

# **BVGer A-5461/2020 vom 29. Juli 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-07-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-5461\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5461_2020)

FR: TAF A-5461/2020 du 29 juillet 2021

IT: TAF A-5461/2020 del 29 luglio 2021

## **Regeste**

Rapports de services de droit public de la Confédération (divers)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

S'agissant d'un renvoi par le Tribunal fédéral, il peut être renoncé à examiner les conditions de recevabilité.

### **E. 2**

Le recours peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, ainsi que pour inopportunité, sauf si une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49 PA).

#### **E. 2.1**

Le Tribunal administratif fédéral fait cependant preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de son pouvoir d'examen lorsque la nature des questions litigieuses qui lui sont soumises l'exige, singulièrement lorsque leur analyse nécessite des connaissances spéciales ou encore lorsqu'il s'agit de circonstances locales que l'autorité qui a rendu la décision connaît mieux (cf. ATF 131 II 680 consid. 2.3.3 ; arrêt du TAF A-379/2016 du 8 septembre 2016 consid. 2.2). En matière de droit du personnel, le Tribunal examine avec retenue les questions ayant trait à l'appréciation des prestations des employés, à l'organisation de l'administration, aux problèmes liés à la collaboration au sein du service ou aux relations de confiance. Il ne substitue pas son propre pouvoir d'appréciation à celui de l'autorité administrative. Cette réserve n'empêche pas le Tribunal d'intervenir lorsque la décision attaquée semble objectivement inopportune (cf. ATAF 2007/34 consid. 5 ; arrêt du TAF A-3750/2016 du 7 février 2017 consid. 1.4.1 ; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2e éd., 2013, no 2.160).

#### **E. 2.2**

La procédure fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que l'autorité administrative constate les faits d'office et procède, s'il y a lieu, à l'administration de preuves par les moyens idoines (art. 12 PA). La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire : le devoir de collaborer des parties (art. 13 PA ; cf. Clémence Grisel, *L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative*, 2008, no 142). La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu de l'art. 37 LTAF. Celle-ci est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit dans ce cas pas d'un établissement des faits ab ovo. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà établi

par l'autorité inférieure. En ce sens, le principe inquisitoire est une obligation de vérifier d'office les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêts du TAF A-5584/2008 du 11 juin 2010 consid. 1.2.1 et A-6120/2008 du 18 mai 2010 consid. 1.3.2).

### **E. 2.3**

Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision attaquée (cf. Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., no 2.165). Il se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2).

### **E. 3**

La loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité, LEg, RS 151.1) a pour but de promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes (art. 1 LEg).

#### **E. 3.1**

Par comportement discriminatoire, on entend tout comportement importun de caractère sexuel ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle, qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail, en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle (art. 4 LEg).

#### **E. 3.2**

Lorsque la discrimination porte sur un cas de harcèlement sexuel, le tribunal ou l'autorité administrative peuvent condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, à moins que l'employeur ne prouve qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut équitablement exiger de lui pour prévenir ces actes ou y mettre fin. L'indemnité est fixée compte tenu de toutes les circonstances et calculée sur la base du salaire moyen suisse (art. 5 al. 3 LEg).

### **E. 4**

Se fondant sur le rapport d'enquête du 5 mai 2015, le Tribunal administratif fédéral a confirmé, dans son arrêt A-7843/2016 du 3 décembre 2018, à l'instar de l'autorité inférieure, que la requérante avait été victime de harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg sous la forme de plaisanteries sexistes et de remarques désobligeantes (notamment aussi sur son apparence physique) de la part de certains de ses collègues directs du groupe B. \_\_\_\_\_, mais non de ses supérieurs hiérarchiques. Le Tribunal administratif fédéral a retenu que ces actes s'étaient déroulés entre le mois d'avril 2013 et le 20 février 2014, sous réserve de quelques épisodes antérieurs. Il a également confirmé que les CFF devaient verser une indemnité à la requérante. Ceux-ci avaient certes instauré une politique contre le harcèlement sexuel dans leur entreprise ; pour autant, ils n'avaient pas allégué avoir pris des mesures spéciales pour accompagner l'arrivée de la requérante dans une équipe composée entièrement d'hommes, de surcroît à une fonction exposée à de fortes charges émotionnelles où il est usuel que l'humour serve d'exutoire au stress et où les propos stéréotypés sur la gent féminine sont monnaie courante. Il a également relevé que si l'employeur avait eu vent de problèmes relationnels entre la requérante et son équipe avant le mois d'avril 2014, rien au dossier n'indiquait qu'il pouvait relier ces problèmes à des actes de harcèlement sexuel.

Entre le moment où il avait pris connaissance des faits et décidé l'ouverture d'une enquête, il s'était écoulé une période de six mois. Cette lenteur n'avait cependant pas eu pour conséquence une continuation de la situation de harcèlement puisque ces actes s'étaient arrêtés le 20 février 2014. Pour résumer, les CFF avaient quelque peu sous-estimé les problèmes relatifs à l'intégration dans un milieu typiquement masculin, mais leur faute ne pouvait pas être considérée comme grave. Ces points ont été définitivement actés par le Tribunal fédéral dans son arrêt 8C\_74/2019 du 21 octobre 2020. De même, ce dernier a retenu que l'on ne pouvait reprocher au Tribunal administratif fédéral de s'être tenu à la partie inférieure de la fourchette prévue par l'art. 5 al. 4 LEg et c'est à bon droit que le Tribunal administratif fédéral avait rejeté la prétention de la recourante en réparation du tort moral lié au harcèlement sexuel subi et en réparation du tort moral en raison d'actes de mobbing. Partant, seule demeure encore litigieuse la question du montant de l'indemnité à la suite du harcèlement sexuel subi, prévue par l'art. 5 al. 3 LEg.

## **E. 5**

Dans ses déterminations du 22 février 2021, la recourante s'en prend d'abord à l'établissement des faits.

### **E. 5.1**

Elle soutient notamment que l'on ne saurait retenir que le harcèlement sexuel n'aurait duré que 10 mois, revient, sur quelques pages, sur les faits précédents le mois d'avril 2013 et prétend que le harcèlement sexuel aurait commencé dès le mois de décembre 2010. De même, elle estime regrettable que le Tribunal administratif fédéral ait considéré comme non pertinents les faits postérieurs au 15 novembre 2016.

### **E. 5.2**

A cet égard, il y a lieu de relever que le Tribunal fédéral a reproché au Tribunal administratif fédéral ne n'avoir pas donné toute leur place aux circonstances du cas d'espèce et qu'il n'avait pas pris en compte les éléments de durée et d'intensité pour fixer l'indemnité due, ce qui revenait à caractériser de manière générale les remarques et plaisanteries sexistes comme relevant de la forme la plus légère du harcèlement sexuel. Cette façon de procéder était contraire à l'art. 5 al. 3 LEg qui impliquait une appréciation en fonction de toutes les circonstances. La recourante perd de vue qu'il s'agit là d'une question de droit et non relative à l'établissement des faits. Le Tribunal fédéral n'a ainsi pas reproché au Tribunal administratif fédéral d'avoir constaté les faits de manière arbitraire, mais de les avoir mal appréciés. Elle oublie que, comme considéré, il a été définitivement retenu que les principaux actes s'étaient déroulés entre le mois d'avril 2013 et le 20 février 2014, sous réserve de quelques épisodes antérieurs, et que les faits postérieurs au 15 novembre 2016 n'étaient pas pertinents. Ce constat n'a pas à être revu dans le cadre du présent arrêt et il y a lieu de rejeter l'ensemble des griefs formés par la recourante en ce sens.

## **E. 6**

Il s'agit dès lors uniquement d'apprécier les circonstances déterminantes pour la fixation de l'indemnité en cas de harcèlement sexuel prévue par l'art. 5 al. 3 LEg.

### **E. 6.1**

Selon le Tribunal fédéral, cette indemnité repose sur les principes suivants.

#### **E. 6.1.1**

La prétention à l'indemnité en cas de harcèlement sexuel prévue par l'art. 5 al. 3 LEg se dirige toujours vers l'employeur et ne dépend ni d'une faute de sa part, ni d'un dommage matériel ou d'un tort moral éprouvé par la victime du harcèlement (cf. Gabriela Riemer-Kafka/Jakob Ueberschlag, *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2009, art. 5 LEg n° 53 ; Gabriel Aubert, *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, 2011, art. 5 LEg n° 63). L'indemnité est fixée en fonction de toutes les circonstances, c'est-à-dire en équité selon l'art. 4 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210). Les circonstances à prendre en considération se rapportent en particulier à la gravité de la violation et à l'importance de l'atteinte à la personnalité causée par le harcèlement sexuel compte tenu de son intensité et de sa durée (cf. Riemer-Kafka/Ueberschlag, *op. cit.*, art. 5 LEg n° 56). Une faute de l'employeur peut également jouer un rôle lors de la fixation de l'indemnité, notamment si l'on peut admettre qu'il avait des raisons de craindre un comportement importun d'un de ses employés, par exemple en raison des antécédents de celui-ci, ou s'il a été dûment informé des faits (cf. Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femme et hommes, FF 1993 I 1163, p. 2020). L'indemnité revêt en effet un caractère pénal ; son aspect punitif vise à rendre un manque de prévention du harcèlement sexuel économiquement inintéressant pour les entreprises. N'ayant pas le caractère de dommages-intérêts, ni celui de réparation morale, l'indemnité introduite à l'art. 5 al. 3 LEg est un droit supplémentaire à distinguer d'une éventuelle indemnité pour tort moral au sens de l'art. 49 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220) (cf. Karine Lempen, *Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur*, 2006, p. 257).

### **E. 6.1.2**

Les montants accordés par les tribunaux aux victimes de harcèlement sexuel varient selon les cas. Le Tribunal fédéral a confirmé, sur recours de l'employeur, un jugement cantonal accordant une indemnité de cinq mois de salaire à une apprentie dans la restauration qui avait été violée par son maître d'apprentissage après que celui-ci l'eut enfermée dans un local de nettoyage (cf. arrêt du TF 4A\_330/2007 du 17 janvier 2008). Statuant également sur recours de l'employeur, le Tribunal fédéral a confirmé le versement d'une indemnité d'un mois de salaire à une travailleuse dont l'employeur l'avait saisie par les épaules et l'avait embrassée sur la bouche malgré son refus clairement exprimé (cf. arrêt du TF 4A\_473/2013 du 2 décembre 2013). Dans un autre cas concernant une femme dont l'un des collègues avait affiché ostensiblement, sur son propre écran d'ordinateur, des icônes et des photos de femmes nues, et lui avait envoyé, pendant les heures de travail, des courriels contenant des caricatures ou des plaisanteries assez lourdes à caractère sexuel, le Tribunal fédéral a considéré que l'octroi d'une indemnité d'un peu plus de deux mois de salaire restait encore dans les limites du pouvoir d'appréciation conféré à la cour cantonale en la matière; il a retenu que le comportement de l'intéressé avait en effet revêtu un niveau de gravité non négligeable compte tenu aussi du fait que les comportements incriminés s'étaient répétés sur plusieurs mois (cf. arrêt du TF 4C.289/2006 du 5 février 2007). En revanche, le Tribunal fédéral a refusé d'accorder une indemnité selon l'art. 5 al. 3 LEg à une employée qui avait reçu, comme l'ensemble du personnel, trois courriels qui présentaient un léger caractère sexiste dès lors que l'employeur avait très rapidement pris des mesures utiles pour faire cesser la diffusion de courriels contrevenant à la LEg (cf. arrêt 4A\_178/2010 du 14 mai 2010).

### **E. 6.1.3**

Le harcèlement sexuel dans le cadre du travail peut se manifester sous différentes formes allant des transgressions verbales aux agressions sexuelles, et même, dans le cas extrême, au viol. Parmi les éléments à prendre en considération pour fixer l'indemnité au sens de l'art. 5 al. 3 LEg figurent avant tout la nature du harcèlement sexuel subi, son intensité et sa durée. Les cas traités par la jurisprudence montrent d'ailleurs qu'il existe une gradation dans les montants accordés selon la gravité de l'atteinte à la personnalité causée par le harcèlement.

#### **E. 6.1.4**

En conséquence, dans le calcul de l'indemnité, il y a lieu de tenir compte notamment de la gravité des actes, du fait qu'il s'agisse d'actes de harcèlement verbal ou physique (avec violence ou menace), de leur impact sur la victime selon leur durée et leur fréquence, du potentiel de nuisance de ce type de harcèlement ou encore du fait que plusieurs personnes y ont pris part. En revanche, si une intention de nuire pourrait peser comme facteur de gravité du harcèlement sexuel (cf. arrêt 4C.289/2006 précité consid. 5.2), l'absence d'une telle intention ne saurait en atténuer le caractère inadmissible. En effet, sauf lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'un chantage sexuel, la motivation de l'auteur est sans pertinence pour la qualification du harcèlement sexuel (cf. Karine Lempen, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, 2011, art. 4 LEg n° 9). Enfin, la prévention et la réaction rapide de l'employeur peuvent être pris en compte dans la fixation de l'indemnité.

#### **E. 6.2**

En l'occurrence, après avoir reconnu le devoir d'indemnisation de l'employeur, le Tribunal administratif fédéral a examiné, dans son arrêt A-7843/2016 précité, la gravité des actes subis par la recourante et a exposé les motifs pour lesquels il retenait qu'ils se situaient en deçà des formes les plus graves de harcèlement sexuel. Parmi ces motifs, et sans que cela ne revienne à banaliser les remarques sexistes en cause, le fait qu'il s'agissait d'actes de harcèlement verbal et non physique (avec violence ou menace), est une circonstance objective justifiant de considérer que ces actes n'atteignent pas un niveau de gravité comparable à celui des agressions sexuelles. Le Tribunal fédéral, dans son arrêt 8C\_74/2019 précité, a confirmé ce raisonnement et retenu que l'on ne pouvait reprocher au Tribunal administratif fédéral de s'être tenu à la partie inférieure de la fourchette prévue par l'art. 5 al. 4 LEg. Partant, sur ce point, la motivation de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral peut être reprise et il peut, sans autres, y être renvoyé sans qu'il soit nécessaire à nouveau de revenir sur ces éléments (cf. arrêt A-7843/2016 précité consid. 7 et plus particulièrement consid. 7.4).

#### **E. 6.3**

En revanche, s'il est vrai que rien au dossier ne permet d'établir que l'employeur avait connaissance des comportements problématiques avant avril 2014, on doit admettre qu'il n'a pas fait preuve de la diligence attendue de la part d'une grande entreprise de droit public dans le traitement de la situation dénoncée. Il a fallu notamment attendre six mois et un changement de responsable du dossier avant qu'une procédure fût ouverte. De plus, l'attitude des CFF consistant à proposer, une fois les résultats de l'enquête connus, une convention de sortie à l'employée est également problématique et incompatible avec leur devoir de protection devant une situation de harcèlement sexuel avérée, même s'ils se sont ravisés par la suite et ont présentés des excuses. L'attitude des CFF et leur gestion de la situation, lorsque les faits ont été portés à l'attention de la hiérarchie de la recourante, ne

sont pas anodines. Le rapport d'enquête les qualifie de défaillantes et inadéquates. Tout bien considéré, le Tribunal ne peut que rejoindre ce point de vue, en particulier lorsque, seule femme dans une équipe de vingt hommes, la recourante a été confrontée à de tels comportements de la part de plusieurs de ses collègues durant au moins dix mois et que ceux-ci se sont arrêtés uniquement parce que la recourante s'est trouvée en incapacité de travail. Ces éléments ne peuvent être ignorés et concourent à aggraver l'atteinte subie par la recourante. Ils justifient, contrairement à ce que retient l'autorité inférieure, qu'une indemnité supérieure à un mois de salaire médian soit octroyée. En revanche, rien au dossier ne permet de conclure à une volonté de nuire des collègues. Il n'y a, partant, pas lieu de retenir un facteur aggravant sur ce point.

#### **E. 6.4**

La recourante estime qu'au vu de ces circonstances, une indemnité de quatre mois de salaire médian serait justifiée. Les CFF, quant à eux, s'en tiennent à une indemnité d'un mois de salaire médian, ce qui, comme on l'a vu (cf. supra consid. 6.3), ne peut pas être suivi. Si l'on considère toutefois les montants précédemment accordés par le Tribunal fédéral (cf. supra consid. 6.1.2), à savoir notamment cinq mois de salaire à une apprentie dans la restauration qui avait été violée par son maître d'apprentissage (cf. arrêt 4A\_330/2007 précité), une indemnité de quatre mois paraît quelque peu excessive. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, la situation de la recourante se rapproche davantage du cas de la femme dont l'un des collègues lui avait envoyé, pendant les heures de travail, des courriels contenant des caricatures ou des plaisanteries assez lourdes à caractère sexuel. Le Tribunal fédéral avait considéré que l'octroi d'une indemnité d'un peu plus de deux mois de salaire médian se situait assurément à la limite supérieure du pouvoir d'appréciation des juges cantonaux (cf. arrêt 4C.289/2006 précité consid. 5.2).

#### **E. 6.5**

Sur le vu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, et en particulier compte tenu du fait que les CFF n'ont pas fait preuve de la diligence attendue, que leur attitude et leur gestion de la situation ont été défaillantes et inadéquates, que la recourante était la seule femme dans une équipe de vingt hommes, qu'elle a été confrontée à de tels comportements de la part de plusieurs de ses collègues durant au moins dix mois et que ceux-ci se sont arrêtés uniquement parce que la recourante s'est trouvée, en raison de son état, en incapacité de travail, le Tribunal administratif fédéral estime qu'une indemnité de deux mois de salaire médian, qui se montait à 6'597 francs, soit une indemnité totale de 13'194 francs, se justifie. Partant, le recours du 16 décembre 2016 doit être partiellement admis sur ce point.

#### **E. 7**

Reste encore à examiner la question de l'indemnité de dépens au mandataire pour la procédure de première instance. Dans son arrêt A-7843/2016 précité, le Tribunal administratif fédéral a retenu qu'une indemnité de 13'789 francs, TVA comprise, se justifiait. Dans son analyse, il a notamment tenu compte de la différence entre les prestations effectuées par le mandataire de la recourante relevant du harcèlement sexuel de celles résultant des allégations de mobbing ou du droit du personnel. Il n'a en revanche pas tenu compte, à juste titre, de l'issue du litige en matière de harcèlement sexuel et de ce qu'il rejetait les prétentions de la recourante sur ce point. Ainsi, dès lors que l'issue du litige en matière de harcèlement sexuel est sans pertinence et que la recourante ne remet pas en cause l'analyse effectuée, à l'époque, par le Tribunal administratif fédéral, il peut sans autre y être

renvoyé (cf. arrêt A -7843/2016 précité consid. 11) et l'indemnité de 13'789 francs, TVA comprise, peut être confirmée. Partant, le recours du 16 décembre 2016 doit également être partiellement admis sur ce point.

## **E. 8**

S'agissant de la procédure devant le Tribunal de céans (A-7843/2016 et A-5461/2020), la procédure est gratuite, sauf en cas d'action téméraire (art. 186 CCT CFF 2015). De plus, aucun frais n'est mis à la charge de l'autorité inférieure déboutée (art. 63 al. 2 PA). Il n'est donc pas perçu de frais de procédure.

## **E. 9**

La recourante a, en revanche, droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA en lien avec l'art. 7 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Lorsqu'une partie n'obtient que partiellement gain de cause, les dépens auxquels elle peut prétendre sont réduits en proportion.

### **E. 9.1**

Dans les conclusions de son recours du 16 décembre 2016, les mandataires de la recourante ont requis l'allocation en faveur de cette dernière d'une indemnité de dépens. Dits mandataires ont produit un décompte de prestations pour un montant de 8'612 francs. Ils n'ont toutefois pas produit un autre décompte en cours de procédure ou lorsqu'ils ont été informés que la cause était gardée à juger. Dans son arrêt A-7843/2016 précité, le Tribunal administratif fédéral a estimé qu'un montant de 1'000 francs, TVA comprise, à titre de dépens réduits était suffisant. La recourante ne remettant pas en cause ce montant, il peut être repris s'agissant de la procédure A-7843/2016.

### **E. 9.2**

S'agissant de la procédure à la suite du renvoi du Tribunal fédéral, les mandataires de la recourante ont produit deux notes d'honoraires, pour un montant total, TVA comprise, de 3'317.15 francs, correspondant à 7.70 heures à 400 francs, hors TVA. A cet effet, il y a cependant lieu de relever que plusieurs pages des déterminations de la recourante portent sur la contestation de l'état de fait, lequel n'était, comme considéré (cf. supra consid. 5), plus litigieux dans le cadre de la procédure à la suite du renvoi du Tribunal fédéral, de sorte qu'il ne s'agit manifestement pas de frais nécessaire à la défense des intérêts de la recourante. Au surplus, la recourante succombe dans la moitié de ses conclusions, l'indemnité sur la base de l'art. 5 al. 3 LEg ayant été fixée à deux mois de salaire médian. Par conséquent, il y a lieu de considérer qu'une indemnité de 1'000 francs à titre de dépens réduits, pour la procédure A-5461/2020, se justifie.

### **E. 9.3**

Il y a, par conséquent, lieu d'octroyer à la recourante une indemnité de dépens réduits pour l'ensemble de la procédure (A-7843/2016 et A-5461/2020) de 2'000 francs et de mettre celle-ci à la charge de l'autorité inférieure. Les CFF, qui obtiennent partiellement gain de cause, n'ont pas droit à des dépens (art. 7 al. 3 FITAF).