

BGer 8C 821/2016 vom 26. Januar 2018

Bundesgericht, 2018-01-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_821_2016

FR: TF 8C 821/2016 du 26 janvier 2018

IT: TF 8C 821/2016 del 26 gennaio 2018

Regeste

Egalité de traitement, égalité des sexes | Droit fondamental

Erwägungen

E. 1

La demande d'écarter les observations déposées par la recourante en date du 13 juin 2017, sur les écritures du BFEG et de l'autorité précédente, doit être rejetée. En effet, d'une part, la recourante avait déposé le 1er juin 2017 une demande de prolongation du délai imparti aux parties par ordonnance du président de la Ire Cour de droit social du Tribunal fédéral du 29 mai 2017 et la réponse de la Chancellerie du 2 juin suivant allait dans le sens d'une tolérance du dépassement dudit délai. D'autre part, comme cela découle de la communication du Tribunal fédéral "échange d'écritures et observations volontaires" (disponible sous www.bger.ch, rubrique jurisprudence) rappelée dans l'ordonnance précitée, une entrée spontanée peut intervenir en tout temps.

E. 2.1

Le jugement entrepris a été rendu en matière de rapports de travail de droit public au sens de l'art. 83 let. g LTF. La contestation est de nature pécuniaire et la valeur litigieuse dépasse largement le seuil de 15'000 fr. ouvrant la voie du recours en matière de droit public en ce domaine (art. 85 al. 1 let. b LTF).

E. 2.2

L'Université de Genève, en sa qualité d'établissement de droit public doté de la personnalité morale (cf. art. 1 de la loi sur l'Université de Genève [LU; RSG C 1 30] du 13 juin 2008) condamné à payer une indemnité correspondant à trois mois de salaire, est touchée de façon analogue à un employeur privé, de sorte qu'elle dispose incontestablement de la qualité pour agir au regard de l'art. 89 al. 1 LTF (voir ATF 140 V 328 consid. 6.3 p. 333; 134 I 204 consid. 2.3 p. 207 i.f).

E. 2.3

Pour le surplus, interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) contre une décision finale (art. 90 LTF) prise en dernière instance cantonale (art. 86 al. 1 let. d LTF), le recours en matière de droit public est recevable.

E. 3.1

Répondant au mandat constitutionnel de l'art. 8 al. 3 Cst., la loi fédérale sur l'égalité (RS 151.1) a pour but de promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes (art. 1^{er} LEg), en particulier dans les rapports de travail régis par le code des obligations et par le droit public fédéral, cantonal ou communal (art. 2 LEg). Elle interdit de discriminer les

travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment à l'embauche (art. 3 al. 1 et 2 LEg). Elle précise que les mesures appropriées visant à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes ne constituent pas une discrimination (art. 3 al. 3 LEg). Ces mesures de promotion, dites aussi "mesures positives" prévues par la LEg peuvent concerner différents aspects de la vie professionnelle. En matière d'accès à l'emploi, une des mesures envisageables est celle des quotas. Le Tribunal fédéral a jugé que des règles de quotas, comme mesure de promotion des femmes, étaient admissibles, pour autant qu'elles reposent sur une base légale suffisante, en principe formelle, et respectent le principe de la proportionnalité. Le Tribunal fédéral distingue les quotas flexibles ou souples, qui donnent la préférence aux femmes à qualifications égales ou équivalentes à celles des hommes, des quotas fixes ou rigides, qui accordent la préférence aux femmes indépendamment de leurs qualifications, en raison du seul critère du sexe. Alors que les quotas flexibles, qui prennent en considération les différences de qualification, sont en principe considérées comme conformes au principe de proportionnalité, l'admissibilité des quotas rigides apparaissent difficilement admissibles (ATF 131 II 361 consid. 5 p. 373 ss et les références citées; voir aussi KARINE LEMPEN, in Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, p. 59 ss).

E. 3.2

Selon l'article 13 de la loi genevoise du 13 juin 2008 sur l'Université (LU/GE; RSGE C 1 30), l'université est l'employeur de son personnel (al. 1). Sauf dérogation prévue par le règlement sur le personnel de l'université, la procédure d'engagement de celui-ci s'ouvre par une inscription publique. Pour les postes renouvelables du corps professoral et du corps des collaboratrices et collaborateurs de l'enseignement et de la recherche, à qualifications équivalentes, la préférence est donnée à la personne qui appartient au sexe sous-représenté (al. 3). En consacrant la "règle de préférence", soit une mesure destinée à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes au sens de l' art. 3 al. 3 LEg selon le système des quotas dits flexibles, l'art. 13 al. 3 LU/GE concrétise de manière admissible l'interdiction de la discrimination à l'embauche selon le droit fédéral.

E. 3.3

Selon l' 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. 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 avantage 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 p. 161 s. et 5.2 p. 164 s. 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). Il n'en reste pas moins que la preuve d'une discrimination à

l'embauche est excessivement difficile à rapporter. Le juge devra donc le plus souvent se satisfaire d'une 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 la LEg, Dunand/Lempach/Mahon [éd.], p. 50).

E. 4.1

La recourante soutient que la cour cantonale a procédé à une application arbitraire de la règle de préférence posée par l'art. 13 al. 3 LU/GE, laquelle suppose que les compétences du candidat du sexe sous-représenté soient équivalentes à celles du ou des candidats du sexe sur-représenté. La recourante fait grief aux juges précédents de s'être contentés de constater que la procédure de nomination en cause a été entachée d'irrégularités sans disposer d'éléments qui permettaient de retenir que la candidature de A. _____ était équivalente à celle des autres candidats.

E. 4.2

En l'espèce, les juges cantonaux ont estimé que la commission de nomination avait commis plusieurs irrégularités, tant dans la procédure ayant conduit à son premier rapport que dans le cadre du nouvel examen auquel elle a procédé suite au rapport de la commission ad hoc. Ils ont retenu que les conclusions de ce dernier rapport confirmaient l'absence de pertinence de celles de la commission de nomination. Car, selon les premières, la candidature de A. _____ devait être considérée comme étant la meilleure du moins au regard des critères de production scientifique, d'enseignement et de rayonnement extérieur. La cour cantonale a estimé que l'absence de crédibilité du travail de la commission de nomination était renforcée par l'avis des membres de la délégation aux questions féminines, qui avaient assisté aux présentations des candidats. Cette délégation avait en effet confirmé que A. _____ et C. _____ étaient considérés comme les deux meilleurs candidats au terme de la première journée des entretiens devant la commission de nomination et que les membres de la commission susmentionnée avaient alors estimé qu'il serait difficile de les départager. En outre, les premiers juges se sont fondés sur le témoignage de F. _____, expert externe, selon laquelle le choix entre les deux candidats prénommés était difficile. Ils ont considéré que des indices convergents et concluants conduisaient à constater l'existence d'une discrimination à raison du sexe - qualifiant ensuite celle-ci de prouvée, sans que l'université parvienne à établir que des motifs objectifs et non discriminatoires fondaient la non nomination de A. _____.

E. 4.3

Les éléments retenus par les juges précédents apparaissent toutefois insuffisants pour parvenir à une telle conclusion, à tout le moins dans une situation où l'intimée ne pouvait bénéficier du mécanisme allégeant le fardeau de la preuve de l'art. 6 LEg .

E. 4.3.1

La commission ad hoc a qualifié d'incomplet l'examen des candidatures par la commission de nomination et elle a indiqué que sa propre analyse plaidait en l'état pour la supériorité du dossier de A. _____ au moins en matière de production scientifique, d'enseignement et de rayonnement à l'extérieur. La commission ad hoc en a conclu que, de ce fait, il n'était pas exclu que la règle de préférence ait été violée. Elle a préconisé que le rectorat renvoie le dossier de nomination en Faculté des sciences, obligeant celle-ci à soumettre les candidatures à un examen complet par la commission de nomination, y compris les experts

externes, qui soit conforme au Règlement sur le personnel de l'université et qui tienne compte de l'ensemble des critères prévus par ce règlement. Elle a estimé que s'il était admissible que le critère relatif à la recherche demande, de par la fonction visée, une pondération particulière, il convenait d'appliquer celle-ci objectivement et sans évincer totalement les autres critères. La commission ad hoc a ajouté qu'eu égard aux exigences du règlement et au souhait du rectorat de promouvoir les carrières féminines, la commission de nomination ne pouvait se dispenser de tenir compte des conséquences des charges familiales sur le dossier des publications d'une candidate. Si le rapport de la commission ad hoc établit effectivement des irrégularités dans la procédure de nomination, il ne constitue pas encore la démonstration d'une discrimination.

E. 4.3.2

La cour cantonale a écarté le rapport complémentaire de la commission de nomination aux motifs que cette dernière n'a pas procédé à un nouvel examen de toutes les candidatures, se limitant à comparer celles de A._____ et C._____, et que ce rapport ne reflète pas une réflexion commune des membres de la commission. La mise en balance des mérites d'une candidature écartée et de celle qui a été choisie apparaissait toutefois suffisante pour juger de l'équivalence des qualifications en présence, au sens de l'art. 13 al. 3 LU/GE, du moment que les qualifications de cette dernière candidature étaient supposées supérieures à celles de toutes les autres. Par ailleurs, le fait que ledit rapport complémentaire a été rédigé par un rapporteur et que son approbation par les membres de la commission est intervenue au moyen de la messagerie électronique n'apparaît pas déterminant pour en conclure qu'il ne reflète pas une réflexion commune de tous les intéressés. Au demeurant, il est surprenant que la cour cantonale ne s'est livrée à aucun examen du contenu de ce rapport.

E. 4.3.3

En ce qui concerne les constatations de la délégation aux questions féminines, le jugement entrepris retient, dans ses considérants en droit, que ses membres "ont confirmé que A._____ et C._____ étaient considérés comme les deux meilleurs candidats au terme de la première journée et que les membres de la commission avaient alors estimé qu'il serait difficile de les départager" (p. 21). Or, dans la relation qu'elle donne, dans ses considérants en fait (p. 13, ch. 29 b), de la déposition de G._____, membre de cette délégation, la cour cantonale mentionne: "Pourtant, à l'issue de la première journée, le rapporteur de la commission avait dit, sans être contredit par les autres membres de la commission, qu'il serait difficile de choisir entre C._____ et A._____". L'avis isolé, ainsi exprimé d'un membre de la commission de nomination, même s'il en est le rapporteur, ne saurait être présenté comme la position de l'ensemble du gremium. Cette conclusion s'impose d'autant plus que cet avis a été exprimé à un stade relativement précoce de la procédure de nomination, alors qu'aucun vote n'était intervenu au sein de la commission.

E. 4.3.4

La déposition de l'experte externe F._____ n'est pas de nature à battre en brèche cette appréciation. Selon les considérants en fait du jugement entrepris, la prénommée "avait été surprise de l'élimination de A._____ et aurait souhaité qu'elle figure parmi les derniers candidats. A._____ aurait dû être à égalité avec C._____ et le choix entre les deux aurait été difficile" (p. 13, ch. 30). Il s'agit donc ici aussi d'un avis isolé dont rien ne peut être déduit pour juger de la crédibilité du travail de la commission de nomination.

E. 4.3.5

Il découle de ce qui précède que, sur la base des éléments recueillis, c'est à tort que les juges précédents ont admis une violation de la règle de préférence prévue par l'art. 13 al. 3 LU/GE. Comme cela a été rappelé plus haut (consid. 3.3), il ne suffit pas qu'une discrimination soit présumée sur la base de la simple vraisemblance. Or, le rapport de la commission ad hoc envisage seulement qu'une violation de la règle de préférence ne pouvait être exclue. Cette hypothèse n'a pas été vérifiée par les éléments considérés par la cour cantonale. Le jugement entrepris doit donc être annulé.

E. 5

Cela étant, il n'est pas nécessaire de procéder à l'examen des autres griefs que la recourante a formulés à l'encontre de ce jugement.

E. 6

La cause étant tranchée, la requête d'effet suspensif devient sans objet.

E. 7

L'intimée, qui succombe, supportera les frais de la cause, fixés selon le tarif réduit (art. 13 al. 5 LEg en relation avec l' art. 65 al. 4 let. b LTF). Bien qu'elle obtienne gain de cause, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 68 al. 3 LTF). Le Tribunal fédéral prononce :

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