

GE_GERICHTE A/1038/2019 vom 16. April 2020

GE Cour de justice, 2020-04-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1038_2019

FR: GE_GERICHTE A/1038/2019 du 16 avril 2020

IT: GE_GERICHTE A/1038/2019 del 16 aprile 2020

Regeste

QUALITÉ POUR RECOURIR;INTÉRÊT DIGNE DE PROTECTION;INTÉRÊT ACTUEL;DROIT D'ÊTRE ENTENDU;ÉGALITÉ DE TRAITEMENT;ÉGALITÉ ENTRE HOMME ET FEMME;MATERNITÉ;ABSENCE;PROMOTION;ÉTABLISSEMENT DE DROIT PUBLIC;DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE;EMPLOYÉ PUBLIC;FONCTIONNAIRE;RAPPORTS DE SERVICE DE DROIT PUBLIC;POUVOIR D'APPRÉCIATION | La question d'une éventuelle discrimination fondée sur la LEg pourra souffrir de demeurer indécise, dès lors que même en excluant du calcul les périodes d'absences liées à la grossesse ou l'allaitement, la recourante ne remplit pas la condition des cinq années d'activité pour pouvoir prétendre à une promotion. Il sera toutefois précisé aux intimés qu'ils ne sauraient exclure le droit au passage en classe supérieure à une employée uniquement en raison des absences liées à ses grossesses, si sur la base d'une période d'évaluation suffisamment longue mais pour cette raison inférieure la limite de temps fixée, soit cinq ans dans le cas d'espèce, et d'APOP favorables, elle remplit les conditions d'une telle promotion. | Cst.8.al1; Cst.8.al3; Cst.29.al2; LPA.61; LEg.3; LEg.6; LTPG.1.al1; LTPG.2.al1; TPG.2 statut du personnel

Erwägungen

E. 21

février 2002, adopté les règles relatives à l'accession à la classe 10 des conducteurs et contrôleurs de titres de transport. Le groupe de travail avait mis en exergue que l'évaluation devait porter sur toutes les activités spécifiques du poste telles que le respect de la loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR - RS 741.01 et ses ordonnances ou les manoeuvres de décâblage ou de déraillement. L'augmentation salariale dépendait de la fourniture effective de prestations extrêmement satisfaisantes sur une période suffisamment longue. Quant à l'emploi de la formule « cinq ans d'activité », elle ne laissait place à aucune controverse. Était visée l'activité effective et non la durée d'engagement, pendant laquelle la personne employée fournissait la prestation à la conduite ou au contrôle des titres de transport, comme en témoignait encore la liste des responsabilités principales prises en compte, toutes liées à la réalisation effective de l'activité professionnelle. Mme A_____ ne remplissait pas la condition de la durée. De plus, sur les derniers mois, plusieurs écarts de comportement avaient été relevés, que ce soit en produisant tardivement ses certificats médicaux ou en violant la diligence due à son employeur, objets de rappels à l'ordre et d'un avertissement. La décision querellée ainsi que la directive étaient conformes à la LEg. Le critère de la durée choisi était apte et indispensable afin de permettre à l'employeur d'évaluer son employée objectivement, en toute connaissance de cause et en respectant l'égalité entre les travailleurs. Enfin, on ne pouvait attendre de l'employeur qu'il choisisse un critère autre afin d'atteindre le but visé,

soit l'évaluation objective et sur la base d'un laps de temps suffisant de ses employés. c. Était produit un tableau récapitulatif des absences de Mme A_____ qui sera repris en tant que de besoin dans la partie en droit ci-après. Il comptabilisait du 1^{er} mars 2013, date d'engagement, au 22 octobre 2018, 853 jours d'absence, soit 703 en dehors des congés liés à ses grossesses. 33) Le 28 juin 2019, Mme A_____ a confirmé qu'elle conservait un intérêt actuel à recourir malgré sa démission. 34) Le 1^{er} juillet 2019, les TPG ont transmis leur dossier. 35) Les 28 août et 27 septembre 2019, les TPG ont persisté dans leurs conclusions. 36) Sur quoi, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du

E. 26

septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2) a. À teneur de l'art. 60 let. a et b LPA, les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée, et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, sont titulaires de la qualité pour recourir (ATA/1477/2019 du 8 octobre 2019). Un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 138 II 42 consid. 1 ; 137 I 23 consid. 1.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_1157/2014 du 3 septembre 2015 consid. 5.2 ; 1C_495/2014 du 23 février 2015 ; ATA/308/2016 du 12 avril 2016 ; Jacques DUBEY/Jean-Baptiste ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n. 2084). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours (ATF 137 I 296 consid. 4.2 ; 136 II 101 consid. 1.1) ; si l'intérêt s'éteint pendant la procédure, le recours, devenu sans objet, doit être simplement radié du rôle (ATF 125 V 373 consid. 1) ou déclaré irrecevable (ATF 123 II 285 consid. 4 ; ATA/1477/2019 précité). b. En l'espèce, la démission de la recourante ne rend pas sans objet son recours, dès lors qu'elle a conclu à ce que lui soit reconnu le droit de prétendre au salaire de la classe 10 de l'échelle des traitements dès le 1^{er} mars 2018, soit de manière rétroactive. Elle conserve ainsi un intérêt actuel au traitement de son recours et dispose par conséquent de la qualité pour recourir. 3) La recourante a conclu préalablement à l'ouverture des enquêtes et à l'audition de MM. C_____ et D_____, employés des intimés et Mme E_____, secrétaire syndicale du SEV et à ce qu'il soit ordonné aux intimés de produire la décision du conseil d'administration des TPG datée du 21 février 2002, ainsi que les APOP la concernant. a. Le droit de faire administrer des preuves découlant du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 et les références citées ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_674/2015 du 26 octobre 2017 consid. 5.1). Le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1 ; ATA/1001/2018 du 25 septembre 2018 consid. 2a). Il n'implique pas non plus une audition personnelle de l'intéressé, celui-ci devant simplement disposer d'une occasion de se déterminer sur les éléments propres à influencer sur l'issue de la cause (art. 41 LPA ; ATF 140 I 68 consid. 9.6 ; 134 I 140 consid. 5.3). b. En l'espèce, les parties ont pu exprimer par écrit leur argumentation de manière circonstanciée et produire les pièces pertinentes à l'appui de leur position, lesquelles comprennent notamment les courriels échangés entre la

recourante ou sa représentante syndicale et les intimés. Le fond du litige concerne l'interprétation de la directive du 17 décembre 2002, si bien que l'audition des témoins n'apparaît pas pertinente pour l'issue de celui-ci. De même, la production de la décision du conseil d'administration des TPG du 21 février 2002 n'apparaît pas essentielle, dès lors que la directive du 17 décembre 2002 découle directement de celle-ci et a été versée au dossier. Quant aux APOP de la recourante, elles ne sont pertinentes que pour autant qu'il soit admis que la condition des cinq ans d'activité est remplie. Par conséquent, la chambre administrative dispose d'un dossier complet lui permettant de trancher les griefs soulevés en toute connaissance de cause, de sorte qu'il ne sera pas donné suite aux réquisitions de preuve.

4) Le principe d'égalité devant la loi de tous les êtres humains est inscrit au chapitre des droits fondamentaux de la Cst. (art. 8 al. 1 Cst.). Aux termes de l'art. 8 al. 3 Cst., l'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.

5) a. Aux termes de l'art. 3 LEg, il est interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale ou, s'agissant de femmes, leur grossesse (al. 1). L'interdiction de toute discrimination s'applique notamment à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et à la formation continue, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail (al. 2). Une discrimination est dite directe lorsqu'elle se fonde explicitement sur le critère du sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à l'un des deux sexes et qu'elle n'est pas justifiée objectivement. La discrimination est en revanche qualifiée d'indirecte lorsque le critère utilisé pourrait s'appliquer à l'un ou l'autre sexe, mais qu'il a ou peut avoir pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifié objectivement (Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 concernant la loi sur l'égalité, in FF 1993 I 1163 ss, spéc. p. 1210 ; ATF 142 II 49 et la jurisprudence citée ; ATF 124 II 409 consid. 7). La discrimination est en revanche qualifiée d'indirecte lorsque le critère utilisé pourrait s'appliquer à l'un ou l'autre sexe, mais qu'il a ou peut avoir pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifié objectivement (ATF 142 II 49 et la jurisprudence citée ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_605/2016 du 9 octobre 2017 consid. 6.1 ; Claudia KAUFMANN, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, n. 139 ss ad art. 3 LEg).

b. La notion de rémunération ne se limite pas au salaire au sens étroit. Elle englobe toute rémunération fournie en contrepartie du travail effectué, notamment les composantes sociales du salaire (allocations familiales et prestations versées durant le congé maternité) et les gratifications et bonus (arrêt du Tribunal fédéral 8C_605/2016 précité consid. 6.2 ; Florence AUBRY GIRARDIN, Discrimination salariale : art. 3 LEg, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, 2011, n. 20 ad art. 3 LEg). Selon la doctrine qui s'est exprimée sur la question, adopte un comportement prohibé l'employeur qui accorde des augmentations de salaire ou des gratifications sur la base des jours d'absence ou de présence de son personnel en prenant aussi en considération des absences liées à la grossesse et au congé maternité (arrêt du Tribunal fédéral 8C_605/2016 précité consid. 6.2 ; Stéphanie PERRENOUD, La protection contre les discriminations fondées sur la maternité selon la LEg, in : L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Jean-Philippe Dunand/Karine Lempen/Pascal Mahon [éds], p. 87 ; Christian GIAUQUE, Interdiction de discriminer en raison de la grossesse, Panorama II en droit du travail, 2012, p. 159). Dans son arrêt 8C_605/2016 précité consid. 6.3, le Tribunal fédéral a

également observé qu'au plan international, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 (CEDEF - RS 0.108), entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997, prévoit qu'afin de prévenir la discrimination à l'égard des femmes en raison de leur mariage ou de leur maternité et de garantir leur droit effectif au travail, les États parties s'engagent, notamment, à prendre des mesures appropriées ayant pour objet d'instituer l'octroi de congés de maternité payés ou ouvrant droit à des prestations sociales comparables, avec la garantie du maintien de l'emploi antérieur, des droits d'ancienneté et des avantages sociaux (art. 11 § 2 let. b). Certaines des dispositions de cette convention sont considérées en doctrine comme directement applicables (ATF 137 I 305 consid. 3.2 p. 318 et les références citées ; voir également à ce sujet le Message du Conseil fédéral du 23 août 1995 relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, FF 1995 IV 869 , 893 ; et aussi Elisabeth FREIVOGEL, in : Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2 ème éd., 2009, n. 160 ad art. 3 LEg). c. Dans son arrêt 8C_605/2016 précité consid. 7, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir s'il fallait admettre que la prise en compte des absences liées à la maternité dans la période d'évaluation, en l'occurrence de six mois, constituait une discrimination indirecte liée à la qualité de femme enceinte de la salariée. Il a toutefois précisé que si la prise en compte de la période d'absence était constitutive d'une discrimination indirecte, elle répondait en l'occurrence à un motif objectivement fondé. En effet, une période de référence de deux mois à peine apparaissait insuffisante pour permettre une évaluation suffisamment fiable et servir de fondement à une augmentation salariale. d. Aux termes de l'art. 6 LEg, l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable ; la présente disposition s'applique à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et à la formation continue, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail. L'art. 6 LEg introduit un assouplissement du fardeau de la preuve par rapport au principe général de l'art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210), dans la mesure où il suffit à la partie demanderesse de rendre vraisemblable l'existence de la discrimination dont elle se prévaut (ATF 130 III 145 consid. 4.2 ; 127 III 207 consid. 3b). Lorsqu'une discrimination liée au sexe a été rendue vraisemblable, il incombe à l'employeur d'apporter la preuve complète que la différence de traitement repose sur des facteurs objectifs (ATF 130 III 145 consid. 5.2 ; 127 III 207 consid. 3b). Ce mécanisme tend à éviter que des actions ne soient introduites à la légère. Ainsi, avant que le fardeau de la preuve soit mis à la charge de l'employeur, il faut que la personne qui invoque la LEg apporte des indices qui rendent vraisemblable l'existence d'une discrimination. Pour que cette condition soit réalisée, le juge n'a pas à être convaincu du bien-fondé des arguments de la partie demanderesse ; il doit simplement disposer d'indices objectifs suffisants pour admettre que les faits allégués présentent une certaine vraisemblance, sans devoir exclure qu'il puisse en aller différemment (ATF 130 III 145 consid. 4.2 et les références citées). 6) Les TPG, établissement de droit public genevois (art. 1 al. 1 de la loi sur les TPG du 21 novembre 1975 - LTPG - H 1 55), sont dotés de la personnalité juridique et sont autonomes dans les limites fixées par la LTPG (art. 2 al. 1 LTPG). Conformément à l'art. 2 du statut, les rapports de travail sont régis par la loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics du 8 octobre 1971 (LDT - RS 822.21), la LTPG, la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD - RS 235.1), la LEg, ainsi que par le statut, son règlement d'application et ses règlements particuliers et instructions de service (al. 1).

Tous les employés sont liés aux TPG par un rapport de droit public (al. 2). La loi fédérale complétant le code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220), notamment son titre dixième (du contrat de travail), s'applique à titre de droit public supplétif (al. 3). Le règlement d'application du statut adopté le 1^{er} janvier 1999 (ci-après : RSP ; état au

E. 30

avril 2018), en son art. 1, différencie l'employé, au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée ou déterminée pour un poste à temps complet ou partiel (al. 1), du stagiaire (al. 2) et de l'apprenti (al. 3). 7) Selon la directive du 17 décembre 2002, faisant suite à la décision du conseil d'administration du 21 février 2002 : « les conducteurs et CTT peuvent accéder à la classe 10 après cinq ans d'activité, pour autant qu'ils remplissent intégralement la description de poste » ; « l'APOP sert d'outil d'analyse et le rapport de synthèse doit conclure au minimum avec un « C » (remplit les exigences du poste). Les responsabilités principales mesurables sont prises en compte : respect des horaires/arrivées tardives ; réclamation justifiées des clients ; application des instructions de service ; respect de la LCR et ordonnances ; erreurs de parcours ; décâblage, déraillements ; absence ». « Par rapport aux échéances de progression salariale, les responsables de groupe établiront les rapports APOP, voire des rapports intermédiaires pour les conducteurs en cycle de deux ans, en tenant compte particulièrement des critères mesurables ci-dessus avec un argumentaire précis. Les responsables de groupe donneront un préavis pour l'accès en classe 10 ». 8) Les juridictions administratives ont le pouvoir de revoir librement les faits et le droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, mais ne peuvent apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 LPA). L'administration dispose d'un grand pouvoir d'appréciation en matière de gestion du personnel. Si elle reste dans le cadre de sa liberté d'appréciation, l'usage de celle-ci ne peut pas être revu par la chambre de céans. En revanche, l'excès et l'abus d'appréciation constituent des violations du droit que la chambre de céans a le pouvoir de contrôler (RDAF 2007 I 239). 9) En l'espèce, il se justifie que les employés soient évalués sur la base des années d'activité et non pas de présence dans l'entreprise. En effet, les critères fixés ont pour but de permettre une évaluation objective des prestations fournies par les salariés, et font ainsi dépendre l'augmentation salariale de la qualité des prestations et du comportement sur une période de référence suffisamment longue pour assurer une évaluation représentative. La décision est prise en s'appuyant sur les APOP des employés, et la directive précise que les absences (au sens de la directive du 17 décembre 2002) doivent être prises en compte dans l'évaluation. La recourante a été engagée en qualité de conductrice au sein des TPG le 1^{er} mars 2013. Courant 2018, elle a demandé à pouvoir bénéficier d'un passage en classe 10, ce qui lui a été refusé, non seulement en raison du fait qu'elle ne remplissait pas la condition de la durée d'activité au sein de l'entreprise, mais également aux motifs que son comportement avait fait l'objet de reproches et d'un avertissement au cours des derniers mois. Les intimés ont établi les absences accumulées par la recourante depuis son engagement, hors grossesses et périodes d'allaitement, et celles-ci ne sont pas contestées. Ainsi, la recourante a été absente en raison d'une maladie ou d'un accident pendant un total de 467 jours depuis le 1^{er} mars 2013. Elle a également bénéficié d'un congé non payé du 1^{er} mai 2016 au 8 janvier 2017 (253 jours). Ainsi, depuis son engagement, la recourante a effectivement travaillé au sein de l'entreprise durant trois ans environ, soit une durée largement inférieure à celle de cinq ans fixée pour l'évaluation devant précéder la décision d'un passage en classe supérieure. Par conséquent, la décision querellée est justifiée pour ce

seul motif. La question d'une éventuelle discrimination fondée sur la LEg pourra souffrir de demeurer indécise, dès lors que même en excluant du calcul les périodes d'absences liées à la grossesse ou l'allaitement, la recourante ne remplit pas la condition des cinq années d'activité. Il sera toutefois précisé aux intimés qu'ils ne sauraient exclure le droit au passage en classe 10 à une employée uniquement en raison des absences liées à ses grossesses, si sur la base d'une période d'évaluation suffisamment longue mais pour cette raison inférieure à cinq ans et d'APOP favorables, elle remplit les conditions d'une telle promotion (arrêt 8C_605/2016 précité consid. 7.2). Par conséquent, la décision querellée sera confirmée, et le recours rejeté. 10) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 LPA). Aucune indemnité ne sera accordée aux intimés, dont la taille permet de disposer d'un service juridique apte à assumer sa défense, sans avoir à recourir aux services d'un avocat (ATA/1839/2019 du 20 décembre 2019 ; ATA/679/2017 du 20 juin 2017). * * * * *

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