

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/777/2007-IP

ATA/351/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 28 juillet 2009

dans la cause

Madame N_____

représentée par Me Antoine Boesch, avocat

contre

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

EN FAIT

1. En février-mars 2005, la faculté des sciences de l'université de Genève (ci-après : la faculté) a ouvert une inscription pour des postes de chargé(e)s d'enseignement en pharmacie communautaire, d'une part, et en connaissance des médicaments et suivi pharmaceutique, d'autre part, auprès de la section des sciences pharmaceutiques.

En pharmacie communautaire, cinq postes ont été ouverts, à savoir :

- Médicaments de la pharmacie complémentaire ;
- Pharmacie vétérinaire ;
- Préparation des médicaments en milieu officinal ;
- Santé publique ;
- Suivi pharmaceutique hospitalier.

Quant au domaine de la "connaissance des médicaments et suivi pharmaceutique", un seul poste a été ouvert.

Pour tous les postes mis en concours, le diplôme fédéral de pharmacien ou un titre jugé équivalent était exigé.

2. Le 10 mars 2005, Madame N_____ a déposé sa candidature pour les postes de chargée d'enseignement en pharmacie communautaire et en connaissance des médicaments et suivi pharmaceutique, sans mentionner dans le premier cas si elle postulait pour l'ensemble des postes ou seulement certains d'entre eux. A teneur de son curriculum vitae, elle était notamment au bénéfice d'un diplôme de "Doctorat d'Etat de pharmacien" de l'université Cheikh Anta Diop de Dakar.
3. Au regard du dossier de l'intéressée, la section des sciences pharmaceutiques a estimé que l'offre de celle-ci concernait, dans le domaine de la pharmacie communautaire, les postes de chargé(e)s d'enseignement en médicaments de la pharmacie complémentaire et en préparation des médicaments en milieu officinal.
4. Après examen des dossiers en présence, la commission chargée d'examiner les candidatures a proposé, à l'unanimité, le 9 mai 2005, la nomination de Madame I_____ pour le poste de chargé(e)s d'enseignement dans le domaine de "Médicaments de la médecine complémentaire section des sciences pharmaceutiques", celle de Monsieur S_____ pour celui en "Préparation des médicaments en milieu officinal" et celle de Monsieur B_____ pour celui en "Connaissance des médicaments en milieu pharmaceutique", estimant qu'ils

présentaient les meilleurs profils, M. B _____ étant pour le surplus le seul à remplir le cahier des charges de son poste.

5. Le 20 mai 2005, Mme N _____ a été informée par la faculté que sa candidature n'avait pas été retenue.
6. Les trois propositions de nomination ont été acceptées à l'unanimité par le collège des professeurs de la faculté le 27 juin 2005.
7. Le 30 juin 2005, le doyen de la faculté a informé Mme N _____, par trois courriers séparés, que le collège des professeurs avait décidé de ne pas proposer sa nomination pour les postes auxquels elle s'était portée candidate et lui a indiqué le nom des trois personnes retenues. L'intéressée était informée de la possibilité de déposer plainte si elle s'estimait touchée par une violation de la règle de préférence.

Un document contenant les extraits de la loi sur l'université du 26 mai 1973 (LU - C 1 30) et de son règlement d'application relatif à la procédure de plainte pour violation de la règle de préférence inscrite à l'art. 26A LU était joint à ces courriers.

8. Le 18 juillet 2005, Mme N _____ a envoyé un courrier électronique au rectorat de l'université (ci-après : le rectorat), joignant en document attaché une plainte, en anglais, contre la décision négative du 20 mai 2005 (sic).

Ce document, arrivé sur la boîte de réception de la secrétaire du Recteur, avec la mention "spam", n'a pas été ouvert.

9. Courant janvier 2006, Mme N _____ a appelé le secrétariat du service juridique du rectorat afin de savoir ce qu'il était advenu de sa plainte.

C'est à cette occasion que son courrier électronique du 18 juillet 2005 a été récupéré puis ouvert par le rectorat.

10. Par décision du 7 février 2006, le recteur a indiqué à Mme N _____ que, d'une part, sa plainte était irrecevable, faute de signature originale et, d'autre part, qu'elle n'avait pas qualité pour agir, ne remplissant pas les conditions formelles relatives au poste pour lequel elle s'était portée candidate.
11. Le 16 mars 2006, en réponse à sa demande, le rectorat a informé Mme N _____ que sa candidature n'avait pas été retenue car elle ne remplissait pas les conditions formelles pour les postes auxquels elle avait postulé. En particulier, elle n'était pas titulaire du diplôme fédéral de pharmacien ou d'un titre jugé équivalent.

12. Par courrier du 31 mars 2006, Mme N_____ a formé recours, en français, contre ladite décision par-devant le Conseil d'Etat. L'acte de recours n'étant pas parvenu au service administratif du Conseil d'Etat, Mme N_____ en a faxé une copie, accompagnée des pièces justificatives, le 28 juin 2006 à la chancellerie d'Etat. Elle lui a par ailleurs spontanément fait parvenir des observations complémentaires le 24 novembre 2006.

C'était à tort que sa candidature n'avait pas été retenue, pour défaut du diplôme fédéral de pharmacien ou un titre jugé équivalent, dès lors qu'elle disposait d'une telle équivalence.

13. Le 11 décembre 2006, Mme N_____ a déposé une plainte pénale contre l'université auprès du Parquet du Procureur général pour violation des dispositions sur l'égalité. Dite plainte a été classée le 28 mars 2007, faute d'infraction à caractère pénal.

14. Par arrêté du 21 février 2007, le Conseil d'Etat a déclaré le recours de Mme N_____ irrecevable et transmis le dossier au Tribunal administratif pour raison de compétence.

15. Les 9, 21 mars et 17 avril 2007, en réponse à la requête du tribunal de céans, l'université a versé à la procédure l'intégralité du dossier de Mme N_____ ainsi que diverses pièces relatives à la procédure d'engagement (rapport de représentation des deux sexes au sein de la faculté, rapports des commissions ayant abouti à la nomination, curriculum vitae des candidats retenus notamment).

16. Par courrier du 29 mai 2007, Mme N_____ a adressé son curriculum vitae, tel que remis à la faculté lors de sa postulation et sollicité que ceux des candidats ayant postulé en même temps qu'elle, soient versés à la procédure.

17. Le 28 septembre 2007, le Tribunal administratif a tenu une audience de comparution personnelle. A cette occasion, le mandataire de Mme N_____ a demandé à pouvoir compléter son recours et indiqué ignorer la raison pour laquelle sa cliente n'était pas présente à l'audience. L'université a sollicité un délai pour répondre au recours de Mme N_____ .

18. Le 9 octobre 2007, par la plume de son mandataire, Mme N_____ a demandé à pouvoir compléter son recours. C'était en raison d'un soudain contretemps de nature personnelle qu'elle avait été dans l'impossibilité de se rendre à l'audience susmentionnée. Elle a précisé les motifs de cet empêchement dans un second courrier du 23 octobre 2007. Enfin, le 24 octobre 2007, elle a sollicité l'audition de Messieurs P_____ et G_____ , professeurs au centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV), respectivement à l'université de Lausanne.

19. Le 31 mars 2008, une nouvelle audience de comparution personnelle a été agendée.

a. A cette occasion, Mme N_____ a déclaré contester la compétence des personnes qui avaient été nommées à sa place, surtout MM R_____ et B_____ avec lesquels "il n'y avait pas eu comparaison". Ce dernier par exemple n'avait pas de connaissances de médicaments s'étendant aux cas aigus et sa formation universitaire n'était pas suffisante dans le domaine de la biologie. Quant à M. R_____, c'était plus délicat car il était décédé depuis. Dès lors qu'à compétence égale, c'était une femme qui aurait dû être choisie, elle aurait ainsi dû être nommée à la place de M. B_____, ayant des compétences théoriques et pratiques, en matière de médicaments supérieures à ce dernier, que ce soit en milieu hospitalier ou communautaire. Elle travaillait actuellement aux États-Unis comme pharmacienne, en pharmacie clinique et communautaire, auprès d'une société privée. Elle avait obtenu ce poste pour une durée de trois ans qui était venue à échéance. Son contrat était en cours de renouvellement. Les justificatifs de ses absences aux précédentes audiences ainsi qu'un document relatif aux exigences en matière de pharmacie et de connaissance du médicament étaient versés à la procédure.

b. Madame M_____, représentante du rectorat a contesté la qualité pour agir de Mme N_____, cette dernière ne remplissant pas les conditions formelles d'obtention du poste. Elle n'avait en outre pas posé sa candidature pour le poste de M. R_____.

A l'issue de l'audience, un délai au 21 avril 2008 a été octroyé à Mme N_____ pour compléter ses écritures et solliciter d'éventuels actes d'instruction.

20. Dans le délai imparti, Mme N_____ a présenté ses arguments complémentaires. A titre préalable, elle sollicite la production, par l'intimée, de tous renseignements et documents utiles concernant l'ensemble des candidats aux postes mis en cause. Principalement, elle conclut à ce que soit constatée la violation des art. 26A al. 1 et 57D al. 5 LU ainsi que des principes d'égalité de traitement et d'interdiction de l'arbitraire s'agissant du traitement et de l'examen des dossiers de candidature, au renvoi de son dossier au rectorat pour nouveau préavis ainsi qu'au versement d'une indemnité de CHF 30'000.- avec intérêts à 5% depuis le 30 juin 2005.

Elle remplissait incontestablement les conditions nécessaires pour l'ensemble des postes mis en concours, tant en matière de titres que d'expérience. Or sur les trois candidatures retenues, deux étaient masculines alors même qu'il ressortait du "rapport de représentation des deux sexes de la faculté des sciences en 2005" que les femmes étaient sous-représentées (41,8%). Titulaire d'un titre

équivalent au diplôme fédéral de pharmacien, c'était à tort que la faculté avait considéré qu'elle ne remplissait pas les conditions formelles requises.

Enfin, elle avait un intérêt à faire constater les violations susmentionnées dès lors qu'elle était susceptible de présenter à nouveau sa candidature pour un poste de chargée d'enseignement. Quant à la sanction pécuniaire, certes elle n'était pas expressément prévue par la loi, mais on pouvait appliquer par analogie notamment les dispositions de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05), de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1985 (LEg- RS 151.1) ou de la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 (LREC - A 2 40).

21. Le 29 mai 2008, l'université a fait parvenir au tribunal de céans ses observations au recours. Elle conclut à son irrecevabilité soit, subsidiairement, à son rejet.

Non seulement, le recours de Mme N_____, envoyé par courriel, ne remplissait pas les exigences de forme de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) mais encore, l'intéressée n'avait plus d'intérêt actuel à faire constater une éventuelle violation de la règle de préférence étant donné que les trois titulaires des postes litigieux avaient été nommés. Actuellement, deux d'entre eux étaient sur le point d'être renouvelés, le troisième ayant été nommé professeur adjoint suppléant.

Quand bien même, la recourante ne disposant pas du diplôme fédéral suisse de pharmacien ni titre jugé équivalent, elle ne remplissait pas les conditions formelles requises pour les postes mis au concours.

22. Le 15 janvier 2009, une ultime audience de comparution personnelle et d'enquêtes a été convoquée.

a. M. P_____, pharmacien, chef du service de pharmacie du CHUV et enseignant à l'école de pharmacie Genève-Lausanne de la faculté, non délié de son secret médical, a déclaré avoir rencontré Mme N_____ dans le cadre de sa formation post-graduée. A cette occasion, s'était posée la question du titre permettant d'accéder à cette formation, Mme N_____ n'ayant pas de titre suisse ni d'équivalence délivrée par l'office fédéral de la santé publique (ci-après : OFSP). Finalement, l'université de Lausanne lui avait accordé une équivalence de titre laquelle n'avait de portée que par rapport à la formation qui devait être suivie. En ce qui concernait l'équivalence des diplômes, c'était l'OFSP qui était compétent pour délivrer une équivalence concernant le diplôme fédéral de pharmacien. En cas d'obtention, son bénéficiaire devait encore obtenir une autorisation cantonale de pratique s'il voulait pouvoir pratiquer de manière indépendante.

b. La mandataire de Mme N_____ a maintenu sa demande d'audition de témoins, y compris celle de M. P_____, une fois délié du secret de fonction.

A l'issue de l'audience, un délai au 20 février 2009 a été octroyé à la recourante pour déposer ses observations après enquêtes.

23. Mme N_____ a déposé ces dernières dans le délai imparti.

En acceptant sa candidature au programme DES en pharmacie hospitalière, l'université de Lausanne l'avait reconnue titulaire d'un diplôme étranger équivalent à celui fédéral de pharmacien. Cette équivalence avait été reconnue sur la base de sa maîtrise bordelaise, laquelle valait, à teneur de l'art. 2 de l'accord-cadre franco-suisse conclu entre la Conférence des présidents d'université et la Conférence des recteurs des universités suisses sur la reconnaissance des diplômes et la validation des acquis du 10 septembre 2008, "au moins une maîtrise suisse". Ainsi, en tous les cas matériellement, force était d'admettre que ces titres étaient équivalents.

24. Le 2 mars 2009, l'université s'est déterminée sur ces écritures.

L'OFSP était seul compétent pour délivrer une équivalence concernant le diplôme fédéral de pharmacien et ce selon une procédure bien précise. Cette dernière avait pour but d'assurer, sur l'ensemble du territoire suisse, la qualité des formations universitaires et postgrades du personnel médical. Dès lors, cette compétence ne pouvait absolument pas être déléguée aux universités. Ces dernières étaient en revanche libres de reconnaître l'équivalence d'un diplôme fédéral pour accéder à des formations.

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

EN DROIT

1. Le 17 mars 2009, est entrée en vigueur la nouvelle loi sur l'université (LU - C 1 30) qui a abrogé la loi sur l'université du 26 mai 1973 (aLU) ainsi que le règlement sur l'université du 7 septembre 1988 (aRaLU - C 1 30.06). Les faits de la cause étant antérieurs à ces dates-ci, le recours doit être examiné au vu des dispositions légales qui prévalaient alors.

2. a. Le Tribunal administratif est l'autorité supérieure de recours en matière administrative (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05). Il examine d'office et librement sa compétence (ATA/10/2009 du 13 janvier 2009 ; ATA/124/2009 du 8 mars 2005).

b. A teneur de l'art. 56B al. 4 litt. a LOJ, les recours contre les décisions concernant le statut et les rapports de service des membres des établissements de

droit public ne sont recevables que dans la mesure où une disposition légale, réglementaire ou statutaire spéciale le prévoit.

Ni l'aLU ni l'aRaLU ne prévoient expressément une voie de recours au Tribunal administratif en cas de refus d'entrer en matière ou rejet de la plainte telle que prévue aux art. 43 al. 6 aLU et 62A ss aRaLU. Le tribunal de céans a toutefois admis sa compétence dans une affaire similaire à la présente espèce, en considérant que la voie de la plainte ouverte par l'aLU et son règlement d'application tombait dans le champ d'application de la LEg (art. 2 et 3 LEg), ouvrant en tout état un recours au Tribunal administratif, si aucune autre instance de recours indépendante cantonale ne peut être saisie (art. 56B al. 4 litt. a in fine LOJ ; ATA/737/2004 précité confirmé par Arrêt du Tribunal fédéral 2P.277/2004 du 19 janvier 2006).

3. a. Le recours adressé à une autorité incompétente est transmis d'office à la juridiction administrative compétente et le recourant en est averti. L'acte est réputé déposé à la date à laquelle il a été adressé à la première autorité (art. 64 al. 2 LPA).

b. En procédure genevoise, un recours adressé par fax ou par voie électronique est irrecevable, faute de signature manuscrite du recourant ou de son représentant (art. 65 al. 1 LPA ; ACOM/51/2006 du 27 juin 2006 ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 385).

C'est ainsi à bon droit que le Conseil d'Etat a, par arrêté du 21 février 2007, déclaré le recours de Mme N_____ irrecevable et transmis le dossier au Tribunal administratif pour raison de compétence. La question de savoir si ce dernier a été interjeté dans les délais et formes souffre de rester ouverte, compte tenu du malheureux concours de circonstances, non imputable à la recourante, qui ne permet pas de déterminer avec précision la date à laquelle celle-ci a reçu la décision attaquée, ni de remettre la main sur son recours adressé par courrier le 31 mars 2006. Reste néanmoins encore à examiner si l'intéressée a toujours un intérêt actuel et direct au recours dès lors que les postes auxquels elle avait postulé sont tous repourvus et qu'elle a elle-même trouvé du travail.

4. a. Selon la jurisprudence, la qualité pour recourir contre une décision est subordonnée à l'existence d'un intérêt actuel (ATF 128 II 34 consid. 1b p. 36, 156 consid. 1c p. 159 ; 123 II 285 consid. 4 p. 286 ss ; 118 Ia 46 consid. 3c p. 53 ; 111 Ib 58 consid. 2 p. 52 et les références citées ; ATA/875/2004 du 9 novembre 2004, publié à la SJ 2005 I 349 ss). Il est toutefois renoncé à faire d'un tel intérêt une condition de recevabilité du recours lorsque cette exigence ferait obstacle au contrôle de la constitutionnalité d'un acte qui peut se reproduire en tout temps et qui échapperait toujours à la censure (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.277/2004 du 19 janvier 2006, consid. 1.3 ; 1P.70/2001 du 7 août 2001, consid. 2).

b. Ainsi, le Tribunal fédéral a considéré que si certes, un recourant n'a plus d'intérêt actuel à faire constater une discrimination à raison du sexe parce que la titulaire du poste en cause avait été nommée de façon définitive, le risque subsistait en revanche que la question de la qualité pour se plaindre d'une éventuelle violation de la règle de préférence se pose dans les mêmes circonstances sans que les autorités de recours successives puissent se prononcer avant que, comme en l'espèce, un autre candidat ne soit nommé définitivement et que dite question ne perde son actualité. Il a par conséquent admis la qualité pour recourir de l'intéressé (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.277/2004 précité).

Dans ces circonstances, la qualité pour agir de la recourante doit être admise. Le recours est ainsi recevable sur ce point.

5. La recourante sollicite l'audition de deux témoins et la production, par l'intimée, de tous renseignements et documents utiles concernant l'ensemble des candidats aux postes mis en cause.

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge ou l'autorité de renoncer à l'administration de certaines d'entre elles et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne pourraient l'amener à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.200/2003 du 7 octobre 2003, consid. 3.1 ; 2P.77/2003 précité consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/172/2004 précité ; ATA/39/2004 du 13 janvier 2004 consid. 2).

En l'espèce, il sera renoncé aux mesures d'instruction demandées celles-ci n'étant pas de nature à modifier l'issue du litige, les faits pertinents pour trancher ce dernier étant suffisamment établis par les pièces produites et l'audition du témoin P_____.

6. 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 aLU).
- b. La procédure de nomination est régie par les art. 40 ss aLU. Les chargés de cours sont nommés sur propositions d'une commission désignée par le collège des professeurs ordinaires de la faculté (...). La proposition de nomination est présentée au Conseil d'Etat par le rectorat (art. 47F aLU).

c. En 1991, le législateur genevois a introduit l'art. 26A aLU. 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 dans un délai de 30 jours (art. 62B aRaLU). 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 aLU). 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'art. 43 aLU (art. 62D al. 4 aRaLU). Si la commission conclut au rejet de la plainte, la procédure de nomination devant le Conseil d'Etat se poursuit conformément aux art. 45 ss aLU (art. 62D al. 3 aRaLU).

En l'espèce, la recourante a adressé une plainte au rectorat, par courriel du 18 juillet 2005. Ce dernier, qui n'en a eu connaissance qu'en janvier 2006, a informé l'intéressée, par décision du 7 février 2006, que, d'une part, sa plainte était irrecevable, faute de signature originale et, d'autre part, qu'elle n'avait pas qualité pour agir, ne remplissant pas les conditions formelles relatives au poste pour lequel elle s'était portée candidate. Il s'agira donc en premier lieu pour le tribunal de céans d'examiner le bien-fondé du refus d'entrer en matière sur cette plainte.

7. a. En procédure genevoise, l'acte de recours doit contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant (art. 65 al. 1 LPA). La signature olographe originale est une condition nécessaire que doit respecter tout acte de recours (ATA/451/2007 du 4 septembre 2007 ; ACOM/77/2006 du 17 août 2006).
- b. De jurisprudence constante, la langue officielle du canton de Genève est le français et c'est dans cette langue que les parties doivent procéder devant les autorités de recours cantonales. Toutefois, un délai doit être octroyé à la partie concernée pour procéder à la traduction en français et tel est le cas pour les pièces également (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.192/2003 du 11 juillet 2003).
- c. Enfin, la prohibition du formalisme excessif commande à l'autorité d'éviter de sanctionner par l'irrecevabilité les vices de procédure aisément reconnaissables auxquels il pourrait être remédié à temps, car signalés utilement au plaideur (ATA/451/2007 et ACOM/77/2006 précités).

En l'espèce, Mme N_____ a adressé une plainte en anglais, par courrier électronique du 18 juillet 2005 au rectorat contre les décisions du doyen de la faculté du 30 juin 2005. Ce document, arrivé sur la boîte de réception de la secrétaire du Recteur, avec la mention "spam" n'a, dans un premier temps, pas été

ouvert pour être finalement enfin traité, courant janvier 2006. Ne remplissant pas les exigences de forme susmentionnées, une telle plainte aurait en principe dû être déclarée irrecevable. Toutefois, interjetée plus de 15 jours avant l'échéance du délai pour ce faire, la question de sa recevabilité souffre de rester ouverte dès lors que, si les vices de procédure avaient été signalés utilement à la recourante, celle-ci aurait pu y remédier à temps. Reste cependant à examiner si le deuxième motif invoqué par le doyen, à savoir l'absence de qualité pour agir de la recourante, faute de remplir les conditions formelles relatives au poste pour lequel elle s'était portée candidate, est fondé.

8. a. A teneur de l'art. 26A aLU, 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.
- b. En cas de violation de cette règle, le candidat qui s'estime lésé par celle-ci peut adresser une plainte au rectorat dans un délai de 30 jours (art. 62B aRaLU).
- 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 (ATA/737/2004 précité).

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 K_____ (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).

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 Cst., la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (Cst-GE - A 2 00) et dans les

lois, resterait à nouveau lettre morte comme par le passé. Il faut donc considérer que les art. 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 (ATA/737/2004 précité).

En l'espèce, le recteur a déclaré le recours de Mme N_____ irrecevable considérant que cette dernière n'avait pas qualité pour agir, ne remplissant pas les conditions formelles relatives au poste pour lequel elle s'était portée candidate. Il s'agit là en réalité d'une question de fond qui aurait dû amener l'université à rejeter le recours et non pas à le déclarer irrecevable. Cela étant, par économie de procédure, les parties s'étant pour le surplus largement prononcée sur la question devant le tribunal de céans, il n'y a pas lieu de renvoyer la cause à l'autorité inférieure afin qu'elle se prononce sur le fond, le tribunal de céans disposant, dans le cadre de cet examen du même pouvoir que l'université.

9. Il ressort des pièces versées à la procédure que pour l'ensemble des postes mis en concours, le diplôme fédéral de pharmacien ou un titre jugé équivalent était exigé.

a. A teneur de l'art. 1er de la loi fédérale concernant l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de vétérinaire dans la Confédération suisse du 19 décembre 1877 (LEPM - RS 811.11) applicable à la présente espèce, un diplôme fédéral est délivré pour chacune des professions médicales suivantes : (...) pharmacien (let. c).

b. Une autorité spéciale (Comité directeur), nommée par le Conseil fédéral (art. 3 LEPM) reconnaît les diplômes étrangers dont l'équivalence est prévue dans un traité avec l'Etat concerné réglant la reconnaissance mutuelle des diplômes (art. 2 al. 1 LEPM). Depuis l'entrée en vigueur des accords bilatéraux en juin 2002 (libre circulation des personnes), c'est la Medizinalberufekommission MEBEKO de l'OFSP qui assume la reconnaissance des diplômes et titres postgrades des pharmaciens étrangers. Cette reconnaissance, sur requête signée du titulaire d'un titre étranger, se fait selon une procédure précise laquelle, en cas d'acceptation, se termine par la délivrance d'une attestation de reconnaissance (<http://www.bag.admin.ch/themen/berufe/00406/index.html?lang=fr> consulté le 16 juillet 2009).

En l'espèce, faute d'avoir fourni une telle attestation à l'appui de sa candidature, c'est à bon droit que la commission chargée d'examiner les dossiers en présence, soit après elle le recteur, ont considéré que la recourante ne remplissait pas l'une des conditions requises pour les postes auxquels elle avait postulé.

L'OFSP étant seul compétent pour délivrer une équivalence concernant le diplôme fédéral de pharmacien, la reconnaissance de l'équivalence des titres faite par l'université de Lausanne ne lui était ainsi d'aucune utilité dans le cadre de l'examen de son dossier.

10. Partant, le recours sera rejeté. Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu de renvoyer la cause au rectorat pour nouveau préavis, ni d'examiner plus avant ses conclusions au versement d'une indemnité de CHF 30'000.- avec intérêts à 5% depuis le 30 juin 2005.

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 ni alloué d'indemnité.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

rejette en tant qu'il est recevable le recours interjeté le 26 février 2007 par Madame N_____ contre la décision du doyen de l'université de Genève du 30 juin 2005 ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ni alloué d'indemnité ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqua le présent arrêt à Me Antoine Boesch, avocat de la recourante ainsi qu'à l'université de Genève.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mmes Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj.:

M. Tonossi

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :