[AZA 0]

1A.8/2000

Ie C O U R D E D R O I T P U B L I C
****

10 mars 2000

Composition de la Cour: MM. les Juges Aemisegger, Président, Aeschlimann et Jacot-Guillarmod. Greffier: M. Kurz.

_____

Statuant sur le recours de droit administratif
formé par

G._____, M._____et le Syndicat Suisse des services publics, à Zurich, tous trois représentés par Me Jean Studer, avocat à Neuchâtel,

contre

l'arrêt rendu le 25 novembre 1999 par le Tribunal administratif du canton de Neuchâtel, dans la cause qui oppose les recourants au Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel;

(égalité entre femmes et hommes)

Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les f a_i t_s suivants:

A.-
M._____ et G._____ ont été engagées le 1er novembre 1994 comme surveillantes auxiliaires à l'établissement mixte d'exécution des peines de Gorgier (ci-après: EEP Bellevue); elles ont été nommées à cette fonction le 1er janvier 1996, respectivement 1998. Le 27 avril 1998, le directeur de l'EEP a écarté la candidature de G._____ au poste de responsable des détenus en semi-liberté.

B.-
Après avoir constaté d'importants dysfonctionnements impliquant le personnel de surveillance et la direction de l'établissement, le Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel a décidé de mettre fin à la mixité en supprimant le secteur réservé aux femmes. Le 1er juillet 1998, il a modifié l'art. 3a du règlement des prisons du 7 juillet 1978, en réservant l'EEP Bellevue aux seuls détenus masculins, précisant à l'art. 38 al. 3 que sauf exception, le service des détenus était assuré par une personne du même sexe. Le même jour, il a informé M._____ et G._____ de la suppression de leur poste avec effet au 31 janvier 1999.

C.-
Le 16 décembre 1998, G._____, M._____ ainsi que le Syndicat suisse des services publics (ci-après: SSP) ont adressé au Conseil d'Etat neuchâtelois une requête en constatation et en cessation de discrimination et une demande d'indemnité, fondées sur la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 mars 1995 (LEg, RS 151). Même si la mixité de l'établissement avait été supprimée, des femmes (buandières, assistantes) continuaient à y travailler. Le règlement des prisons n'excluait d'ailleurs pas que des femmes soient détenues à l'EEP de Bellevue. M._____ avait trouvé un autre emploi pour le 1er janvier 1999, mais pas G._____: celle-ci demandait l'annulation de la décision du 1er juillet 1998 supprimant son poste, et une indemnité correspondant à trois mois de traitement.

D.-
Le 14 avril 1999, le Conseil d'Etat a rejeté la requête en constatation et en annulation de la suppression de poste (ch. 1 du dispositif). La surveillance des détenus par un personnel du même sexe tendait à éviter les relations affectives; elle était aussi motivée par la provenance culturelle et religieuse de certains détenus. La situation des surveillantes n'était pas comparable à celle des autres employées de l'établissement. Les art. 3a et 38 du règlement des prisons n'autorisait des dérogations qu'à titre exceptionnel. La demande d'indemnité était irrecevable (ch. 2 du dispositif), faute d'avoir été formée dans le délai de trois mois dès le refus d'embauche.

G._____, M._____ et le SSP ont recouru auprès du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel, en reprenant leurs conclusions.

E.-
Par arrêt du 25 novembre, le Tribunal administratif du canton de Neuchâtel s'est estimé compétent pour statuer, même en l'absence de disposition du droit cantonal, car l'art. 98a OJ exigeait une autorité judiciaire cantonale lorsque, comme en l'espèce, le recours de droit administratif était ouvert.

S'agissant du refus d'embauche, G._____ aurait dû agir à réception de la lettre du 27 avril 1998; celle-ci n'était certes pas une décision formelle, et émanait d'une autorité qui ne semblait pas compétente (l'engagement étant de la compétence du service du personnel de l'EEP); l'intéressée n'en devait pas moins requérir une décision formelle. En laissant s'écouler plus de huit mois, elle avait tardé à agir, de sorte que le Conseil d'Etat avait à juste titre déclaré irrecevable la demande d'indemnité et le recours devait être rejeté sur ce point.

En revanche, la requête en cessation de discrimination, et en constatation du caractère discriminatoire de la modification du règlement des prisons, n'était pas du ressort du Conseil d'Etat: elle devait être considérée comme un recours dirigé contre la décision du 1er juillet 1998 et contre la modification réglementaire du même jour, et aurait dû être transmise comme tel au Tribunal administratif. Sur ce point, le ch. 1 du dispositif de la décision attaquée a été annulé. Le recours a toutefois été jugé tardif, car il appartenait à l'intéressée d'agir dès qu'elle avait eu connaissance de la suppression de son poste. Il en allait de même à l'égard de la modification du règlement des prisons, contre laquelle les recourantes auraient dû agir en temps utile.

F.-
G._____, M._____ et le SSP forment un recours de droit administratif contre cet arrêt. Ils en demandent l'annulation, ainsi que le renvoi de la cause au Tribunal administratif pour nouvelle décision au sens des considérants.

Le Tribunal administratif et le Conseil d'Etat se réfèrent à leurs décisions respectives et concluent au rejet du recours.

C o_n s_i d_é_r a_n t_e n_d r_o i_t_:

1.-
Le Tribunal fédéral examine d'office la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 125 I 412 consid. 1a p. 414).

a) Le recours de droit administratif est ouvert contre les décisions cantonales qui sont fondées - ou auraient dû l'être - sur le droit public fédéral (art. 97, 98 let. g OJ). Il est également recevable contre des décisions fondées à la fois sur le droit cantonal et sur le droit fédéral, dans la mesure où la violation de dispositions de droit fédéral directement applicables est en jeu. Le recours de droit administratif peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris les droits constitutionnels (art. 104 let. a OJ; ATF 125 II 1 consid. 2a p. 5).

aa) En l'espèce, l'arrêt attaqué applique la LEg; le Tribunal administratif s'est en effet reconnu compétent pour statuer, malgré le silence du droit cantonal, car l'art. 98a OJ exige l'intervention d'une autorité judiciaire cantonale de dernière instance dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif. Sur le fond, l'arrêt est essentiellement motivé par des considérations d'ordre procédural liées au délai dans lequel doivent agir les personnes s'estimant victimes d'une discrimination.

Pour leur part, les recourants soutiennent en substance que l'approche procédurale de la cour cantonale les aurait privés du droit d'obtenir la constatation et la réparation de la discrimination invoquée.

bb) Alors qu'elle s'incorpore au droit privé pour les rapports régis par le code des obligations, la LEg s'applique directement au droit cantonal relatif à la fonction publique (ATF 124 II 409 consid. 1d p. 415 ss), et constitue dans ce cas du droit administratif fédéral. Le Tribunal fédéral examine d'office si le droit cantonal, tel qu'il a été appliqué, est compatible avec la loi sur l'égalité. Point n'est besoin à ce stade d'examiner si la tardiveté relevée par la cour cantonale se rapporte aux délais de procédure - relevant du droit cantonal - ou à la péremption des prétentions prévues par le droit fédéral. Dans les deux cas, les griefs peuvent être soulevés dans le cadre du recours de droit administratif. L'application du droit cantonal de procédure est toutefois examinée sous l'angle restreint de l'arbitraire.

b) A qualité pour agir par la voie du recours de droit administratif toute personne disposant d'un intérêt juridiquement protégé à l'annulation de la décision attaquée (art. 103 let. a OJ). Lorsque, dans une matière régie comme en l'espèce par le droit fédéral, l'autorité cantonale déclare un recours irrecevable, l'auteur de ce recours a qualité pour contester ce prononcé par la voie du recours de droit administratif (ATF 124 II 499 consid. 1b p. 502 et les arrêts cités). Tel est le cas en l'espèce, le Tribunal administratif, statuant à nouveau, a pour l'essentiel déclaré irrecevable l'acte du 16 décembre 1998, considéré comme un recours. Pour le surplus, le Tribunal administratif a confirmé le refus d'indemnité opposé à G._____, au motif que la demande en avait été formée tardivement. La recourante, qui se fondait sur l'art. 5 al. 2 LEg, a qualité pour agir. Enfin, point n'est besoin, vu l'issue de la cause, de rechercher si le SSP satisfait aux conditions prévues à l'art. 7 al. 1 LEg, en particulier l'incidence de la présente cause sur un nombre considérable de rapports de travail.

2.-
a) Les recourants reprochent au Tribunal administratif d'avoir traité leur requête en constatation et en cessation de discrimination comme un recours contre la suppression de leur poste de surveillantes. A l'instar du Conseil d'Etat, il y avait lieu de considérer leur démarche comme une requête au sens de l'art. 5 LEg, qui ne supposait ni une décision formelle préalable, ni un délai particulier. La décision de licenciement du 1er juillet 1998 n'indiquait pas les voie et délai de recours, de sorte qu'on ne pouvait leur reprocher d'avoir agi tardivement. G._____ et

M._____ n'étaient d'ailleurs pas restées inactives puisque le 27 août 1998, elle s'étaient plaintes d'une discrimination auprès de la sous-commission parlementaire chargée d'examiner l'ensemble du dossier des établissements de détention.

b) Selon l'art. 5 LEg, quiconque subit une discrimination au sens des art. 3 et 4 de la loi peut requérir le tribunal ou l'autorité administrative d'interdire la discrimination ou d'y renoncer (a), de la faire cesser si elle persiste (b), d'en faire constater l'existence si le trouble qui en résulte subsiste (c) ou d'ordonner le paiement du salaire dû (d). Lorsque la discrimination porte sur un refus d'embauche ou la résiliation de rapports de travail régis par le CO, la personne lésée ne peut prétendre qu'à une indemnité qui, en cas de refus d'embauche, n'excède pas trois mois de salaire (al. 2 et 4). L'art. 13 LEg règle les voies de droit pour les litiges portant sur les rapports de droit public fédéral ou cantonal; celles-ci sont régies par les dispositions générales sur la procédure fédérale.

c) Comme le relève la cour cantonale, la LEg ne précise ni les délais, ni les formes dans lesquelles les diverses prétentions mentionnées à l'art. 5 LEg peuvent être exercées. S'agissant de la fonction publique cantonale, le recourant doit d'abord épuiser les voies de recours que le droit cantonal met à sa disposition (FF 1993 I p. 1227). Sous réserve des règles générales de procédure fédérale (en particulier relatives à la qualité pour agir), les délais et formes en sont fixés par le droit cantonal de procédure. On ne saurait ainsi soutenir, comme le font les recourants, que la demande de constatation de la discrimination - résultant de la suppression des postes de surveillantes - était soumise à la seule exigence d'un trouble subi, en l'espèce, par dame G._____. Pour autant que l'aménagement des moyens de droit cantonaux permette aux personnes et organisations légitimées de se prévaloir efficacement des droits mentionnés à l'art. 5 LEg, les recourants ne pouvaient se dispenser d'agir conformément à la procédure cantonale.
aa) La démarche des recourants tendait à faire constater que la suppression des postes de surveillantes, par modification du règlement des prisons puis par la résiliation proprement dite des rapports de service, avait un caractère discriminatoire. La requête tendait aussi à la "cessation" de cette discrimination à l'égard de G._____, dans le sens d'une annulation de la décision du 1er juillet 1998.

La demande en constatation prévue à l'art. 5 al. 1 let. c suppose que le dommage lié à la discrimination perdure, et qu'il existe un intérêt à sa constatation. Tel est le cas lorsqu'il existe un danger de réitération. La constatation est particulièrement utile dans le cadre de l'action des organisations mentionnées à l'art. 7 LEg (Bigler-Eggenberger/ Kaufmann, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Bâle 1997 p.

136 n°18). De même, l'action en cessation du trouble, de même nature que celle prévue à l'art. 28 CC, vise à supprimer un fait discriminatoire qui dure encore. Ces démarches n'ont guère de sens lorsque les intéressés peuvent obtenir satisfaction en entreprenant directement l'acte litigieux. Or, lorsque les rapports de travail sont fondés sur le droit public, le travailleur lésé peut requérir l'autorité d'interdire la résiliation, ou de l'annuler si elle a déjà eu lieu, et d'ordonner la réintégration (Cossali Sauvain, Egalité entre femmes et hommes, FJS 545 p. 5).

Les recourantes avaient donc la faculté d'invoquer la LEg à l'encontre de la décision du 1er juillet 1998, mettant fin aux rapports de service pour le 31 janvier 1999.

bb) Cette décision ne comporte pas d'indication des voies de recours, les décisions rendues à ce sujet par le Conseil d'Etat étant définitives en vertu de l'art. 28 LPJA. En principe, le défaut d'indication des voies de droit ne doit pas porter préjudice au justiciable. Ce principe, exprimé notamment à l'art. 38 PA, est la conséquence du devoir de l'Etat de se comporter de bonne foi à l'égard des administrés (Egli, La protection de la bonne foi dans le procès, in: Juridiction constitutionnelle et juridiction administrative, Recueil de travaux publiés sous l'égide de la Ie Cour de droit public du Tribunal fédéral suisse, Zurich 1992 p. 225-241, 231; cf. art. 5 al. 3 et art. 9 Cst.). Lorsque l'indication des voies de droit fait défaut, on peut envisager soit la prorogation du délai de recours, soit la possibilité d'en demander la restitution. L'administré est toutefois tenu, lui aussi, de se comporter de bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.). Ainsi, lorsque l'indication exigée fait défaut, ou est incomplète, on peut attendre du justiciable qu'il prenne les devants en recherchant lui-même les informations nécessaires, car il ne saurait se prévaloir sans limite de ce qui ne provient que d'une négligence de l'administration. Passé un délai raisonnable, il n'est plus admis à s'en prévaloir (op. cit. p. 232; ATF 116 Ia 215 consid. 2 p. 220, 102 Ib 91 consid. 3 p. 93). La sécurité du droit serait gravement compromise si une décision comme un refus d'embauche ou un licenciement pouvait indéfiniment être remise en cause.

cc) Il n'est pas contesté que la décision par laquelle le Conseil d'Etat a mis fin aux rapports de service n'était en principe pas attaquable. Elle ne l'était en l'espèce, malgré le silence du droit cantonal, qu'en fonction des griefs soulevés, qui ont trait à l'application de la LEg. La possibilité de recourir n'était donc guère évidente. Il n'empêche que les recourantes ont manifestement tardé à agir. On pouvait en effet s'attendre à une certaine diligence de leur part, dès lors que la décision contestée les affectait gravement dans leur situation juridique. La cour cantonale pouvait par conséquent, sans violer le droit fédéral ou le droit can-

tonal, considérer que les recourantes, en attendant près de six mois avant de se manifester, avaient agi tardivement.
Les recourantes contestent être restées inactives.
Elles soutiennent que leur lettre du 27 août 1998 à la sous-commission du Grand Conseil, devait être considérée comme un recours et transmise à l'autorité compétente pour statuer. On cherche toutefois en vain, dans cette lettre, la volonté des recourantes de remettre en cause la décision du 1er juillet 1998. La seule référence à la LEg ne se rapporte pas à la cessation des rapports de service, mais au refus d'engagement, prononcé auparavant le 27 avril 1998. A défaut de conclusion et de motivation claires, l'autorité n'avait aucune raison de tenir cette lettre pour un recours, et encore moins de la transmettre à l'autorité compétente.

3.-
Les considérations qui précèdent conduisent également au rejet des griefs concernant la demande d'indemnité formée par G._____.

a) La cour cantonale relève à cet égard que la recourante a eu connaissance du refus de son engagement en tant que responsable des détenus en semi-liberté, par lettre de la direction de l'EEP Bellevue du 27 avril 1998. Cette autorité ne paraissait pas compétente, puisque l'engagement était en principe de la compétence du service du personnel; par ailleurs, cette communication n'avait pas de caractère décisionnel. Le Tribunal administratif n'en a pas moins considéré qu'il appartenait à la recourante d'exiger une décision formelle, si elle entendait se prévaloir d'une discrimination à l'embauche et exiger une indemnité pour ce motif. Cette considération ne viole en rien le droit fédéral.

b) L'art. 13 al. 2 LEg prévoit qu'en cas de discrimination lors de la création des rapports de travail, les personnes dont la candidature n'a pas été retenue peuvent faire valoir leur droit à l'indemnité en recourant directement contre la décision de refus d'embauche, sans avoir à faire constater préalablement la discrimination invoquée, (Bigler-Eggenberger/Kaufmann, op. cit. n°40 p. 288). S'agissant du personnel de l'administration cantonale, le candidat évincé doit utiliser les moyens de droit disponibles, en recourant soit à l'autorité administrative, soit à l'autorité judiciaire désignée par le droit cantonal (op. cit. p. 286).
L'art. 8 LEg, applicable aux rapports de droit privé, prévoit un délai de péremption de trois mois dès la communication du refus d'embauche. En l'absence de réponse de l'employeur, le candidat doit agir sans tarder, car une demande formée largement au-delà du délai pendant lequel le candidat peut s'attendre à une réponse positive, peut être tenue pour abusive (Cossali Sauvain, op. cit. p. 16).

Pour les rapports de droit public, l'art. 13 al. 2

LEg ne prévoit pas de délai de péremption de trois mois. Un tel délai n'aurait pas de sens, dès lors que l'intéressé doit agir par la voie du recours contre une décision, dans les délais impartis à cet effet. On ne saurait donc affirmer, comme le font les recourants, que la prétention peut être exercée en tout temps. La sécurité du droit exige, ici aussi, que l'intéressé ne tarde pas à agir après avoir eu connaissance du refus d'embauche. Comme pour les rapports de droit privé, le candidat évincé qui n'obtient pas de réponse doit agir sans tarder, en exigeant le cas échéant une décision formelle.

Comme le relève la cour cantonale, l'intéressée a parfaitement compris le sens de la communication du 27 avril 1998 écartant sa candidature. Cette communication ne revêtait pas de caractère décisionnel, le droit cantonal ne prévoyant pas la notification d'une décision aux personnes dont la candidature est écartée. La recourante qui s'estimait victime d'une discrimination pouvait toutefois, en s'entourant au besoin des conseils nécessaires, exiger une décision formelle (FF 1993 I 1227) contre laquelle elle aurait pu recourir. Sur ce point également, le Tribunal administratif pouvait considérer que la demande, formée quelque huit mois après le refus d'embauche, était tardive.

4.-
Sur le vu de ce qui précède, l'arrêt attaqué ne viole pas le droit fédéral. Le recours de droit administratif doit par conséquent être rejeté, dans la mesure où il est recevable. Conformément à l'art. 13 al. 5 LEg, il n'est pas perçu d'émolument judiciaire.

Par ces motifs,

l e T r_i b_u n_a l f_é_d_é_r a_l_:

1. Rejette le recours dans la mesure où il est recevable.

2. Dit qu'il n'est pas perçu d'émolument judiciaire.

3. Communique le présent arrêt en copie au mandataire des recourants, au Conseil d'Etat et au Tribunal administratif du canton de Neuchâtel.

_____

Lausanne, le 10 mars 2000
KUR/col

Au nom de la Ie Cour de droit public

du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:

Le Président,

Le Greffier,