été rejetée avant même de figurer dans la proposition de nomination du rectorat, il ne peut pas se prévaloir de l'application de la règle de préférence et encore moins d'une violation de cette dernière. Ne remplissant pas une condition matérielle de recevabilité, la plainte du recourant devrait être déclarée irrecevable pour ce motif également.

19. Partant, le recours sera rejeté.

En matière d'égalité entre femmes et hommes, la procédure est gratuite (art. 13 al. 5 LEg ; art. 87 al. 1 LPA). Il ne sera donc pas perçu d'émolument.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

Préalablement

Joint les causes Nos A/1331/2004-IP et A/657/2004-IP à la cause No A/657/2004-IP ;

à la forme :

déclare recevables les recours interjetés les 31 mars et 21 juin 2004 par Monsieur Z. contre les décisions du rectorat de l'université de Genève du 12 mars et 9 juin 2004;

au fond :

les rejette;

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

dit que, conformément aux articles 97 et suivants de la loi fédérale d'organisation judiciaire, le présent arrêt peut être porté, par voie de recours de droit administratif, dans les trente jours dès sa notification, par devant le Tribunal fédéral; 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 en trois exemplaires au moins au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14; le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyen de preuve, doivent être joints à l'envoi;

communique le présent arrêt à Me Philippe Meier, avocat du recourant ainsi qu'au rectorat de l'université de Genève et à la faculté de médecine.

Siégeants :

M. Paychère, président, M. Schucani, Mme Hurni, M. Thélin, juges, M. Bonard, juge suppléant

Au nom du Tribunal Administratif :

la greffière-juriste :	le président :
C. Del Gaudio-Siegrist	F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le	la greffière :