

Résumé et commentaire

Proposition de citation :

Anne Roux-Fouillet, Egalité femmes
hommes ; discrimination à l'embauche, degré
de preuve ; commentaire de l'arrêt du
Tribunal fédéral 8C_719/2021, Newsletter
DroitDuTravail.ch avril 2023

Art. 8 CC ; 6 LEg



Egalité femmes hommes ; discrimination à l'embauche, degré de preuve ;
commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_719/2021

Anne Roux-Fouillet, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

I. Objet de l'arrêt

Cet arrêt traite du cas d'une candidate se plaignant de discrimination à l'embauche à raison du sexe et s'intéresse plus particulièrement aux preuves susceptibles d'être pertinentes pour démontrer une telle discrimination.

II. Résumé de l'affaire

A. Les faits

En 2011, A. a fait acte de candidature pour un poste de garde-faune. Dans le cadre de discussions avec des garde-faunes, l'un d'entre eux a averti A. du fait qu'aucune femme ne serait engagée pour ce poste, tandis qu'un autre lui a indiqué que cette activité n'était pas faite pour une femme. Lorsque sa candidature a été refusée, D., le chef du secteur pêche du Service C., a expliqué oralement à A. que ses connaissances du domaine de la pêche étaient insuffisantes.

En 2012, A., qui était alors devenue chasseuse active, a postulé une deuxième fois pour un emploi de garde-faune, sans succès. Elle a fait recours pour discrimination en raison du genre et a été invitée à une séance avec plusieurs personnes, dont D., lequel s'est excusé auprès d'elle pour les propos tenus en 2011. Après discussion, A. a retiré son recours afin de maintenir ses chances de devenir garde-faune.

En 2013, A. a fait acte de candidature pour la troisième fois. Son dossier a cependant été écarté au motif qu'elle ne maîtrisait pas suffisamment le français oral.

Entre 2014 et 2016, A. a été membre de la commission consultative sur les questions chasse et pêche, ainsi que du groupe de travail chargé des travaux de révision de l'ordonnance sur la chasse. A une date inconnue, elle a été prise à partie par le garde-faune H., qui a d'abord

accusé le groupe de travail d'être incompetent, puis s'en est ensuite pris directement à A. par des commentaires sexistes.

En 2017, A. a postulé pour la quatrième fois pour un poste de garde-faune, mais sa candidature n'a pas été retenue. H. et D. ont alors pris part au processus de sélection.

En été 2019, A. a fait acte de candidature pour la cinquième fois, sans succès, et a appris l'engagement de I., une autre candidate. S'étant enquis des raisons pour lesquelles son propre dossier avait été écarté, elle s'est vu répondre le 5 mars 2020 que la Direction des institutions, de l'agriculture et des forêts (DIAF) avait porté son choix sur des candidatures dont les compétences correspondaient davantage aux exigences du poste. Le 26 mars 2020, la DIAF a rendu une décision formelle dans laquelle elle a confirmé son refus d'engager A. en qualité de garde-faune pour les motifs déjà communiqués le 5 mars 2020, précisant à cette occasion que I. avait finalement renoncé au poste.

Le 8 mai 2020, A. a recouru auprès de la Cour administrative du Tribunal cantonal du canton de Fribourg (la Cour) contre la décision du 26 mars 2020. Il ressort de l'arrêt cantonal que A. avait notamment relevé qu'aucune femme n'avait jamais été engagée en qualité de garde-faune dans le canton de Fribourg à l'exception de la candidate I. et que cette dernière avait renoncé au poste dans des circonstances floues, ce qui l'amenait à se demander si son engagement n'avait pas été seulement un alibi.

Le 26 mars 2021, A. a informé la Cour qu'un nouveau poste de garde-faune avait été mis au concours et qu'elle n'avait, une fois de plus, pas été retenue.

Le 19 octobre 2020, la Commission de conciliation en matière d'égalité entre les sexes dans les rapports de travail (CCMES) a rendu son rapport, dans lequel elle constatait notamment qu'aucune femme n'avait été engagée à un poste de garde-faune, que A. avait été écartée à cinq reprises au profit de candidatures masculines, qu'elle possédait pourtant des connaissances étendues et des qualités professionnelles et personnelles reconnues, que l'autorité d'engagement n'avait pas motivé son refus d'embauche, que les postes décisionnels étaient occupés par des hommes et que les circonstances de la renonciation au poste par I. (qui possédait moins d'expérience que A. et n'avait aucun lien avec le canton) n'étaient pas établies. Ainsi, la CCMES a conclu en constatant qu'elle ne pouvait pas établir l'absence d'une discrimination directe : « *Le sentiment que la procédure d'engagement du personnel de ce Service obéit à des préjugés conduisant à des inégalités sexospécifiques trouve des fondements non seulement dans les éléments exposés mais également dans l'absence d'éléments justificatifs pertinents* ».

Par arrêt du 24 septembre 2021, la Cour a rejeté le recours, estimant que A. n'avait pas fait l'objet d'une discrimination à l'embauche à raison de son genre, mais qu'elle avait été écartée en raison de son profil, en relevant en particulier que la participation de A. dès 2015 au groupe de travail chargé de la révision de l'ordonnance sur la chasse avait été très mal perçue.

A. a formé un recours en matière de droit public ainsi qu'un recours constitutionnel subsidiaire contre l'arrêt de la Cour du 24 septembre 2021, en concluant à sa réforme. Le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes a proposé d'admettre le recours, en ce sens qu'une discrimination à l'embauche contraire à la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes soit constatée.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral rappelle d'abord que la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (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) (cons. 2.1). Il relève que 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. Ainsi, si la vraisemblance de la discrimination est démontrée, il appartient à l'employeur d'apporter la preuve stricte qu'elle n'existe pas. Cela étant, le Tribunal fédéral observe qu'au vu du texte de l'art. 6, deuxième phrase, LEg, ainsi que de la jurisprudence y relative, l'allègement du fardeau de la preuve ne s'applique pas à l'embauche.

En conséquence, la personne qui allègue une discrimination à l'embauche doit 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. Le Tribunal fédéral constate toutefois que cette preuve est excessivement difficile à rapporter (cons. 2.2).

Le Tribunal fédéral évoque ensuite les principes applicables en matière de licenciement abusif, de harcèlement psychologique et de harcèlement sexuel, domaines dans lesquels les parties peuvent également être confrontées à des difficultés à apporter des preuves des violations ou atteintes. En matière de harcèlement psychologique et sexuel, la jurisprudence a retenu que le juge pouvait admettre 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. Le Tribunal fédéral explique alors que ces considérations peuvent également être appliquées en matière de discrimination à l'embauche (cons. 2.3). Ainsi, tenant compte de la difficulté – voire de l'impossibilité dans la plupart des cas – d'apporter une preuve stricte d'une discrimination à l'embauche, le Tribunal fédéral explique qu'il faut admettre que le juge puisse se satisfaire d'une preuve fondée sur une vraisemblance prépondérante, relevant en particulier que 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 (cons. 2.4).

Ces principes posés, le Tribunal fédéral examine les arguments de A., qui soutient que la motivation de l'arrêt attaqué violerait le principe de l'interdiction de l'arbitraire pour les motifs suivants :

- A. reproche à la Cour de ne pas avoir tenu compte, sans aucune raison, d'éléments propres à modifier sa décision, et de s'être contentée de valider un motif de non-engagement ne ressortant pas du dossier, mais apparu pour la première fois lors d'une audience.

A ce sujet, le Tribunal fédéral retient que la Cour s'est effectivement focalisée sur la participation de A. au groupe de travail chargé des travaux de révision de l'ordonnance sur la chasse, en se fondant uniquement sur certaines déclarations de témoins entendus lors des enquêtes. Cette position n'apparaît pas convaincante pour le Tribunal fédéral, tenant compte du fait que cet argument avait été soulevé pour la première fois en audience et au vu de déclarations de nature sexiste ou contradictoires de certains témoins. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral estime que la participation de A. au groupe de travail en question ne saurait être considérée comme une raison objective de son non-engagement,

relevant notamment que le groupe de travail avait cessé ses activités trois ans avant la postulation litigieuse de A., et qu'il apparaissait que la collaboration de celle-ci au sein du groupe de travail semblait plutôt un atout sur le plan professionnel. Le Tribunal fédéral considère dès lors que la Cour a établi les faits et apprécié les preuves de manière arbitraire, en ne tenant pas compte d'éléments propres à modifier sa décision et en se fondant sur les seules déclarations de témoins concernant le motif retenu pour le non-engagement (cons. 4.2). Le fait que la DIAF avait retenu la postulation d'une femme en 2019 ne suffisait pas pour nier l'existence d'une discrimination à raison du sexe. Un choix alibi ne pouvait pas être exclu, ce qu'il eût incombé à la Cour d'instruire (cons. 4.3).

- A. reproche également à la Cour d'avoir totalement ignoré les arguments de la CCMES rendant la discrimination à l'embauche plus que vraisemblable (cons. 4).

Sur ce point, le Tribunal fédéral constate que la Cour n'a pas du tout discuté dans son arrêt de l'avis des experts de la CCMES, dont le rapport constituait incontestablement un moyen de preuve pertinent dans un litige portant sur la question d'une discrimination à l'embauche. Le Tribunal fédéral a en conséquence retenu qu'en faisant abstraction de ce rapport sans autre explication, la Cour avait procédé à un établissement des faits qui pouvait être qualifié d'arbitraire (cons. 4.4).

Au vu de ces éléments, le Tribunal fédéral a partiellement admis le recours constitutionnel subsidiaire et a renvoyé la cause à la Cour administrative du Tribunal cantonal pour qu'elle établisse les faits et apprécie les preuves dans le respect de l'art. 9 Cst. (cons. 4.5).

III. Commentaire

L'arrêt résumé ci-dessus est intéressant car il apporte des clarifications sur la manière dont une personne peut prouver une discrimination à l'embauche à raison du sexe.

Bien que de telles discriminations soient prohibées par l'art. 3 al. 2 LEg, les procédures judiciaires pour ce type de manquements sont rares, vu la difficulté d'apporter les preuves nécessaires.

Il est vrai que la personne qui n'est pas engagée et qui se prévaut d'une discrimination à raison du sexe peut exiger de l'employeur qu'il motive sa décision par écrit (art. 8 al. 1 LEg). L'obligation de motiver a en premier lieu pour but de permettre à la partie dont l'embauche a été refusée de vérifier la justification de ce refus sous l'angle de l'existence d'un comportement discriminatoire au sens de l'art. 3 LEg. Si la justification donnée par l'employeur est discriminatoire (par exemple, s'il justifie le non-engagement d'une femme parce que celle-ci envisage d'avoir des enfants ou en raison de sa situation familiale), les tribunaux devraient alors pouvoir constater, sous réserve de certaines circonstances, l'existence d'un refus d'embauche contraire à l'art. 3 al. 2 LEg.

Il est cependant rare en pratique qu'un employeur motive explicitement son refus d'embauche par un critère fondé sur le sexe ou pénalisant davantage un sexe que l'autre. Dans ce contexte, considérant que la loi ne prévoit pas d'allègement du fardeau de la preuve pour ce type de discrimination (voir ci-dessus), la preuve d'une discrimination à l'embauche à raison du sexe est souvent excessivement difficile à apporter.

En 2018, le Tribunal fédéral avait certes déjà relevé que le juge pouvait se contenter d'une vraisemblance prépondérante (TF 8C_821/2016 du 26 janvier 2016, c. 3.3), mais il avait considéré que, dans le cas qui lui était soumis, les éléments du dossier apparaissaient insuffisants pour parvenir à établir une discrimination à raison du sexe.

Par conséquent, même si le Tribunal fédéral avait déjà admis en 2018 qu'en théorie, le juge pouvait se satisfaire d'une vraisemblance prépondérante, il n'avait pas précisé comment cette vraisemblance pouvait être établie.

Dans l'arrêt TF 8C_719/2021 du 4 octobre 2022, non seulement le Tribunal fédéral admet la possibilité d'une discrimination à l'embauche dans le cas d'espèce, mais il précise les indices pouvant être pris en compte pour atteindre le degré de la vraisemblance prépondérante pour démontrer un refus d'embauche discriminatoire : le contenu de l'offre d'emploi, la motivation écrite du refus d'embauche, un comportement contradictoire de l'employeur constituent autant d'indices pertinents (cons. 2.4). Un rapport d'expertise d'une commission de conciliation en matière d'égalité constitue également un moyen de preuve concluant dans ce type de litige (cons. 4.4).

De la sorte, cet arrêt confirme un allègement du fardeau de la preuve dans les cas de discrimination à l'embauche à raison du sexe et apporte des précisions utiles sur les éléments de preuve pertinents à apporter dans ce type d'affaires.