

BGer 8C 719/2021 vom 4. Oktober 2022

Bundesgericht, 2022-10-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_719_2021

FR: TF 8C 719/2021 du 4 octobre 2022

IT: TF 8C 719/2021 del 4 ottobre 2022

Regeste

Egalité de traitement, égalité des sexes | Droit fondamental

Erwägungen

E. 1.1

Le litige porte sur une demande d'indemnité pour discrimination lors d'un refus d'embauche auprès de la Direction des institutions de l'agriculture et des forêts du canton de Fribourg, ainsi que sur une demande d'indemnité de partie pour les frais engagés à cet égard. Même si la recourante n'est pas employée par cette collectivité publique, il y a lieu de considérer qu'il s'agit d'une contestation en matière de rapports de travail de droit public au sens de l' art. 85 al. 1 let. b LTF (arrêt 8C_463/2019 du 10 juin 2020 consid. 1), dans la mesure où l' art. 13 al. 2 LEg prévoit qu'une discrimination au stade de la création de ces rapports peut déjà justifier une indemnisation (arrêt 1C_37/2007 du 10 juillet 2007 consid. 2, non publié in ATF 133 II 257). Le motif d'exclusion de l' art. 83 let. g LTF n'entre pas en considération, s'agissant d'une contestation pécuniaire. Pour que le recours soit recevable, il faut encore que la valeur litigieuse minimale de 15'000 fr. soit atteinte (art. 85 al. 1 let. b LTF). En effet, la contestation ne soulève à l'évidence pas une question juridique de principe (cf. art. 85 al. 2 LTF). En l'occurrence, la valeur litigieuse, déterminée par les conclusions demeurées litigieuses devant l'autorité précédente (art. 51 al. 1 let. a LTF) - qui tendaient exclusivement au versement d'une indemnité de 13'890 fr. 20, étant rappelé que ni les intérêts, ni les dépens qui sont réclamés comme droits accessoires n'entrent en ligne de compte dans la détermination de la valeur litigieuse (art. 51 al. 3 LTF) - n'atteint pas le seuil de 15'000 fr., de sorte que le recours en matière de droit public est irrecevable.

E. 1.2

Le jugement entrepris peut en revanche être entrepris par la voie du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF), que la recourante a également déposé conformément à l' art. 119 al. 1 LTF . Le recours constitutionnel subsidiaire ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF). En vertu de l' art. 106 al. 2 LTF , applicable par renvoi de l' art. 117 LTF , les griefs y relatifs doivent être invoqués et motivés de façon détaillée en précisant en quoi consiste la violation, sous peine d'irrecevabilité (ATF 147 I 73 consid. 2.1, IV 73 consid. 4.1.2; 146 IV 114 consid. 2.1). Par ailleurs, le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 118 al. 1 LTF). Il ne peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente que si les faits ont été établis en violation de droits constitutionnels (art. 118 al. 2 LTF en relation avec l' art. 116 LTF), soit en particulier s'ils ont été établis de manière arbitraire, ce qui correspond à la notion de "manifestement inexacte" figurant à l' art. 105 al. 2 LTF (ATF 140 III 115 consid. 2; 135 III 397 consid. 1.5). La critique de l'état de fait retenu est soumise au principe strict de l'allégation énoncé par l' art. 106 al. 2 LTF (ATF 140 III 264 consid. 2.3 et les références).

Selon la jurisprudence, il y a arbitraire dans l'appréciation des preuves et l'établissement des faits lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 143 IV 500 consid. 1.1; 140 III 264 consid. 2.3 précité).

E. 1.3

Il convient encore de noter que l'arrêt entrepris, qui fait neuf pages, est rédigé en "attendu que", ce qui entrave sa lecture et est donc contre-indiqué. Il sera toutefois renoncé à un renvoi au sens de l' art. 112 al. 3 LTF , dès lors que l'arrêt reste compréhensible (cf. arrêt 8C_162/2022 du 9 août 2022 consid. 1.3 et l'arrêt cité).

E. 2.1

La loi sur l'égalité, qui a pour but de promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes (art. 1 LEg), interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment à l'embauche (art. 3 al. 1 et 2 LEg). Selon les art. 5 al. 2 et 4 LEg , lorsque la discrimination porte sur un refus d'embauche, la personne lésée ne peut prétendre qu'au versement par l'employeur d'une indemnité n'excédant pas le montant correspondant à trois mois de salaire. Une telle indemnité peut également être exigée en matière de rapports de travail de droit public; les personnes dont la candidature n'a pas été retenue peuvent ainsi faire valoir leur droit en recourant directement contre la décision de refus d'embauche (art. 13 al. 2 LEg).

E. 2.2

L' art. 6 LEg est une règle spéciale par rapport au principe général de l' art. 8 CC , lequel prescrit à celui qui allègue un fait pour en déduire un droit d'en apporter la preuve. L' art. 6 LEg instaure un assouplissement du fardeau de la preuve d'une discrimination à raison du sexe, en ce sens qu'il suffit à la partie demanderesse de rendre vraisemblable l'existence d'une telle discrimination par l'apport d'indices objectifs pour engendrer un renversement du fardeau de la preuve. Autrement dit, si la vraisemblance de la discrimination est démontrée, il appartient à l'employeur d'apporter la preuve stricte qu'elle n'existe pas (ATF 131 II 393 consid. 7.1; 130 III 145 consid. 4.2 et 5.2 et les références). A teneur de l'art. 6, deuxième phrase, LEg, l'allègement du fardeau de la preuve s'applique à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnels, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail. Selon la jurisprudence, il ressort de cette dernière disposition que l'allègement du fardeau de la preuve ne s'applique pas à l'embauche (arrêt 2A.329/2002 du 14 janvier 2003, consid. 3 avec les références de doctrine). La personne qui allègue une discrimination à l'embauche doit donc établir qu'elle n'a pas été engagée en raison d'un motif discriminatoire. En application de l' art. 8 CC , elle doit prouver l'existence de ce motif et son caractère causal dans la décision du refus d'embauche. Cette preuve est toutefois excessivement difficile à rapporter.

E. 2.3

Dans le domaine du congé abusif, le Tribunal fédéral a tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a donné le congé. Le juge peut ainsi présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas

pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de preuve par indices. Par ailleurs, en raison de son caractère sournois, il est difficile d'apporter une preuve stricte du harcèlement psychologique, de sorte que la jurisprudence admet un allègement du fardeau de la preuve en ce sens que celle-ci peut être apportée sur la base d'un simple faisceau d'indices convergents (arrêt 4A_245/2009 du 6 avril 2010, consid. 4.2). Quant au harcèlement sexuel, il est également très difficile d'apporter la preuve absolue de ce type d'atteinte à la personnalité, de sorte que la jurisprudence se contente le plus souvent d'indices convergents (vraisemblance prépondérante) (voir JEAN-PHILIPPE DUNAND, L'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité [LEg], in: L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail 1996-2016: 20 ans d'application de laLEg, Dunand/Lempach/Mahon [éd.], p. 50 ss). Les considérations qui sont à la base de cette jurisprudence, en particulier dans le domaine du harcèlement sexuel, peuvent également être appliquées en matière de discrimination à l'embauche, vu l'évidente analogie entre ces deux types d'atteintes à la personnalité. Le harcèlement sexuel a du reste été exclu au même titre que la discrimination à l'embauche de la liste des motifs discriminatoires pour lesquels la loi prévoit un allègement du fardeau de la preuve (cf. art. 6 LEg).

E. 2.4

Ainsi, au vu de la difficulté - voire de l'impossibilité dans la plupart des cas - d'apporter une preuve stricte d'une discrimination à l'embauche, il faut admettre que le juge puisse se satisfaire d'une preuve fondée sur une vraisemblance prépondérante (arrêt 8C_821/2016 du 26 janvier 2018 consid. 3.3). Le contenu de l'offre d'emploi, la motivation écrite du refus d'embauche, un comportement contradictoire de l'employeur peuvent constituer autant d'indices pertinents (voir JEAN-PHILIPPE DUNAND, op., cit., p. 52).

E. 3

La cour cantonale est arrivée à la conclusion que la recourante n'avait pas fait l'objet d'une discrimination à l'embauche en raison de son genre mais qu'elle avait été écartée en raison de son profil, sa participation dès 2015 au groupe de travail chargé de la révision de l'ordonnance sur la chasse ayant été très mal perçue, notamment par le corps des gardes-faune. Selon la cour cantonale, l'attitude de l'intimée dans le traitement du dossier de la recourante était critiquable. En effet, elle n'avait nullement motivé sa décision de non-engagement, se contentant d'indiquer que son choix s'était porté sur des candidatures dont les compétences correspondaient davantage aux exigences du poste. Selon les juges cantonaux, une telle motivation ne permettait pas à la recourante de comprendre la décision et avait renforcé, de manière compréhensible, ses doutes quant à la raison véritable du refus d'embauche. Ils ont rappelé que lors de sa première postulation en 2011 en réponse à une offre d'emploi rédigée au masculin, la recourante avait dû endurer des commentaires sexistes de deux gardes-faunes ainsi qu'une remarque maladroite d'un chef de service. Par la suite, elle s'était vu refuser à plusieurs reprises le poste malgré des qualités indéniables. Dans le cadre de l'échange d'écritures, l'intimée ne s'était pas montrée beaucoup plus explicite, se contentant de manière vague de soutenir que les relations entre la recourante et l'intimée ne pouvaient pas être qualifiées de bonnes. Elle s'était même permis de formuler des attaques personnelles, critiquant les compétences relationnelles de la recourante alors que celles-ci n'avaient jamais été remises en question auparavant, bien au contraire. Sur la base de ces constatations, la cour cantonale a conclu que le devoir de motiver au sens de l'art. 27 al. 2 LPers /FR avait clairement été violé par l'intimée. Toutefois, cette violation

pouvait être considérée comme réparée dès lors que la recourante avait obtenu une motivation complète dans le cadre de la procédure de recours cantonale; elle avait ainsi pu comprendre, au travers des différents échanges d'écritures et d'une séance par-devant le juge délégué, les raisons pour lesquelles elle n'avait pas été engagée.

E. 4.1

La recourante invoque une violation de l' art. 9 Cst. Elle soutient que la motivation de l'arrêt attaqué violerait le principe de l'interdiction de l'arbitraire pour plusieurs motifs. La recourante fait valoir que bien que la juridiction cantonale ait constaté un certain nombre d'irrégularités dans la procédure d'embauche, elle n'aurait pas tenu compte, sans aucune raison, d'éléments propres à modifier sa décision, se contentant de valider, en le considérant comme définitif et décisif, un motif de non-engagement - à savoir le rôle de la recourante dans le groupe de travail chargé de la révision de l'ordonnance sur la chasse entre 2015 et 2016 - ne ressortant pas du dossier mais apparu pour la première fois lors de l'audience du 19 mai 2021. Par ailleurs, la cour cantonale aurait totalement ignoré les arguments de la Commission cantonale de conciliation en matière d'égalité entre les sexes dans les rapports de travail (CCMES) rendant la discrimination à l'embauche plus que vraisemblable. En outre, la recourante fait valoir que le 14 juin 2021, la cour cantonale l'a rendue attentive au fait qu'au vu du résultat des enquêtes et considérant qu'elle avait ainsi obtenu une réponse à ses interrogations sur les motifs de son non-engagement, elle pouvait, le cas échéant, retirer sans frais son recours, dont les chances de succès paraissaient, selon le juge délégué, bien minces. Dès lors que la procédure en cause, fondée sur la LEg, était gratuite (art. 134a al. 2 CPJA), l'invitation de la cour cantonale à retirer son recours démontrerait, selon la recourante, que la cause aurait déjà été préjugée à ce moment-là.

E. 4.2.1

Comme le fait valoir avec raison la recourante, la cour cantonale s'est avant tout focalisée sur la participation de la recourante, entre 2015 et 2016, au groupe de travail chargé des travaux de révision de l'ordonnance sur la chasse, en se fondant de surcroît uniquement sur certaines déclarations de témoins entendus lors de l'audience du 19 mai 2021. C'est ainsi que la cour cantonale a relaté que selon J. _____, c'était la participation de la recourante au groupe de travail précité qui était le motif principal de son non-engagement, et non le fait qu'elle était une femme. Cette affirmation, faite pour la première fois en cours d'audience, n'apparaît pas convaincante au regard du fait que ce témoin a indiqué que toutes les personnes ayant participé au groupe de travail en question avaient été critiquées, et pas seulement la recourante. Elle ne pouvait dès lors emporter sans autre la conviction des juges, d'autant moins que lors de cette même audience, le témoin J. _____ avait également déclaré que le poste de garde-faune était un emploi à 100 % et que les horaires étaient très irréguliers, précisant que les conditions-cadres n'étaient pas optimales pour les femmes ou pour la vie de famille en général. Cette affirmation, qui repose sur une conception traditionnelle des rôles féminin et masculin, est de nature sexiste. Au demeurant, un refus d'embauche est présumé discriminatoire lorsqu'il est motivé par la situation familiale - concrète ou présumée - de la personne candidate (KARIN LEMPEN, in Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, 2011, p. 47).

E. 4.2.2

Les juges cantonaux ont encore cité certaines déclarations du témoin F. _____ qui a affirmé qu'après 2015, il y avait eu le travail dans la commission de révision. La

collaboration avec la recourante était bonne mais le contexte était particulier, dès lors que la recourante, L._____ et lui-même - qui travaillaient étroitement ensemble - n'avaient pas une bonne réputation chez les gardes-faune qui les accusaient d'avoir penché en faveur des chasseurs, ces derniers ayant quant à eux fait le même reproche à l'égard des gardes-faune. Ce témoin a considéré que la recourante avait ainsi une "histoire", indépendamment de son sexe. La cour cantonale a repris à son compte ces déclarations partielles sans les confronter aux autres déclarations de ce témoin. Or à la question du mandataire de la recourante se demandant, tout comme le juge délégué, pourquoi soudain, dans le cadre de l'audience, c'était la personnalité de la recourante qui était remise en cause alors que tout au long de la procédure, le motif officiel de non-engagement fourni avait toujours été que les autres candidats étaient meilleurs, F._____ a répondu qu'il y avait toujours eu quelqu'un de meilleur. Plus loin, lorsque le juge délégué lui a fait remarquer que la recourante possédait un excellent profil tandis que le garde-faune de sexe masculin (M._____) qui avait été engagé à sa place n'avait pas d'aussi bonnes compétences, il a répondu qu'il ne fallait pas toujours prendre la meilleure personne mais la bonne personne. Lorsqu'il lui a été demandé pourquoi le garde-faune N._____ avait été accepté dans le service après avoir fait partie de la G._____ alors que cela ne pouvait pas être le cas pour la recourante, F._____ a dit que N._____ n'avait jamais été dans un rôle exposé. Quant à la question de savoir pourquoi la recourante ne pourrait pas s'intégrer dans le service alors qu'elle avait de nombreuses et fructueuses collaborations avec ce dernier, F._____ a répondu que la collaboration démontrait une approche professionnelle alors que l'intégration dans le corps des gardes-faune était "une autre paire de manches".

E. 4.2.3

Il résulte de ces déclarations que la participation de la recourante au groupe de travail précité ne saurait être considérée comme une raison objective de son non-engagement. Outre le fait que le groupe de travail avait cessé ses activités trois ans avant la postulation litigieuse de la recourante, il appert que la collaboration de celle-ci au sein du groupe de travail semblait plutôt un atout sur le plan professionnel. Indépendamment de son profil, c'est bel et bien l'intégration d'une femme dans le corps des gardes-faune composé exclusivement d'hommes qui semblait poser un problème. Cela est du reste corroboré par les déclarations de L._____, également interrogé par la cour cantonale, lequel a déclaré - outre qu'il était convaincu que la participation de la recourante au groupe de travail avait pu influencer négativement son acceptation par les gardes-faune - qu'il n'y avait pas de possibilité qu'une femme devienne garde-faune. Là encore, la remarque est explicite et penche sans équivoque dans le sens d'une discrimination à raison du sexe. En ne tenant pas compte de ces éléments propres à modifier sa décision et en se fondant sur les seules déclarations de témoins concernant la participation de la recourante au groupe de travail sur la révision de l'ordonnance, la cour cantonale a établi les faits et apprécié les preuves de manière arbitraire.

E. 4.3

Quoi qu'en disent les juges cantonaux, le fait que la DIAF avait retenu la postulation d'une femme en 2019 ne suffit pas pour nier l'existence d'une discrimination à raison du sexe à l'égard de la recourante. D'une part, lorsque la recourante avait demandé des éclaircissements sur la renonciation de I._____ au poste de garde-faune, aucune explication ne lui avait été fournie par l'autorité d'engagement. Ce n'est qu'en audience du 19 mai 2021 que J._____ avait indiqué qu'il lui semblait que I._____ avait discuté

avec un garde-faune originaire du canton de V._____, lequel lui avait expliqué les conditions-cadres, les contraintes et elle avait pris peur. Quant à la DIAF, elle avait mentionné dans sa détermination du 27 novembre 2020 que I._____ avait fait savoir au C._____, alors même que son contrat était déjà rédigé, qu'elle ne pouvait pas accepter le poste en raison d'un événement personnel survenu deux jours auparavant. Une autre explication avait encore été donnée par L._____ le 19 mai 2021, à savoir que I._____ n'avait pas de permis de conduire, de sorte qu'il se demandait pourquoi elle avait été sélectionnée. Au vu de ce qui précède, un choix alibi ne pouvait pas être exclu, ce qu'il eût incombé à la cour cantonale d'instruire, au besoin en demandant à l'intimée de s'expliquer ou en faisant droit à la requête de la recourante d'inviter l'intimée à produire l'importante pièce du document final de sélection du recrutement faisant l'objet de la présente procédure, requête que la recourante avait au demeurant réitérée dans ses déterminations du 25 février 2021, en vain.

E. 4.4

La recourante avait également produit en cours de procédure un rapport d'expertise de la CCMES du 19 octobre 2020, dans lequel celle-ci avait constaté un certain nombre d'indices (cf. consid. 2 supra) allant dans le sens d'une discrimination à l'embauche de la recourante, à savoir qu'aucune femme n'avait jamais été engagée comme garde-faune dans le canton de Fribourg, que la recourante avait été évincée à cinq reprises au bénéfice d'une candidature masculine bien qu'elle bénéficiât d'un excellent dossier et de recommandations des milieux concernés, qu'elle n'avait pas pu obtenir de motivation quant au refus d'embauche, que la procédure de recrutement avait été menée exclusivement par des hommes, que l'organigramme du Service dans lequel avait postulé la recourante montrait que seuls des hommes exerçaient des fonctions-cadres, que la base légale régissant le domaine des gardes-faune ne s'adressait qu'aux hommes et que le métier de garde-faune était typiquement masculin, ce qui augmentait le risque de discrimination à raison du genre. La cour cantonale n'a pas du tout discuté l'avis des experts de la CCMES, dont le rapport constitue incontestablement un moyen de preuve pertinent dans un litige portant sur la question d'une discrimination à l'embauche. En en faisant abstraction sans autre explication, la cour cantonale a procédé à un établissement des faits qui peut être qualifié d'arbitraire au sens de la jurisprudence susmentionnée (cf. consid. 1.2 supra).

E. 4.5

La cause doit ainsi être renvoyée à la Ie Cour administrative du Tribunal cantonal pour qu'elle établisse les faits et apprécie les preuves dans le respect de l'art. 9 Cst. Vu l'issue du litige, point n'est besoin d'examiner le grief de la recourante relatif au courrier du 14 juin 2021 par lequel la cour cantonale l'a rendue attentive au fait que les chances de succès de son recours paraissaient bien minces et qu'elle pouvait retirer celui-ci sans frais (cf. consid. 4.1 supra). On relèvera toutefois que ce courrier était effectivement de nature à interpeller la recourante, dans la mesure où la procédure de recours devant le Tribunal cantonal est gratuite dans les cas soumis à la législation sur l'égalité entre femmes et hommes (art. 13 al. 5 LEg ; art. 134a al. 2 CPJA/FR).

E. 5.1

Il résulte de ce qui précède que le recours constitutionnel subsidiaire doit être partiellement admis en ce sens que l'arrêt attaqué doit être annulé et la cause renvoyée à l'autorité précédente pour instruction complémentaire (cf. consid. 4.5 supra) et nouvelle décision.

E. 5.2

En ce qui concerne la répartition des frais judiciaires et des dépens, le renvoi de la cause pour nouvel examen et décision revient à obtenir gain de cause au sens des art. 66 al. 1 et 68 al. 1 et 2 LTF, indépendamment du fait qu'une conclusion ait ou non été formulée à cet égard, à titre principal ou subsidiaire (ATF 141 V 281 consid. 11.1; 137 V 210 consid. 7.1). L'intimée, qui succombe, supportera les frais de la procédure (art. 66 al. 1 LTF) et versera à la recourante une indemnité à titre de dépens (art. 68 al. 1 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.