

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2603/2021-FPUBL

ATA/1385/2021

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 21 décembre 2021

dans la cause

Madame A_____

représentée par Me Giuseppe Donatiello, avocat

contre

**HAUTE ÉCOLE SPÉCIALISÉE DE SUISSE OCCIDENTALE - GENÈVE
(HES-SO)**

EN FAIT

- 1) Madame A_____, de nationalité _____, a commencé une formation auprès de la Haute école de musique de Genève (ci-après : HEM) de la Haute école spécialisée de Suisse occidentale à Genève (ci-après : HES-SO Genève) en 2014.

Elle a obtenu un master en musique médiévale en 2017 et un master en interprétation musicale (avec orientation concert) le 3 février 2021, date à laquelle elle a achevé sa formation et a été exmatriculée de la HEM.

- 2) a. Parallèlement à ses études, Mme A_____ a été travaillé au sein de la HEM en qualité d'assistante HES à 30 % du 14 octobre 2019 au 31 décembre 2020, au bénéfice de contrats à durée déterminée.

b. La fin des rapports de travail a donné lieu à un litige entre l'intéressée et la HEM, lequel s'est achevé par un arrêt de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) du 13 juillet 2021 (ATA/742/2021) au terme duquel le recours de Mme A_____ a été jugé irrecevable.

- 3) Durant son cursus, Mme A_____ a également participé à plusieurs reprises, contre rémunération, au chœur-atelier de la HEM, durant différents événements, et ce pour la première fois le 20 octobre 2017.

- 4) Par courriel du 6 octobre 2020, Madame B_____, assistante au département vocal de la HEM, a informé des étudiantes et étudiants de la HEM, dont Mme A_____, que suite à leur audition pour le chœur de chambre, ils avaient été sélectionnés pour avoir accès au chœur-atelier 2020-2021.

Il s'agissait d'activités rémunérées au tarif horaire de CHF 25.- pour les étudiantes ou les étudiants et de CHF 50.- pour les externes. Pour être embauché, il fallait être suisse, ou être européen et vivre en Suisse ou en France voisine ou encore être extra européen et habiter en Suisse. Les personnes ne remplissant pas ces conditions ne devaient pas s'inscrire, dès lors que l'école ne pourrait obtenir de permis de travail.

Il fallait indiquer ses disponibilités dans le lien « Doodle » communiqué au plus tard le 12 octobre 2020. Le chef de chœur choisirait ensuite ses effectifs. Le « Doodle » ne « compt[ait] pas comme une confirmation de participation ». Celles et ceux qui seraient engagés recevraient « un mail avec les explications pour les formalités contractuelles suivant [leur] cas ainsi que les modalités pour récupérer les partitions. Cet engagement [serait] ferme et définitif ».

Si le travail était jugé insuffisant ou en cas de désengagement de dernière minute, l'école se réservait le droit de ne pas reconduire les engagements ou d'annuler toute intervention jusqu'à la fin de l'année.

- 5) Par deux courriels du 25 janvier 2021, ayant pour objet la « confirmation d'engagement », Madame C_____, assistante au département vocal de la HEM, a confirmé à plusieurs étudiantes et étudiants, dont Mme A_____, qu'ils étaient engagés au chœur-atelier des 26 et 27 février et des 5 et 6 mars 2021.
- 6) Par deux courriels du 18 février 2021, Mme C_____ a confirmé notamment à Mme A_____ qu'elle était engagée pour le chœur-atelier des 14, 15 et 16 mai 2021.
- 7) Par courriel du 25 février 2021, Mme C_____ a confirmé à Mme A_____ qu'elle était engagée pour le chœur-atelier du 26 mars et des 21 et 22 mai 2021.
- 8) Par courriels du 11 mars 2021, Mme C_____ a confirmé à Mme A_____ qu'elle était engagée pour le chœur-atelier des 15 et 16 avril 2021 et pour le « MAC 9 » (maestro al cembalo) du 29 avril 2021.
- 9) Par courriel du 17 mars 2021, Mme C_____ a confirmé à Mme A_____ qu'elle était engagée pour le chœur-atelier des 15 et 16 avril 2021.
- 10) Le 22 mars 2021, Madame D_____, spécialiste des ressources humaines (ci-après : RH) auprès de la HEM, a écrit un courriel à Mme A_____ en lien avec sa demande de renouvellement de permis de séjour pour études, avec activité accessoire.

Dès lors qu'elle avait été exmatriculée, elle n'était plus autorisée à exercer d'activité lucrative au sein de la HEM, de sorte qu'il ne leur était pas possible de signer son « formulaire E » en tant qu'employeur. Son certificat d'exmatriculation venait de lui être adressé par courrier postal.

- 11) Par courriel du même jour, Mme C_____ a confirmé à Mme A_____ qu'elle ne pourrait plus effectuer d'activités lucratives à l'école dès lors qu'elle n'y était plus immatriculée. Elle était dès lors obligée de la « désengager de toutes les activités chorales à venir ».
- 12) Par courriel du 26 mars 2021, Mme A_____ a répondu à Mme D_____ que ses démarches auprès de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) ne visaient pas une demande de renouvellement de permis de séjour pour études, mais un permis de séjour « postérieur aux études ».

Dès lors qu'elle était engagée dans plusieurs chœurs-ateliers pour le semestre en cours, elle devait « valider l'activité accessoire auprès de l'OCPM ».

Elle restait dans « l'incompréhension » du fait qu'en étant en possession d'un permis de séjour compatible avec une activité lucrative accessoire, elle ne puisse plus travailler au sein de la HEM en raison de son exmatriculation. Les membres du chœur-atelier étaient des vacataires et faisaient partie intégrante du personnel de la HES-SO Genève. Or, elle n'avait pas connaissance d'une disposition réglementaire interdisant à des personnes qui n'étudieraient pas au sein de la HEM de pouvoir y travailler.

Elle souhaitait dès lors obtenir la confirmation qu'elle pourrait continuer à honorer ses engagements auprès du chœur-atelier.

- 13) Par courriel du 1^{er} avril 2021, Mme D_____ a indiqué à Mme A_____ que les étudiantes et étudiants immatriculés de la HEM étaient systématiquement préférés pour des engagements rémunérés. À cette fin, des auditions instrumentales et vocales étaient organisées à chaque début d'année académique pour l'ensemble des élèves concernés.

Un planning de prestations était ensuite établi, en principe pour l'année académique. Ce planning n'avait pas de valeur contractuelle et était sujet à modification en cours d'année.

Dès lors qu'elle n'était plus immatriculée à la HEM, elle n'était plus prioritaire pour les prestations en question.

Le formulaire à l'attention de l'OCPM ne pourrait par ailleurs pas être signé dès lors qu'il mentionnait à tort la HEM comme école de formation, sans mentionner l'obtention de son diplôme.

- 14) Le 14 avril 2021, Mme A_____ a renvoyé à la HEM un nouveau formulaire E « séjour à Genève pour études y compris renouvellement », avec la précision qu'il visait uniquement à faire valider son activité accessoire et non à renouveler son permis de séjour.

Dans toutes les sessions du chœur-atelier, des chanteuses et chanteurs externes étaient engagés pour diverses raisons. Elle souhaitait pouvoir répondre aux besoins du chœur-atelier, au sein duquel elle était très appréciée.

- 15) Par courriel du 16 avril 2021, Madame F_____, directrice-adjointe de la HEM, a confirmé à Mme A_____ qu'il ne serait pas donné suite à sa demande, relevant qu'elle n'était plus ni étudiante, ni membre du personnel de la HEM.

- 16) Par courrier du 22 avril 2021, Mme A_____ a, par l'intermédiaire de son mandataire, demandé à ce qu'une décision formelle sujette à recours soit prise concernant la suite de ses rapports de travail au sein du chœur-atelier. Dans

l'hypothèse où le courriel du 22 mars 2021 devait être qualifié de décision, son courrier valait recours.

Le contrat qui formalisait son activité au sein du chœur-atelier n'indiquait pas une durée d'engagement limitée. Des personnes externes à la HEM faisaient par ailleurs partie du chœur-atelier, si bien que l'inégalité de traitement qui lui était imposée était incompréhensible. Aucune disposition réglementaire n'accordait enfin à la responsable des RH la compétence de décider de la fin subite des rapports de travail des membres du personnel de la HES-SO Genève.

- 17) Par courrier du 4 mai 2021, le directeur général de la HES-SO Genève a répondu qu'une décision formelle sujette à recours n'avait pas lieu d'être, le courriel du 22 mars 2021 de Mme D_____ étant une simple communication n'ayant nullement pour effet de modifier la situation juridique de Mme A_____.

Il n'était pas question de fin des rapports de travail d'un membre du personnel, mais du choix pragmatique de ne pas permettre à une ancienne élève de continuer à participer ponctuellement au chœur-atelier. Une telle participation était épisodique et temporaire. Il en allait ainsi pour chacune des participations au chœur-atelier, que celles-ci concernent des étudiantes ou des étudiants de la HEM, ou, occasionnellement, des personnes externes, lorsque leurs compétences vocales ou instrumentales ne se retrouvaient pas parmi le corps étudiant.

Il était ainsi faux de prétendre que le contrat d'engagement n'indiquait pas de durée d'engagement limitée.

Le fait de favoriser la participation des étudiantes et étudiants au chœur-atelier était un mode de fonctionnement parfaitement légitime et l'intéressée ne bénéficiait pas d'un droit pour contraindre la HEM à l'engager. La nécessité pour elle d'obtenir le renouvellement de son titre de séjour ne pouvait conduire la HEM à l'engager pour un poste quel qu'il soit.

- 18) Par courrier du 3 juin 2021, Mme A_____, en personne, a formé une « réclamation sur la décision du 4 mai 2021 de ne pas prendre une décision formelle sujette à recours sur la fin de [ses] rapports de travail en tant que vacataire du chœur-atelier de la HEM ». Elle demandait à ce que son désengagement du chœur-atelier soit annulé ou qu'une décision y relative soit rendue, afin qu'elle puisse la contester par-devant la chambre administrative.

Elle avait été engagée en tant que soprano dans le chœur-atelier par contrat du 6 novembre 2017 pour les 20 et 21 octobre 2017. Ledit contrat avait principalement pour but de fixer les bases de l'engagement (tarif horaire de CHF 25.-, modalités organisationnelles). Tous les engagements subséquents, réalisés par l'envoi d'un courrier électronique de la part des assistantes du département vocal de la HEM précisant « vous êtes engagé-e », s'étaient fondés

sur ce premier « contrat de base ». Aucun nouveau contrat écrit ne lui avait été remis lors de ces nouveaux engagements, soit pendant quatre années académiques. Elle avait seulement reçu les contrats pour toutes ses participations au chœur-atelier le 28 mai 2021, par le biais « d'une autre démarche ». Elle avait été engagée en moyenne à dix reprises par an.

Au début de chaque année académique, des auditions avaient été réalisées pour être choisi parmi les candidates et les candidats. Puis la HEM demandait aux candidats retenus quelles étaient leurs disponibilités durant l'année académique. L'engagement était ensuite confirmé par courriel plusieurs mois à l'avance. Les partitions à étudier étaient également remises à l'avance. Pour l'année académique 2020-2021, elle avait reçu un courriel de l'assistante du département vocal l'informant qu'elle était autorisée à participer aux ateliers, en s'inscrivant sur le planning, et que l'engagement qui suivrait serait ferme et définitif. Elle avait été engagée pour la plupart des dates.

Chaque année des externes avaient participé aux différents chœurs-ateliers.

Après son exmatriculation le 3 février 2021, elle avait continué à participer à six reprises au moins au chœur-atelier jusqu'à son désengagement le 22 mars 2021. De nouveaux engagements étaient survenus après le 3 février 2021. Elle avait donc été engagée alors même qu'elle n'était plus étudiante.

Enfin, c'était de manière contraire à la loi et aux règles cantonales que la HEM avait refusé de valider son activité accessoire, dès lors qu'elle avait été employée entre janvier et mars 2021.

- 19) a. Le 8 juin 2021, une responsable des affaires juridiques de la HEM a demandé au conseil de Mme A_____ s'il était toujours constitué pour sa défense dans le cadre de la réclamation formée par cette dernière.

b. Par courriel du même jour, le conseil susmentionné a répondu par la négative, précisant qu'il n'était pas exclu qu'il puisse intervenir par la suite. Il précisait que les communications pouvaient être adressées à Mme A_____ directement.
- 20) a. Par courrier du 10 juin 2021, le directeur général de la HES-SO Genève a déclaré irrecevable la réclamation formée par Mme A_____, avec la précision qu'il ne serait procédé à aucune instruction sur le fond.

La voie de la réclamation était ouverte uniquement contre une décision au sens de l'art. 4 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). Les engagements au chœur-atelier répondaient au statut d'intervenant vacataire au sens des art. 130 et 131 du règlement interne sur le personnel de la HES-SO Genève du 6 février 2017 (ci-après : le RIPers) ainsi qu'aux conditions spécifiques déterminées par l'école, notamment en matière de

rémunération et de durée. Ces contrats étaient intervenus pour des périodes ponctuelles et étaient de durée déterminée, de sorte qu'ils arrivaient à échéance au terme de la période prévue sans qu'il y ait besoin de rendre une décision. Ce dernier point était d'ailleurs expressément rappelé dans chacun des contrats établis par la HEM. En dehors de ces contrats d'engagement, aucune décision n'était rendue et nul ne pouvait prétendre à ce qu'un tel acte attaqué soit rendu, encore moins en vue de contraindre l'institution à conclure un contrat de vacataire alors que les conditions d'engagement n'étaient plus remplies.

Le courrier faisait mention de voies de recours par-devant la chambre administrative dans un délai de trente jours.

b. Selon l'extrait « track and trace » figurant au dossier, Mme A_____ a été avisée pour retrait le 11 juin 2021 et ladite décision a été retirée au guichet postal le 17 juin 2021.

- 21) Par acte déposé au guichet le 6 août 2021, Mme A_____, par l'intermédiaire de son conseil, a formé un « recours pour déni de justice » par-devant la chambre administrative, concluant à ce qu'il soit dit et constaté que la HES-SO Genève avait commis un déni de justice en refusant de lui notifier une décision formelle quant à son exclusion des événements du chœur-atelier et à son droit à une rémunération y relative, et à ce que la HES-SO Genève soit condamnée en tous les frais ainsi qu'au paiement d'une indemnité équitable valant participation à ses frais d'avocat.

Dès lors que son engagement à plusieurs événements du chœur-atelier lui avait été confirmé par la HEM, des contrats existaient entre eux, et seule une décision prise par une personne compétente pour ce faire pouvait les annuler. Les courriels de Mmes C_____ et D_____, qui ne constituaient que de simples actes matériels, avaient directement touché ses droits, dès lors qu'elle était au bénéfice de plusieurs contrats de vacataire qui lui auraient permis de toucher la somme de CHF 1'800.-. Son désengagement, opéré en dehors de tout cadre réglementaire, aurait dû faire l'objet d'une décision formelle.

L'autorité intimée avait refusé à deux reprises de rendre une décision formelle. Si une telle décision avait été prononcée, elle aurait pu être contestée par la voie de la réclamation auprès de l'autorité décisionnelle, puis par-devant la chambre administrative. Le recours pour déni de justice était dès lors recevable.

Sur le fond, l'autorité intimée était tenue de rendre une décision relative à son désengagement, opéré en dehors de tout cadre légal, dès lors qu'il avait un impact directement sur ses droits. Elle se voyait en effet privée des engagements contractuels prévus et de la rémunération correspondante. L'intimée devait dès lors statuer sur les motifs faisant obstacle à la poursuite des rapports contractuels, en exposant en quoi elle ne remplissait plus les conditions d'engagement pour

travailler au sein du chœur-atelier. L'autorité intimée avait dès lors commis un déni de justice à son égard.

Était joint un chargé de pièces contenant notamment différents contrats établis le 28 mai 2021 pour des prestations exécutées entre le 20 octobre 2017 et le 25 janvier 2021.

- 22) Dans ses observations du 21 septembre 2021, la HES-SO Genève a conclu à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

La participation au chœur-atelier était en priorité destinée aux étudiantes et étudiants de la HEM. Il ne s'agissait pas d'une réglementation à strictement parler, mais d'une pratique pragmatique et logique, une telle expérience permettant à ses élèves une mise en pratique de leurs acquis académiques ainsi que d'éventuellement rencontrer des professionnels du milieu musical, utiles à leurs carrières futures. Des personnes externes étaient susceptibles d'être engagées au chœur-atelier dans les cas où une compétence requise ne se retrouvait pas parmi les élèves de la HEM, notamment une tessiture de voix particulière.

En début d'année académique, des auditions étaient organisées afin de recruter des tessitures de voix et le niveau nécessaire au chœur-atelier. Les étudiantes et étudiants sélectionnés pour lesquels une évaluation était requise dans le cadre de leur cursus obtenaient, pour leur participation, des crédits ECTS, tandis que les autres recevaient une rémunération. La participation au chœur-atelier était ponctuelle, découlait usuellement du statut d'étudiante ou d'étudiant, et était régie par un contrat de vacataire, conclu pour chaque représentation.

Les assistantes et assistants dans les départements de la HEM n'avaient pas la compétence pour formaliser l'engagement de membres du personnel de la HES-SO Genève. Le courriel adressé le 6 octobre 2020 à la recourante n'était donc pas un engagement formel, mais la transmission d'un planning susceptible de modification. Aucun contrat n'avait été conclu avec la recourante au-delà du 18 mars 2021, date d'émission de son certificat d'exmatriculation. Seuls des courriels de confirmation avaient été envoyés par des membres du personnel qui n'avaient pas la compétence pour l'engagement de personnel.

Il était faux de prétendre qu'il existait des contrats entre la recourante et la HEM. Dès lors que Mme C_____ n'avait pas la compétence pour engager du personnel, les courriels relatifs à des confirmations d'engagement envoyés par cette dernière ne constituaient pas des actes formels d'engagement, ni a fortiori des contrats de travail. Dès lors que la recourante relevait que la résiliation d'un contrat de travail devait intervenir par une « décision » prise par une personne compétente, il en allait de même de la naissance d'un tel contrat. Les communications de Mmes C_____ et D_____ n'avaient ni un caractère contraignant ni modifié la situation de la recourante, laquelle n'était liée par aucun

contrat de travail. C'était ainsi à bon droit que la HES-SO Genève avait refusé de statuer, aucune prise de décision ne se justifiant. Le recours devait donc être jugé irrecevable.

Alors que la recourante tentait par tous les moyens d'obtenir une décision, elle n'avait pas recouru contre celle qui était datée du 10 juin 2021, dans laquelle le directeur général de la HES-SO Genève avait déclaré sa réclamation irrecevable.

La recourante ne pouvait pas non plus prétendre à la conclusion d'un nouveau contrat de travail découlant d'une participation au chœur-atelier de la HEM. Elle ne bénéficiait plus d'un droit prioritaire à la participation à celui-ci depuis son exmatriculation. Par ailleurs, elle ne bénéficiait pas d'un titre de séjour avec activité autorisée. Pour les ressortissants extra-européens, l'exercice d'une activité accessoire nécessitait la poursuite d'une formation académique.

Était joint un chargé de pièces contenant notamment les fiches de salaire de la recourante pour des prestations exécutées entre octobre 2017 et mars 2021.

- 23) Dans sa réplique du 30 novembre 2021, la recourante a persisté dans ses conclusions.

Elle contestait que le courrier du 10 juin 2021 soit une décision. Le fait que des voies de droit y soient indiquées était sans conséquence, seul le contenu matériel étant relevant pour le qualifier. Or, le directeur général de la HES-SO Genève avait indiqué qu'il refusait de rendre une décision. Si la chambre administrative devait toutefois conclure que ce courrier était une décision, son recours devait être admis, bien que mal intitulé. Au vu des conclusions et des griefs de son recours, on comprenait qu'elle s'en prenait au contenu du courrier du 10 juin 2021. Elle faisait grief à l'autorité intimée de ne pas avoir rendu de décision formelle sujette à recours quant à la fin de son engagement au sein du chœur-atelier, et c'était précisément la position que l'autorité intimée persistait à tenir dans son courrier du 10 juin 2021.

Contrairement à ce que prétendait l'autorité intimée, les courriels de confirmation d'engagement valaient conclusion du contrat de vacataire. Cela ressortait de la teneur du courriel de Mme B_____ du 6 octobre 2020.

L'autorité intimée soutenait que seul le directeur général de la HES-SO Genève avait la compétence d'engager du personnel, et que cette compétence ne pouvait être déléguée qu'à la directrice ou au directeur des RH (ci-après : DRH). Or, les contrats de travail écrits qui lui avaient été remis en mai 2021 pour ses précédents engagements en tant que vacataire au sein de la HEM avaient été signés par le directeur de la HEM, et non par le directeur général de la HES-SO Genève ou la DRH. Quand ses engagements lui avaient été confirmés, elle pouvait

donc de bonne foi penser que Mme C_____ agissait avec le consentement de la DRH. L'hypothèse inverse reviendrait à considérer que Mme C_____ n'agissait pas selon les instructions de l'autorité intimée, ce qui n'était pas allégué. Les courriels de confirmation d'engagement valaient dès lors conclusion de contrats de vacataire.

Le courrier du 10 juin 2021 ne faisait que confirmer la position déjà exposée dans celui du 4 mai 2021, à savoir le refus de rendre une décision, ce qui constituait un déni de justice.

Son autorisation de séjour pour études était arrivée à échéance le 28 février 2021. Elle avait toutefois bénéficié d'une autorisation de séjour de courte durée (permis L) jusqu'au 18 septembre 2021. Le raisonnement de l'autorité intimée sur son défaut d'autorisation de séjour était donc erroné.

- 24) Sur quoi, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1) a. La chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 132 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05). Elle examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATA/603/2021 du 8 juin 2021 consid. 1 ; ATA/751/2020 du 12 août 2020 consid. 1 ; ATA/1021/2016 du 6 décembre 2016 consid. 2).

b. La recourante forme un recours pour déni de justice contre le refus de l'autorité de rendre une décision relative à son désengagement du chœur-atelier. L'autorité intimée considère quant à elle qu'elle aurait rendu une décision le 10 juin 2021, suite à la réclamation formée par la recourante le 3 juin 2021, contre laquelle la recourante n'a pas recouru.

Pour déterminer la recevabilité du recours de la recourante pour déni de justice, il convient préalablement de se pencher sur la nature du courrier du 10 juin 2021.

- 2) Pour toutes les décisions de la HES-SO Genève pour lesquelles une voie de recours spécifique n'est pas prévue, l'intéressée ou l'intéressé peut former réclamation auprès de l'auteur de la décision (art. 165 al. 1 du règlement interne sur le personnel de la HES-SO Genève du 6 février 2017 [ci-après : le RIPers]). La réclamation doit être formée dans les trente jours à compter de la notification de la décision, par écrit et avec indication des motifs et des moyens de preuve éventuels par celui ou celle qui aurait la qualité pour recourir (art. 165 al. 2 RIPers). Lorsque l'auteur de la décision dont il est fait réclamation n'est pas

la directrice générale ou le directeur général, la décision sur réclamation est sujette à recours auprès de la directrice générale ou du directeur général dans les trente jours suivant sa notification. Le recours doit être formé aux mêmes conditions qu'à l'al. 2 (art. 165 al. 3 RIPers). Le recours à la chambre administrative n'est ouvert que contre les décisions sur réclamation ou sur recours de la directrice générale ou du directeur général (art. 165 al. 4 RIPers). La LPA est applicable au surplus (art. 165 al. 5 RIPers).

- 3) Le recours à la chambre administrative est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des articles 4, 4A, 5, 6, al. 1 let. a et e, et 57 LPA. Sont réservées les exceptions prévues par la loi (art. 132 al. 2 LOJ).
- 4)
 - a. Sont considérées comme des décisions au sens de l'art. 4 al. 1 LPA les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal ou communal et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits et des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (let. c). Lorsqu'une autorité mise en demeure refuse sans droit de statuer ou tarde à se prononcer, son silence est assimilé à une décision (art. 4 al. 4 LPA).
 - b. Aux termes de l'art. 4A LPA – intitulé « droit à un acte attaquant » –, toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour des actes fondés sur le droit fédéral, cantonal ou communal et touchant à des droits ou des obligations : s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir, ou les révoque (let. a), élimine les conséquences d'actes illicites (let. b), constate le caractère illicite de tels actes (let. c ; al. 1) ; l'autorité statue par décision (al. 2).
- 5)
 - a. Selon l'art. 62 al. 1 let. a et b LPA, le délai de recours contre une décision finale est de trente jours. Il court dès le lendemain de la notification de la décision (art. 62 al. 3 1^{ère} phr. LPA).
 - b. La décision qui n'est remise que contre la signature du destinataire ou d'un tiers habilité est réputée reçue au plus tard sept jours après la première tentative infructueuse de distribution (art. 62 al. 4 LPA).
 - c. Les délais en jours fixés par la loi ne courent pas du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 63 al. 1 let. b LPA).
- 6) Selon l'art. 65 al. 1 LPA, l'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant. En outre, il doit contenir l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve. Les pièces dont dispose le recourant doivent être jointes. À défaut, un bref délai pour

satisfaire à ces exigences est fixé au recourant, sous peine d'irrecevabilité (art. 65 al. 2 LPA). Compte tenu du caractère peu formaliste de cette disposition, il convient de ne pas se montrer trop strict sur la manière dont sont formulées les conclusions du recourant, pourvu que la chambre administrative et la partie adverse puissent comprendre avec certitude les fins du recourant (ATA/1193/2021 du 9 novembre 2021 consid. 2a ; ATA/533/2016 du 21 juin 2016 consid. 2b ; ATA/29/2016 du 12 janvier 2016 consid. 2b).

L'exigence de motivation de l'art. 65 al. 2 LPA a pour but de permettre à la juridiction administrative de déterminer l'objet du litige qui lui est soumis et de donner l'occasion à la partie intimée de répondre aux griefs formulés à son encontre (ATA/64/2021 du 19 janvier 2021 consid. 2). L'exigence de la motivation est considérée comme remplie lorsque les motifs du recours, sans énoncer les conclusions formelles, permettent de comprendre aisément ce que la personne recourante désire (arrêt du Tribunal fédéral 2C_823/2017 du 23 mars 2018 consid. 4 ; ATA/1337/2020 du 22 décembre 2020 consid. 2c).

7) a. Une partie peut recourir en tout temps pour déni de justice ou retard non justifié si l'autorité concernée ne donne pas suite rapidement à la mise en demeure prévue à l'art. 4 al. 4 LPA (art. 62 al. 6 LPA). Toutefois, lorsque l'autorité compétente refuse expressément de rendre une décision, les règles de la bonne foi (art. 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101) imposent que le recours soit interjeté dans le délai légal, sous réserve éventuelle d'une fausse indication quant audit délai (ATA/939/2021 du 14 septembre 2021 consid. 3a ; ATA/1722/2019 du 26 novembre 2019 consid. 2b et les références citées).

b. Pour pouvoir se plaindre de l'inaction de l'autorité, encore faut-il que l'administré ait effectué toutes les démarches adéquates en vue de l'obtention de la décision qu'il sollicite (ATA/699/2021 du 2 juillet 2021 consid. 9b ; ATA/386/2018 du 24 avril 2018 consid. 2d). Les conclusions en déni de justice sont irrecevables lorsque le recourant n'a pas procédé à la mise en demeure prévue à l'art. 4 al. 4 LPA (ATA/1210/2018 du 13 novembre 2018 consid. 5c et 6).

c. Une autorité qui n'applique pas ou applique d'une façon incorrecte une règle de procédure, de sorte qu'elle ferme l'accès à la justice au particulier qui, normalement, y aurait droit, commet un déni de justice formel. Il en va de même pour l'autorité qui refuse expressément de statuer, alors qu'elle en a l'obligation. Un tel déni constitue une violation de l'art. 29 al. 1 Cst. (ATF 135 I 6 consid. 2.1).

En cas de recours contre la seule absence de décision, les conclusions ne peuvent tendre qu'à contraindre l'autorité à statuer (ATA/939/2021 précité consid. 3c ; ATA/699/2021 précité consid. 9c ; ATA/595/2017 du 23 mai 2017 consid. 6c). En effet, conformément à l'art. 69 al. 4 LPA, si la juridiction administrative admet le recours pour déni de justice ou retard injustifié, elle renvoie

l'affaire à l'autorité inférieure en lui donnant des instructions impératives (ATA/373/2020 du 16 avril 2020 consid. 6a).

d. La reconnaissance d'un refus de statuer ne peut être admise que si l'autorité mise en demeure avait le devoir de rendre une décision ou, vu sous un autre angle, si le recourant avait un droit à en obtenir une de sa part (ATF 135 II 60 consid. 3.1.2 ; ATA/939/2021 précité consid. 3d ; ATA/7/2020 du 7 janvier 2020 consid. 3b).

8) Dans une précédente affaire, la chambre de céans a relevé que le recours pour déni de justice ne pouvait être rejeté au seul motif qu'une décision avait en réalité été rendue par l'autorité intimée. La procédure administrative étant régie par la maxime inquisitoire et celle de l'application d'office du droit, la chambre administrative établissant les faits d'office (art. 19 LPA) et disant le droit sans être limitée par les moyens soulevés par les parties (art. 69 al. 1 LPA), il fallait encore déterminer si les griefs formulés par les recourantes ne constituaient en réalité pas un recours contre la décision de l'autorité intimée. La chambre administrative a considéré que tel était le cas dès lors que même si les recourantes avaient affirmé, par l'intitulé de leurs recours, recourir pour déni de justice, la teneur de leurs conclusions permettait d'admettre que leur contestation était dirigée contre cette décision (ATA/922/2014 du 25 novembre 2014 consid. 6).

9) a. En l'espèce, le courrier du 10 juin 2021, intitulé « décision d'irrecevabilité » et signé par le directeur général de la HES-SO Genève, fait suite à la « réclamation » formée le 3 juin 2021 par la recourante contre le courrier du directeur général de la HES-SO Genève du 4 mai 2021 relevant qu'aucune décision formelle ne devait être rendue –, dans laquelle cette dernière concluait à ce que le « désengagement » du chœur-atelier qui lui avait été signifié par les RH de la HEM soit annulé, subsidiairement à ce qu'une décision formelle soit prise sur cette question afin de lui permettre de recourir auprès de la chambre administrative. Par ce courrier du 10 juin 2021, l'autorité intimée a considéré que la voie de la réclamation n'était pas ouverte, dès lors qu'aucune décision n'avait été rendue et n'avait besoin de l'être, et a déclaré la réclamation irrecevable, avec la précision qu'il ne serait procédé à aucune analyse sur le fond. Ce courrier mentionnait les voies de droit ouvertes, avec la précision que la décision d'une autorité déclinant sa compétence était susceptible de recours dans un délai de trente jours.

Vis-à-vis de la recourante, l'autorité intimée a ainsi manifesté sa volonté de ne pas entrer en matière sur sa demande et ses prétentions en découlant qui, si elles étaient admises, pourraient conduire au versement de prestations pécuniaires. Cette communication, qui fait par ailleurs suite aux nombreuses demande de la recourante tendant à ce qu'une décision sujette à recours soit prise, a dès lors produit, dès sa réception, des effets sur la situation juridique de la recourante. Dans ses observations du 21 septembre 2021, l'autorité intimée considère d'ailleurs également qu'il s'agit d'une décision sujette à recours.

Il convient dès lors de considérer que le courrier du 10 juin 2021 constitue une décision au sens de l'art. 4 LPA.

b. Dans la mesure où une décision est intervenue le 10 juin 2021, l'autorité intimée échappe au grief de déni de justice sous cet angle. Se pose dès lors la question de savoir si le recours formé le 6 août 2021 peut être considéré comme l'ayant été contre la décision du 10 juin 2021.

En l'occurrence, il ressort de cet acte de recours que la recourante reproche à l'autorité intimée de ne pas avoir rendu de décision sur son désengagement du chœur-atelier ainsi que sur son droit à la rémunération y relative. Ce faisant, elle critique bel et bien la position de l'autorité intimée contenue dans la décision du 10 juin 2021, selon laquelle elle n'aurait pas à rendre de décision.

Par ailleurs, il ressort des pièces au dossier que la recourante a retiré la décision du 10 juin 2021 à l'office postal le 17 juin 2021. Le délai de recours, qui a commencé à courir le 18 juin 2021, a été suspendu à compter du 15 juillet 2021, de sorte que le recours formé le 6 août 2021 l'a été en temps utile.

Le recours doit dès lors être déclaré recevable et est dirigé contre la décision sur réclamation du 10 juin 2021.

- 10) La recourante considère que son « désengagement » pour toutes les activités au sein du chœur-atelier de la HEM aurait dû faire l'objet d'une décision formelle sujette à recours, en lieu et place d'un courriel informel. Elle relève notamment avoir reçu des confirmations d'engagement pour des événements du chœur-atelier qui se sont déroulés entre mars et mai 2021.

L'autorité intimée considère, quant à elle, qu'il n'existait pas de contrat entre la recourante et elle, et que les courriels de confirmation d'engagement envoyés par une secrétaire de la HEM ne sauraient engager celle-ci. La recourante n'avait dès lors aucun droit à recevoir une décision.

Sur le fond, il y a ainsi lieu de vérifier si l'autorité intimée pouvait refuser de rendre une décision sur le « désengagement » de la recourante du chœur-atelier ainsi que sur ses prétentions salariales y relatives.

- 11) a. Conformément à l'art. 25 al. 3 let. d LHES-SO-GE, la directrice générale ou le directeur général, sur proposition de la directrice ou du directeur d'école, décide de l'engagement, du renouvellement et de la fin des rapports de travail du personnel d'enseignement et de recherche. Cette compétence n'est pas déléguable (art. 34 al. 1 RIPers).

L'art. 14 RIPers traite de la composition du personnel d'enseignement et de recherche. L'art. 15 RIPers, qui a pour intitulé « autres membres du personnel »,

précise quant à lui que la HES-SO Genève peut désigner des responsables HES (let. a) et engager des intervenants vacataires (let. b).

Sauf exceptions prévues par le titre sur le personnel d'enseignement et de recherche, les membres du corps enseignant, les responsables HES et les adjointes ou adjoints scientifiques ou artistiques HES sont engagés pour une durée indéterminée, maximale de quatre ans, renouvelable à cette échéance (art. 34 al. 2 RIPers). Les autres membres du personnel sont engagés pour une durée déterminée, conformément aux dispositions spécifiques du titre sur le personnel d'enseignement et de recherche qui régissent ces fonctions (art. 34 al. 3 RIPers). L'engagement fait l'objet d'une lettre adressée à l'intéressée ou l'intéressé par la direction de l'école (art. 35 al. 1 RIPers).

Selon l'art. 130 al. 1 RIPers, les vacataires interviennent dans le cadre des études HES-SO menant aux titres de bachelor et master ou aux certificats de formation continue pendant une durée déterminée au cours de l'année académique ou dispensent un enseignement très spécialisé à temps partiel.

Les intervenants vacataires sont engagés pour une durée déterminée (art. 131 al. 2 RIPers).

b. Selon l'art. 49 RIPers, la directrice générale ou le directeur général, sur proposition de la directrice ou du directeur d'école, détient la compétence pour prononcer la fin des rapports de travail, conformément à l'art. 25 al. 3 let. d et e LHES-SO-GE (al. 1). Cette compétence ne peut pas être déléguée (al. 2).

L'art. 50 al. 2 1^{ère} phr. RIPers prévoit que les engagements de durée déterminée prennent fin à leur échéance, sans résiliation.

- 12) Le contrat de droit administratif est un acte résultant de la concordance de deux ou plusieurs manifestations de volonté concrétisant la loi dans un cas particulier individuel, ayant pour objet l'exécution d'une tâche publique de façon à produire des effets bilatéraux obligatoires. Il peut également être défini comme « toute convention liant l'État à un particulier et relevant non pas du droit civil mais du droit public ». Tout comme la décision administrative, le contrat d'engagement de droit public permet de régler « un rapport juridique concret de droit administratif » entre l'État et les particuliers (Héloïse ROSELLO, *Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique*, 2016, p. 179 n. 376).
- 13) Le principe de la bonne foi, exprimé aux art. 9 et 5 al. 3 Cst., protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 137 II 182 consid. 3.6.2 ; 137 I 69 consid. 2.5.1 et les arrêts cités ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_151/2012

du 5 juillet 2012 consid. 4.2.1 ; 2C_1023/2011 du 10 mai 2012 consid. 5). Conformément au principe de la confiance, qui s'applique aux procédures administratives, les décisions, les déclarations et comportements de l'administration doivent recevoir le sens que l'administré pouvait raisonnablement leur attribuer en fonction des circonstances qu'il connaissait ou aurait dû connaître. Le principe de la confiance est toutefois un élément à prendre en considération et non un facteur donnant en tant que tel naissance à un droit (arrêt du Tribunal fédéral du 14 octobre 2004 in RDAF 2005 I 71 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, p. 203 n. 569 et les références citées). La protection de la bonne foi ne s'applique pas si l'intéressé connaissait l'inexactitude de l'indication ou aurait pu la connaître en consultant simplement les dispositions légales pertinentes (ATF 135 III 489 consid. 4.4 ; 134 I 199 consid. 1.3.1 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 203 s. n. 571).

Selon la jurisprudence, les assurances ou les renseignements erronés donnés par les autorités confèrent des droits aux justiciables lorsque les cinq conditions cumulatives suivantes sont remplies. Tout d'abord, on doit être en présence d'une promesse concrète effectuée à l'égard d'une personne déterminée. Il faut également que l'autorité ait agi dans le cadre et dans les limites de sa compétence, que la personne concernée n'ait pas été en mesure de se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement fourni, qu'elle se soit fondée sur ce renseignement pour prendre des dispositions qu'elle ne peut ensuite modifier sans subir de préjudice et, enfin, que la loi n'ait pas subi de changement depuis le moment où la promesse a été faite (ATA/1220/2021 du 16 novembre 2021 consid. 11 ; ATA/240/2020 du 3 mars 2020 consid. 6b et les références citées).

- 14) En l'occurrence, il n'est pas contesté que la recourante n'a jamais été au bénéfice, dans le cadre de ses engagements au chœur-atelier, d'un contrat à durée indéterminée. Les parties s'accordent sur le fait que la recourante a été, à compter de 2017, au bénéfice de plusieurs contrats à durée déterminée, en qualité de vacataire. L'engagement de vacataires est explicitement prévu par le RIPers, qui précise que leur contrat est de durée déterminée. Il n'est pas contesté que chaque contrat a pris fin à l'issue de chaque engagement.

L'autorité intimée considère qu'il n'y a plus eu de tels contrats conclus après l'exmatriculation de la recourante, tandis que cette dernière estime que différents contrats ont été conclus pour des engagements au sein du chœur-atelier entre les 26 mars et 22 mai 2021.

Il est vrai que la HEM est libre de privilégier ses élèves pour les participations au chœur-atelier, quand bien même aucune disposition légale ou réglementaire ne le prévoit. Le fait que des externes soient parfois également engagés n'y change rien. Comme le relève l'autorité intimée, la HEM ne saurait

en particulier être contrainte de conclure des engagements pour des événements du chœur-atelier avec une ancienne étudiante.

Or, force est de constater que la recourante ne sollicite pas de nouveaux engagements au sein du chœur-atelier, mais conteste le fait d'avoir été exclue (« désengagée ») d'événements pour lesquels elle avait déjà été engagée, à savoir les prestations qui devaient se dérouler les 26 mars, 15,16, 29 avril, 14, 15, 16, 21, 22 mai pour un total de trente-six heures.

En l'occurrence, il ressort du dossier qu'après avoir effectué des auditions au début de l'année académique 2020-2021, la recourante a été informée, par courriel du 6 octobre 2020 d'une assistante du département vocal de la HEM, qu'elle avait été sélectionnée pour pouvoir participer aux événements du chœur-atelier, pour lesquels elle a été invitée à indiquer ses disponibilités via un « Doodle ». Ce courriel indiquait encore que le chef de chœur choisirait ensuite ses effectifs. Le « Doodle » ne « comptait pas comme une confirmation de participation ». Celles et ceux qui seraient engagés recevraient un courriel avec les explications pour les formalités contractuelles suivant leur cas ainsi que les modalités pour récupérer les partitions. Cet engagement était « ferme et définitif ».

Suite à ce courriel, la recourante a reçu plusieurs courriels, entre le 25 janvier et le 17 mars 2021, de la part de l'assistante du département vocal de la HEM, ayant tous pour objet sa « confirmation d'engagement » pour des événements du chœur-atelier devant intervenir les 26 mars, 15,16, 29 avril, 14, 15, 16, 21, 22 mai 2021, pour un total de trente-six heures. Or, conformément à l'adage *nemo auditur suam (proprium) turpitudinem allegans* (nul ne peut se prévaloir de sa propre faute), qui concrétise le principe constitutionnel de la bonne foi et vaut également en matière de droit public (arrêt du Tribunal fédéral 2C_17/2008 du 16 mai 2008 consid. 6.2 ; ATA/169/2020 du 11 février 2020 consid. 7b), l'autorité intimée ne saurait plaider de bonne foi que les confirmations d'engagements effectués par courriels ne seraient pas valables, dès lors qu'il ressort du dossier qu'elles ont toujours été effectuées de la sorte par ses soins. Il ressort en particulier de l'un des contrats remis à la recourante, dénommé « engagement intervenant-e vacataire HES » du 28 mai 2021, que cette dernière a participé, et a donc été rémunérée, pour un événement du chœur-atelier s'étant tenu les 22, 23 et 25 janvier 2021. Il n'est pas contesté que l'engagement pour cet événement a été confirmé, comme tous les autres, par un courriel de l'assistante du département musical de la HEM. L'autorité intimée ne prétend d'ailleurs pas que ce contrat n'aurait pas été valable. Il ressort d'ailleurs des fiches de salaire de la recourante qu'elle a été rémunérée notamment pour sa participation au chœur-atelier durant les mois de janvier à mars 2021, lesdits engagements lui ayant été confirmés par les courriels de l'assistante du département vocal de la HEM.

L'autorité intimée ne saurait pas non plus prétendre que la recourante ne pouvait plus être engagée au chœur-atelier postérieurement à son exmatriculation. D'une part, si la HEM bénéficie de la possibilité de privilégier ses étudiantes et étudiants, aucune disposition légale ou règlementaire ni aucune directive ne l'empêche d'avoir recours à des externes. Il ressort d'ailleurs du dossier, ce que l'autorité intimée ne conteste pas, que des externes ont effectivement été engagés pour participer à certains événements du chœur-atelier. D'autre part, comme susmentionné, la recourante a participé et a été rémunérée pour le chœur-atelier s'étant tenu entre février et mars 2021, soit postérieurement à son exmatriculation.

Enfin, l'autorité intimée est particulièrement malvenue de se prévaloir du fait que seul le directeur général de la HES-SO Genève, ainsi que le ou la DRH, ont la compétence de formaliser l'engagement du personnel de la HES-SO Genève, dès lors que les contrats écrits datés des 28 mai 2021, pour les prestations effectuées par la recourante au sein du chœur-atelier entre 2018 et 2021, n'ont pas été signés par le directeur général de la HES-SO Genève, pas plus que par le ou la DRH, mais par le directeur de la HEM. L'autorité intimée ne prétend pas que ces contrats n'auraient pas été valablement conclus.

Force est dès lors de constater que la recourante a été valablement engagée, en qualité de vacataire, pour les événements des 26 mars, 15,16, 29 avril, 14, 15, 16, 21, 22 mai 2021, pour un total de trente-six heures. Ces engagements donnaient droit à une rémunération. Dès lors que l'autorité intimée a, postérieurement à la confirmation desdites engagements, refusé que la recourante y prenne part, cette dernière bénéficiait d'un droit à obtenir une décision justifiant cette position, étant particulièrement touchée par celle-ci. C'est en conséquence à tort que le directeur général de la HES-SO lui a nié ce droit.

- 15) Au vu de ce qui précède, le recours sera admis partiellement.

La décision de l'autorité intimée du 10 juin 2021 sera annulée et le dossier lui sera retourné pour qu'elle entre en matière sur les demandes de l'intéressée liées à son « désengagement » du chœur-atelier pour les événements postérieurs à son exmatriculation de la HEM, et en particulier quant à son droit à rémunération.

Au vu de ce qui précède, les autres arguments soulevés par les parties, notamment concernant le permis de séjour de la recourante, n'auront pas à être discutés à ce stade dans le cadre du présent arrêt.

- 16) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA) et une indemnité de procédure de CHF 1'000.- lui sera allouée, à la charge de la HES-SO Genève (art. 87 al. 2 LPA).

**PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 6 août 2021 par Madame A_____ contre la décision du directeur général de la Haute école spécialisée de Suisse occidentale - Genève du 10 juin 2021 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision du directeur général de la Haute école spécialisée de Suisse occidentale - Genève du 10 juin 2021 ;

renvoie le dossier à la Haute école spécialisée de Suisse occidentale - Genève pour qu'elle rende une décision dans le sens des considérants ;

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

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Madame A_____, à la charge de la Haute école spécialisée de Suisse occidentale - Genève ;

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, s'il porte sur les rapports de travail entre les parties et que la valeur litigieuse n'est pas inférieure à CHF 15'000.- ;

- par la voie du recours en matière de droit public, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- et que la contestation porte sur une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- ;

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, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, 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 ;

communiquera le présent arrêt à Me Giuseppe Donatiello, avocat de la recourante, ainsi qu'à la Haute école spécialisée de Suisse occidentale - Genève (HES-SO).

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mme Krauskopf, M. Verniory,
Mme Lauber, M. Mascotto, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :