CERT

Jean-Philippe Dunand I Karine Lempen I
Pascal Mahon (éds/Hrsg.)

L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail

1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg

Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt

1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz

Préface de Monsieur le Conseiller fédéral Alain Berset
Vorwort von Herrn Bundesrat Alain Berset

CERT
Centre d'étude des relations de travail

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement des Innern EDI
Département fédéral de l'intérieur DFI
Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG
Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG

unine
UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail
1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg

Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt
1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz

Jean-Philippe Dunand
Karine Lempen
Pascal Mahon

Volume 7

Jean-Philippe Dunand I Karine Lempen I
Pascal Mahon (éds/Hrsg.)

L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail

1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg

Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt

1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz

Préface de Monsieur le Conseiller fédéral Alain Berset
Vorwort von Herrn Bundesrat Alain Berset

CERT
Centre d'étude des relations de travail

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement des Innern EDI
Département fédéral de l'intérieur DFI
Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG
Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES
§ 2016

Citation suggérée de l'ouvrage : Jean-Philippe Dunand, Karine Lempen, Pascal Mahon (éds / Hrsg.) L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, Collection CERT, Genève / Zurich 2016, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8577-9

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2016
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine, 119, avenue Milcamps, 1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek : La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse http://dnb.d-nb.de.

Table des matières/Inhaltsverzeichnis

Table des abréviations/Verzeichnis der Abkürzungen XIII

Première partie – La loi sur l'égalité : cadre général et mise en œuvre

Erster Teil – Das Gleichstellungsgesetz : Allgemeiner Rahmen und Umsetzung

Les fondements de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes 1

Pascal Mahon

Docteur en droit, professeur et vice-recteur de l'Université de Neuchâtel

Federica Steffanini

Master en droit, assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel

L'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité (LEg) 35

Jean-Philippe Dunand

Docteur en droit, avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel

La protection contre les discriminations fondées sur la maternité selon la LEg 73

Stéphanie Perrenoud

Docteure en droit, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg 95

Florence Aubry Girardin

Docteure en droit, juge fédérale

Gleichstellungsgesetz wird es noch lange brauchen **119**

Susy Stauber-Moser

Dr. iur., Rechtsanwältin und Mediatorin SAV/SDV-FSM, Vorsitzende der Schlichtungsbehörde nach Gleichstellungsgesetz im Kanton Zürich

Aner Voloder

Lic. iur., Projektleiter, Fachstelle für Gleichstellung der Stadt Zürich

Frauendiskriminierung? Eine Beleidigung **123**

Rosemarie Weibel

Rechtsanwältin

Deuxième partie – La discrimination salariale devant les tribunaux

Zweiter Teil – Die Lohndiskriminierung vor Gericht

La discrimination salariale au regard de la jurisprudence récente (2011-2015) **135**

Karine Lempen

Docteure en droit, professeure à l'Université de Genève

Die «objektiven» Rechtfertigungsgründe für eine Lohndiskriminierung und ihr Beweis **159**

Thomas Geiser

Docteur en droit, professeur à l'Université de St-Gall

Lohndiskriminierungen will man häufig nicht wahrhaben **175**

Elisabeth Freivogel

Lic. iur. LL.M. Rechtsanwältin und Mediatorin SAV

Aner Voloder

Lic. iur., Projektleiter, Fachstelle für Gleichstellung der Stadt Zürich

Réflexions sur l'action judiciaire individuelle pour discrimination salariale **179**

Christian Bruchez

Avocat, spécialiste FSA en droit du travail

La discrimination salariale dans le canton de Vaud : problèmes choisis 191

Christine Sattiva Spring

Docteure en droit, avocate, spécialiste FSA en droit du travail, chargée de cours à l'UNIL

Troisième partie – La mesure de la discrimination salariale et les contrôles

Dritter Teil – Die Messung von Lohndiskriminierung und die Kontrollen

Expertise en matière de discrimination salariale : le point de vue économique 201

Yves Flückiger

Docteur en économie, professeur et recteur de l'Université de Genève

Egalité salariale entre femmes et hommes : état des lieux 223

Claudio Marti Whitebread

Advokat, Wissenschaftlicher Mitarbeiter Fachbereich Recht, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), Bern

Lohngleichheitskontrollen im Beschaffungswesen des Bundes 239

Oliver Schröter

Dr. rer. pol., Ökonom, Fachbereich Arbeit, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), Bern

Claudio Marti Whitebread

Advokat, Wissenschaftlicher Mitarbeiter Fachbereich Recht, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), Bern

Des mesures incitatives aux mesures contraignantes : analyse des instruments de contrôle étatiques pour instaurer l'égalité 267

Cesla Amarelle

Docteure en droit, professeure à l'Université de Neuchâtel, conseillère nationale

Quatrième partie – Les mesures d'encouragement
Vierter Teil – Die Fördermassnahmen

Egalité des sexes et mesures positives : la voie difficile de l'égalité effective **279**

Christine Sattiva Spring

Docteure en droit, avocate, spécialiste FSA en droit du travail, chargée de cours à l'UNIL

Le *topsharing* : un moyen pour briser le plafond de verre ? **305**

Régine Delley

Avocate, CNCI, responsable du conseil juridique aux entreprises i-lex

JEAN-PHILIPPE DUNAND

L'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité (LEg)

Sommaire

		Page
I.	Introduction	36
II.	Notion de discrimination à l'embauche (art. 3 LEg)	37
	A. Eléments constitutifs	37
	1. Traitement différencié fondé sur le sexe	38
	2. Absence de motif justificatif	40
	B. Processus de sélection	42
	1. Offre d'emploi	43
	2. Entretien d'embauche	43
	C. Pratique judiciaire	45
	1. Refus d'embauche discriminatoires	46
	2. Refus d'embauche non discriminatoires	46
III.	Preuve	47
	A. Principes généraux	47
	B. Preuve de la discrimination à l'embauche	50
IV.	Procédure	53
	A. Rapports de travail régis par le Code des obligations (art. 8 LEg)	54
	1. Motivation écrite du refus d'embauche (art. 8 al. 1 LEg)	54
	a) Requête de la personne non engagée	54
	b) Motivation écrite	55
	2. Action en justice dans les trois mois (art. 8 al. 2 LEg)	56
	a) Communication du refus d'embauche	57
	b) Calcul du délai de péremption	58
	c) Dépôt de l'action	59
	B. Rapports de travail de droit public (art. 13 al. 2 LEg)	59
V.	Action en paiement d'une indemnité (art. 5 al. 2 et al. 4 LEg)	60
	A. Nature de l'indemnité	61
	B. Montant de l'indemnité	62
	1. Une seule personne réclame l'indemnité	62
	2. Plusieurs personnes réclament l'indemnité	64
	C. Autres actions possibles ?	65
	1. Les autres actions prévues dans la LEg	65
	2. Les actions générales du droit commun	66
VI.	Qualité pour agir des organisations (art. 7 LEg)	67

VII. Conclusion 69

VIII. Bibliographie 70

I. Introduction

La loi sur l'égalité entre femmes et hommes s'applique à l'ensemble des rapports de travail, que ceux-ci relèvent du droit privé ou du droit public fédéral, cantonal ou communal (cf. art. 2 LEg). Selon l'art. 3 al. 1 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, de leur grossesse ». L'art. 3 al. 2 LEg précise que l'interdiction de toute discrimination s'applique également à l'embauche. Comme l'a relevé le Conseil fédéral, il n'est « guère possible d'assurer l'égalité de traitement dans l'emploi si l'on n'interdit pas également les discriminations dans l'accès à l'emploi »[1].

La protection légale contre ce type de discrimination est relativement peu connue. Un arrêt récent du Tribunal cantonal des Grisons nous donne l'occasion de nous pencher sur la question. Dans cette affaire, une femme avait postulé par courriel à un poste de « Réceptionniste (h/f) » dans un hôtel. Le lendemain, le directeur avait répondu par courriel qu'entre-temps la société avait déjà engagé suffisamment de femmes pour travailler à la réception et qu'elle ne cherchait désormais plus qu'un homme. Saisie par la personne non engagée, l'autorité cantonale de première instance a considéré que la demanderesse avait été l'objet d'une discrimination à l'embauche et a condamné l'employeur à lui verser une indemnité d'un montant de 1'000 frs. Le Tribunal cantonal a confirmé cette décision[2].

Nous traiterons de la discrimination à l'embauche dans la LEg en répondant, dans l'ordre, aux cinq questions suivantes :

– En quoi consiste une discrimination à l'embauche ?
– Qui supporte la charge de la preuve ?
– La loi prévoit-elle une procédure particulière ?
– Quels sont les droits de la victime ?
– Les organisations peuvent-elles agir en justice ?

---

1 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1212.

2 Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons du 16 septembre 2014, *in* : JAR 2015 503.

Nous devrons limiter notre analyse d'un triple point de vue en renvoyant les lecteurs à des contributions plus spécifiques. Ainsi, nous ne traiterons pas des sources internationales relatives à la discrimination à l'embauche[3]. Par ailleurs, nous nous concentrerons sur la discrimination à l'embauche à raison du sexe et n'examinerons pas d'autres types de discrimination à l'embauche (à raison de la race, par exemple)[4]. Enfin, nous ne ferons qu'aborder, sous l'angle de la procédure applicable, la discrimination à l'embauche dans les rapports de travail de droit public[5], étant entendu que la loi sur l'égalité a créé, dans son champ d'application, un droit du travail matériel unifié pour les secteurs privé et public[6].

II. Notion de discrimination à l'embauche (art. 3 LEg)

Il s'agit ici de décrire les éléments constitutifs d'une discrimination à l'embauche (**section A**) et de déterminer comment se concrétise la protection lors du processus de sélection (**section B**). Nous donnerons également quelques exemples tirés de la pratique judiciaire (**section C**).

A. Eléments constitutifs

Il y a discrimination à l'embauche au sens de l'art. 3 LEg lorsqu'une personne n'est pas engagée à un poste pour lequel elle s'est portée candidate, en raison de son sexe (**1**), et sans que l'employeur ne puisse invoquer un motif justificatif (**2**). Notons toutefois que lorsqu'une personne déjà employée dans une entreprise est candidate à un autre poste auprès du même employeur et que sa candidature n'est pas retenue pour une raison discriminatoire, elle est victime dans la plupart des cas d'une discrimination à la promotion, également prohibée par l'art. 3 LEg, et non d'une discrimination à l'embauche.

---

3 Sur les sources du droit européen en matière d'interdiction de la discrimination à l'embauche à raison du sexe, cf. l'étude d'UEBERSCHLAG, citée dans notre bibliographie. Voir aussi PÄRLI, p. 51 ss.

4 Sur les divers types de discrimination dans les rapports de travail de droit privé, cf. l'ouvrage de PÄRLI, cité dans notre bibliographie, ainsi que PÄRLI/HUG/PETRIK, N 131 ss, p. 65 ss. Pour des exemples jurisprudentiels de discrimination à l'embauche en raison de la race, cf. jugement du Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne du 1er juin 2005, *in* : JAR 2006 531 et jugement du Tribunal des prud'hommes de Zurich du 13 janvier 2006, *in* : JAR 2007 509.

5 Sur l'application de la loi sur l'égalité aux rapports de travail de droit public, cf. la monographie d'ARIOLI et de FURRER ISELI, citée dans notre bibliographie.

6 CLEg-BRUCHEZ, N 3 *ad* art. 13 LEg, p. 279.

La distinction est loin d'être académique puisque les règles sur le fardeau de la preuve et les conséquences de la discrimination ne sont pas les mêmes[7].

1. Traitement différencié fondé sur le sexe

La loi sur l'égalité interdit tout traitement différencié à raison du sexe, qui repose notamment sur l'état civil, la situation familiale ou, s'agissant des femmes, la grossesse de la victime (art. 3 al. 1 LEg). Une personne ne peut être exclue de l'accès à un emploi ou être défavorisée dans l'accès à un emploi en raison de son sexe (art. 3 a. 2 LEg)[8].

L'interdiction de discriminer instaurée par la LEg présente un caractère absolument impératif. Toute disposition d'une convention collective ou d'un contrat individuel de travail qui contreviendrait à cette interdiction serait nulle de plein droit[9]. Il est sans importance que l'employeur démontre avoir agi sans intention discriminatoire[10]. En effet, une faute n'est pas requise, de sorte que l'interdiction s'applique aussi bien aux discriminations non intentionnelles qu'aux discriminations intentionnelles[11].

La loi interdit toute différence de traitement injustifiée entre travailleuses et travailleurs[12]. Même si la situation est rare en pratique, un homme peut donc également se plaindre d'une discrimination à l'embauche au sens de l'art. 3 LEg[13]. Pour qu'une discrimination soit admise, il n'est pas nécessaire que toutes les femmes ou tous les hommes soient discriminés par rapport au sexe opposé. Il suffit, en effet, qu'une partie du groupe des femmes ou une partie du groupe des hommes soit discriminée[14]. Ainsi, une femme discriminée en raison d'une grossesse ou de sa situation familiale est désavantagée non seulement par rapport aux hommes, mais aussi par rapport aux femmes sans enfants[15].

La loi sur l'égalité ne s'applique, en revanche, pas aux discriminations entre femmes ou entre hommes[16]. La question de savoir si la LEg vise aussi l'élimination des inégalités fondées sur les préférences sexuelles ou l'identité de genre (homosexualité, transidentité)

---

7 Sur ces questions, cf. K GIG-FREIVOGEL, N 23 *ad* art. 3 LEg, p. 63 s ; UEBERSCHLAG, N 17 ss, p. 7 s.

8 CLEg 2000-FREIVOGEL, N 34 *ad* art. 3 LEg, p. 61 ; K GIG-FREIVOGEL, N 22 *ad* art. 3 LEg, p. 62.

9 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1212. Voir aussi, TAF A-1782/2006 du 24 mai 2007, consid. 2.1.

10 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1212.

11 WYLER/HEINZER, p. 869.

12 CLEg-LEMPEN, N 2 *ad* art. 3 LEg, p. 34.

13 Pour un exemple concret, cf. autorité de conciliation du canton de Zurich, 5 mars 2004, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/110 (place réservée à une femme dans un « *Frauenteam* »).

14 CLEg-LEMPEN, N 2 *ad* art. 3 LEg, p. 34.

15 CLEg-LEMPEN, N 2 *ad* art. 3 LEg, p. 34.

16 WYLER/HEINZER, p. 867.

est délicate[17]. En principe, les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ne relèvent pas de l'art. 3 LEg[18]. Les préférences sexuelles sont toutefois pertinentes lorsqu'elles mettent en évidence une différence entre les femmes et les hommes. Constitue en ce sens un comportement discriminatoire le traitement différencié des travailleurs homosexuels de sexe féminin par rapport aux travailleurs homosexuels de sexe masculin, ou vice-versa[19]. Notons que, dans un cas zurichois, il a été considéré qu'il était discriminatoire et contraire à la loi sur l'égalité de demander à un postulant s'il était homosexuel (« *schwul* »)[20].

La discrimination peut être directe ou indirecte. Une discrimination est dite « directe » lorsqu'elle se fonde directement ou 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[21]. L'interdiction de la discrimination directe à l'embauche signifie qu'un refus d'embauche ne peut en principe se fonder explicitement sur le critère du sexe ou de la grossesse[22]. Il est, par exemple, discriminatoire d'exclure par principe les femmes d'un poste de surveillant dans un établissement d'exécution des peines destiné aux hommes[23]. Il est évidemment aussi discriminatoire de ne pas engager une femme qui a indiqué ou déclaré lors du processus de recrutement (dossier de candidature, conversation téléphonique, entretien d'embauche), être mère d'enfants, enceinte, ou qui a fait part de son souhait d'avoir des enfants. Il s'agit d'ailleurs des cas les plus fréquents de discrimination à l'embauche[24].

La discrimination est qualifiée d' « indirecte » lorsque le critère utilisé, qui s'applique apparemment de manière indifférente à l'un et l'autre sexe, a ou peut avoir pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans justification objective, de sorte qu'il n'est pas neutre s'agissant des effets de son application entre les groupes considérés[25]. Ainsi, l'on se trouvera en présence d'une

---

17 CLEg-COSSALI SAUVIN, N 17 *ad* art. 1 LEg, p. 26.

18 CLEg-LEMPEN, N 4 *ad* art. 3 LEg, p. 35.

19 CLEg-COSSALI SAUVIN, N 19 *ad* art. 1 LEg, p. 26.

20 Autorité de conciliation du canton de Zurich, 22 mars 2002, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/71.

21 TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, consid. 5.1 ; Conseil fédéral, FF 1993 I 1210.

22 CLEg-LEMPEN, N 14 *ad* art. 3 LEg, p. 43.

23 Arrêt du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel du 4 avril 2001, www.leg.ch NE/02.

24 CLEg 2000-BIGLER-EGGENBERGER, N 6 *ad* art. 8 LEg, p. 212. Pour des cas d'application, cf. autorité de conciliation du canton de Nidwald, 10 janvier 2008, www.gleichstellungsgesetz.ch NW/1 ; autorité de conciliation du canton de Zurich, 12 mai 2009, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/189 ; autorité de conciliation du canton de Berne, 10 juin 2010, www.gleichstellungsgesetz.ch BE/78 ; autorité de conciliation du canton de Zurich, 16 mars 2012, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/238 ; autorité de conciliation du canton de Bâle-Ville, 16 mars 2012, www.gleichstellungsgesetz.ch BS/52.

25 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1210.

discrimination indirecte à l'embauche lorsque l'accès à l'emploi dépend d'un critère neutre au premier abord mais qui a pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans justification objective[26]. Constitueront le plus souvent des critères de sélection (indirectement) discriminatoires au détriment des femmes les exigences de taille (les femmes sont en moyenne moins grandes que les hommes), d'âge limite (les femmes ont généralement besoin, pour des raisons familiales, de plus de temps que les hommes pour accomplir le même parcours d'études ou professionnel), ou relatives à la situation familiale (conception traditionnelle des rôles féminins et masculins, selon laquelle une femme qui a des enfants en bas âge est censée par exemple ne pas être en mesure d'effectuer des heures supplémentaires)[27].

2. Absence de motif justificatif

Le critère du sexe, qui se fonde notamment sur l'état civil, la situation familiale ou la grossesse, est potentiellement discriminatoire et donc en principe prohibé[28]. Toutefois, le caractère discriminatoire d'une mesure disparaît si celle-ci est justifiée objectivement[29]. Un critère peut être justifié objectivement, même s'il a pour effet de désavantager un plus grand nombre de femmes que d'hommes, lorsqu'il est exigé par l'exécution du travail[30].

La loi ne contient pas une énumération des motifs objectifs pertinents. La liste de motifs est donc ouverte et soumise à l'appréciation des tribunaux[31]. Peuvent par exemple entrer en ligne de compte, dans certaines circonstances, des motifs de nature biologique ou des considérations de politique sociale, comme le souhait de favoriser des personnes qui ont des charges de famille[32]. Pour qu'une différence de traitement soit justifiée, il ne suffit évidemment pas que l'employeur invoque n'importe quel motif : il doit au contraire démontrer qu'il poursuit un but objectif qui répond à un véritable besoin de l'entreprise et que les mesures discriminatoires adoptées sont propres à atteindre le but recherché sous l'angle de la proportionnalité[33]. En tous les cas, lorsqu'une femme n'a pas été engagée pour une raison discriminatoire liée au sexe, par exemple parce qu'elle a déclaré lors de

26 CLEg-LEMPEN, N 20 *ad* art. 3 LEg, p. 46.
27 CLEg-LEMPEN, N 20 s *ad* art. 3 LEg, p. 46 s.
28 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1211.
29 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1211.
30 WYLER/HEINZER, p. 870.
31 CLEg-WYLER, N 29 *ad* art. 6 LEg, p. 167.
32 CLEg-LEMPEN, N 11 *ad* art. 3 LEg, p. 40 s ; MILANI, p. 51 ss.
33 ATF 130 III 145, consid. 5.2 ; Conseil fédéral, FF 2003 I 1211.

l'entretien d'embauche qu'elle envisageait d'avoir des enfants, le fait que l'employeur ait embauché une (autre) femme ne constitue pas un motif justificatif pertinent[34].

Un motif justificatif peut être invoqué pour tout traitement potentiellement discriminatoire (discrimination directe ou indirecte). Ainsi, dans certains cas, le sexe ou la grossesse sont susceptibles de représenter des critères déterminants pour l'exécution du travail et donc la sélection des candidats lors de la procédure de recrutement. En effet, par leur nature et le contexte dans lequel ils s'exercent, certains emplois ne peuvent être occupés que par une personne d'un sexe donné[35]. Dans son Message de 1993, le Conseil fédéral a mentionné les trois exemples suivants : les raisons d'authenticité dans les métiers du spectacle ou de la mode (acteurs, chanteurs, mannequins, modèles, etc.) ; le cadre d'une institution sociale destinée aux personnes de l'un des deux sexes (par exemple, un centre pour les femmes victimes de violence[36]) ; ou des motifs religieux (engagement d'un prêtre catholique, par exemple)[37].

Alors qu'elle constitue en principe un critère clairement discriminatoire, la grossesse peut, paradoxalement, aussi justifier parfois la décision de non-embauche[38]. Un refus d'embauche fondé sur la grossesse s'avérera, par exemple, admissible lorsqu'il apparaît d'emblée que le travail n'est pas susceptible d'être effectué par une femme enceinte (activité de mannequin, par exemple)[39]. Plus délicate est la question de savoir si un employeur peut rejeter la candidature d'une femme enceinte en se fondant sur les dispositions de droit public qui visent à protéger les femmes enceintes et les enfants à naître (cf. art. 35 LTr, 62, 64 et 65 OLT1, ordonnance sur la protection de la maternité[40])[41]. Certains auteurs ont relevé de manière non contestable que ces dispositions ont pour but la protection des femmes enceintes, et non la limitation de leur engagement[42]. Ainsi, selon une partie de la doctrine, l'employeur ne devrait pouvoir invoquer la grossesse comme motif justificatif que lorsqu'il cherche à engager une employée pour une période de temps limité, que l'interdiction d'occuper l'employée couvrira une grande partie de la durée des

---

34 MILANI, p. 51. Pour un cas concret, cf. autorité de conciliation du canton de Zurich, 6 avril 1998, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/24.

35 CLEg-LEMPEN, N 15 *ad* art. 3 LEg, p. 44.

36 Pour un cas d'application dans lequel un avocat a postulé pour travailler en qualité de conseiller dans un centre accueillant des femmes victimes de violence, cf. autorité de conciliation du canton de Zurich, 20 mars 2009, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/185.

37 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1212.

38 PERRENOUD, p. 768 s.

39 CLEg-LEMPEN, N 15 *ad* art. 3 LEg, p. 44.

40 Ordonnance du DEFR sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité du 20 mars 2001, RS 822.111.52.

41 Pour un résumé de la problématique, cf. GIAUQUE, p. 157 s.

42 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 8 *ad* art. 320 CO, p. 47.

rapports de travail, et que l'on ne peut attendre raisonnablement de l'employeur qu'il affecte l'employée à un poste équivalent ne présentant aucun danger[43].

Enfin, rappelons que l'art. 3 al. 3 LEg contient une réserve en ce sens que les mesures appropriées visant à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes ne constituent pas une discrimination. Il s'agit d'éviter que les mesures prises par un employeur en vue d'améliorer la représentation des femmes dans l'entreprise ne soient qualifiées de discriminatoires au sens de l'art. 3 al. 1 et al. 2 LEg[44]. Parmi les mesures positives envisageables en matière d'accès à l'emploi on peut mentionner une offre d'emploi encourageant les candidatures du sexe sous-représenté ou l'adoption de quotas pour le recrutement de personnel[45]. Dans un cas zurichois, une entreprise a par exemple souhaité recruter une femme comme « *Personalassistentin* » pour une filiale active dans le secteur de la construction dans laquelle ne travaillaient que des hommes[46].

B. Processus de sélection

L'interdiction de la discrimination à l'embauche déploie ses effets durant tout le processus de sélection des candidates et candidats, du dépôt de la première candidature au refus définitif d'engagement[47]. L'interdiction vaut également pour les offres d'emploi spontanées[48]. Il importe peu que l'employeur écarte la victime de la discrimination sur la base de son dossier de candidature, d'un entretien téléphonique, ou seulement après l'avoir auditionnée[49]. Il est en revanche déterminant que la personne discriminée ait déposé sa candidature de manière sérieuse, qu'elle ait respecté la procédure prévue par l'employeur (dossier de candidature, entretien d'embauche, tests) et qu'elle ait eu la réelle volonté d'occuper le poste[50]. Tel n'est pas le cas du candidat qui ne correspond à l'évidence pas

43 CLEg-LEMPEN, N 23 *ad* art. 3 LEg, p. 49 ; PERRENOUD, p. 769 ; UEBERSCHLAG, N 466 ss, p. 194 ss.

44 WYLER/HEINZER, p. 872.

45 CLEg-LEMPEN, N 41 *ad* art. 3 LEg, p. 61. Sur l'admissibilité des quotas, cf. ATF 131 II 361, consid. 5-7 ; TF 2P.277/2004 et 2A.637/2004 du 19 janvier 2006, consid. 3-4 ; CLEg-LEMPEN, N 42 ss *ad* art. 3 LEg, p. 61 ss.

46 Autorité de conciliation du canton de Zurich, 17 juin 2013, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/275.

47 GIAUQUE, p. 156.

48 MILANI, p. 45.

49 GIAUQUE, p. 156 s.

50 ARIOLI/FURRER ISELI, N 126, p. 55 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 9 s *ad* art. 8 LEg, p. 280 s ; UEBERSCHLAG, N 727, p. 290. Pour des cas d'application, cf. arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 8 février 2006, cause PB.2005.00049, consid. 3.1 ; décision du Tribunal arbitral du travail du canton de Bâle-Ville du 17 décembre 1998, *in* : BJM 2001 88.

au profil et qui n'accompagne pas sa postulation des documents usuels[51]. Nous souhaitons traiter ici des conséquences d'une offre d'emploi discriminatoire (**1**) et des modalités de l'entretien d'embauche, lequel a souvent un impact décisif sur la décision contestée de refus d'embauche (**2**).

1. Offre d'emploi

Une offre d'emploi peut parfaitement être discriminatoire. Il en irait ainsi, par exemple, d'une annonce ne s'adressant qu'aux hommes et/ou aux femmes d'âge mûr[52]. Dans le projet du Conseil fédéral, les offres d'emploi faisaient partie de la liste non exhaustive des discriminations prohibées. De manière un peu contradictoire, le projet ne prévoyait toutefois pas de sanction spécifique : une offre d'emploi discriminatoire ne donnait pas lieu à une indemnité fondée sur la loi sur l'égalité[53]. Le Parlement a cependant décidé de biffer les offres d'emploi de la liste des comportements discriminatoires[54].

Ainsi, une personne ne peut réclamer en justice une indemnité fondée sur la LEg pour la seule raison qu'elle s'estimerait discriminée par une offre d'emploi[55]. En revanche, si cette personne postule et que son dossier est écarté, la discrimination dans l'offre d'emploi pourra être examinée en relation avec le refus concret d'embauche et sanctionnée indirectement, dans la mesure où elle constituerait, selon les circonstances, l'un des indices permettant de conclure à l'existence d'une discrimination à l'embauche[56].

2. Entretien d'embauche

L'entretien d'embauche est un moment souvent décisif dans la décision de l'employeur d'engager ou non une personne candidate. Il est admis que les règles sur la protection de la personnalité des travailleurs et travailleuses (cf. art. 328 et 328b CO) s'appliquent déjà durant les pourparlers précontractuels[57]. De même, dans la mesure où la loi sur l'égalité interdit la discrimination à l'embauche, elle protège nécessairement les personnes candidates contre tout comportement discriminatoire, au sens de l'art. 3 LEg, lors de l'entretien d'embauche.

---

51 Autorité de conciliation du canton de Zurich, 18 novembre 2005, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/129.

52 GIAUQUE, p. 157.

53 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1214.

54 BO CE 1994, p. 817 ss.

55 WYLER/HEINZER, p. 883.

56 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1214 et 1221 ; CLEg 2000-BIGLER-EGGENBERGER, N 28 *ad* art. 5 LEg, p. 141 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 16 *ad* art. 320 CO, p. 158.

57 TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2.

Selon l'art. 328b CO, seules sont admissibles, lors de la procédure de recrutement, les questions (orales ou résultant d'un questionnaire) qui portent sur des aptitudes de la candidate ou du candidat à remplir son emploi ou qui sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail (formation, expérience, compétences professionnelles)[58]. Il n'existe toutefois pas de solution schématique, car selon la nature de l'activité et le niveau hiérarchique du poste, la protection sera plus ou moins étendue[59].

Sont considérées comme inadmissibles, et donc illicites, des questions qui n'ont pas trait au poste de travail ou à l'activité à exercer, et qui portent atteinte à la sphère privée de la personne qui postule ou de ses proches. Il en va notamment ainsi, selon le Tribunal fédéral, des questions relatives à une éventuelle séropositivité, aux opinions politiques, à la volonté d'une femme d'avoir des enfants, à la situation familiale, au cercle d'amis et de fréquentation, ou aux tendances sexuelles[60].

En pratique, il est souvent demandé à une femme lors de l'entretien d'embauche si elle est enceinte ou si elle souhaite avoir des enfants. En principe, une telle question est autant discriminatoire au sens de l'art. 3 LEg que contraire aux droits de la personnalité (art. 328 et 328b CO) de la candidate[61].

La doctrine dominante admet que lorsqu'une question illicite lui est posée, la personne candidate a le droit de refuser d'y répondre ou même de mentir[62]. Ce « droit au mensonge » est considéré comme un cas d'application de la légitime défense prévue à l'art. 52 al. 1 CO, soit le droit de se défendre pour se protéger contre une agression illicite et imminente[63]. Le Tribunal des prud'hommes de Zurich a ainsi expressément jugé qu'une postulante avait le droit de mentir en réponse à une question relative à sa grossesse[64].

Par ailleurs, nous sommes d'avis, comme nous le verrons encore ci-dessous, qu'une question illicite peut constituer un indice d'une discrimination à l'embauche si la personne n'est finalement pas engagée.

---

58 MEIER, N 2042 ss, p. 653 ss.

59 Commentaire-DUNAND, N 44 *ad* art. 328b CO, p. 330 ; MEIER, N 2088, p. 668.

60 TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2.

61 UEBERSCHLAG, N 461, p. 192. Pour un cas d'application, cf. autorité de conciliation du canton de Zurich, 6 avril 1998, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/24.

62 CLEg-LEMPEN, N 22 *ad* art. 3 LEg, p. 48 ; Commentaire-DUNAND, N 50 *ad* art. 328b CO, p. 332 ; UEBERSCHLAG, N 484 ss, p. 203 ss ; WYLER/HEINZER, p. 325 s. Voir aussi la contribution de PERRENOUD dans le présent ouvrage, p. 73 ss.

63 Sur la notion de légitime défense au sens de l'art. 52 al. 1 CO, cf. CR CO I-WERRO, N 4 *ad* art. 52 CO, p. 494 s.

64 Jugement du Tribunal des prud'hommes de Zurich du 5 septembre 2002, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/86.

Dans certaines situations particulières, des questions a priori illicites sont justifiées lorsqu'elles ont un lien direct avec la prestation à effectuer[65]. On admet ainsi qu'il est légitime de demander à une danseuse professionnelle, à une mannequin, ou à une personne qui sera chargée de tâches physiquement astreignantes, si elle est enceinte[66]. La dernière hypothèse est toutefois délicate, car, comme nous l'avons vu, les dispositions de la législation sur le travail qui protègent la santé de la femme enceinte, et de son enfant, ne doivent pas avoir comme conséquence de faire obstacle à son embauche[67].

Enfin, la personne qui postule a en principe l'obligation de révéler spontanément les faits qui rendent son engagement inadéquat et ceux qui excluent ou rendent excessivement difficile l'exécution du contrat de travail[68]. Ainsi, dans les cas exceptionnels où une question sur la grossesse est considérée comme licite, la candidate devrait informer spontanément l'employeur qu'elle est enceinte même si la question ne lui est pas posée durant le processus de sélection[69].

C. Pratique judiciaire

Les actions judiciaires pour discrimination à l'embauche sont peu nombreuses[70]. Dans son rapport de 2006 relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité, le Conseil fédéral ne mentionne aucun cas[71]. Nous avons tout de même répertorié plus d'une cinquantaine de procédures dont la plupart se sont terminées devant l'autorité cantonale de conciliation (cf. art. 200 al. 2 CPC), en particulier l'office de conciliation du canton de Zurich, qui est très actif[72]. Il faut souligner que dans de nombreux cas, la victime de la discrimination à l'embauche a obtenu une indemnité. Nous mentionnerons ici quelques exemples de refus d'embauche qui ont été considérés comme discriminatoires (**1**) et quelques exemples de refus d'embauche qui ont été considérés comme non discriminatoires (**2**).

---

65 Commentaire-DUNAND, N 47 *ad* art. 328b CO, p. 331.

66 Autorité de conciliation du canton de Zurich, 6 avril 1998, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/24.

67 Sur cette question, cf. CLEg-LEMPEN, N 23 *ad* art. 3 LEg, p. 48 ss ; MEIER, N 2098, p. 674.

68 Commentaire-DUNAND, N 42 *ad* art. 328b CO, p. 332 s.

69 CLEg-LEMPEN, N 24 *ad* art. 3 LEg, p. 50 ; UEBERSCHLAG, N 508 ss, p. 211 ss.

70 MILANI, p. 42.

71 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport, FF 2006 3061, 3069 ss.

72 Il existe trois sites qui répertorient les procédures en matière d'application de la LEg, soit pour la Suisse allemande : www.gleichstellungsgesetz.ch ; pour la Suisse romande : www.leg.ch ; et pour la Suisse italienne : www.sentenzeparita.ch.

1. Refus d'embauche discriminatoires

Constituent des refus d'embauche discriminatoires, le fait de ne pas engager :

- une femme journaliste, pour un poste de rédactrice, qui a répondu lors de l'entretien d'embauche qu'elle envisageait d'avoir des enfants, au motif que l'employeur attache une grande importance aux relations de travail qui s'inscrivent dans la durée (motif non pertinent)[73] ;
- une femme ayant postulé pour un emploi de secrétaire de direction, au motif qu'elle ne serait pas en mesure d'assumer des horaires irréguliers du fait qu'elle était mère d'enfants en bas âge, même si l'employeur a fondé sa décision sur des considérations sociales liées au bien-être des enfants (il s'agit d'un stéréotype de la répartition des rôles au sein du couple)[74] ;
- une femme ayant postulé à un poste à 20-30% de « *Galeriemitarbeiter (m)* », dans la mesure où l'employeur n'a pas démontré les motifs justificatifs pour lesquels une femme ne pouvait remplir à satisfaction le cahier des charges[75] ;
- une femme pour un poste de mécanicienne, au motif de l'inexistence dans l'entreprise d'installations sanitaires réservées aux femmes (motif non pertinent)[76] ;
- une femme spécialiste en restauration, au motif que le responsable du recrutement a cru, à tort, que la candidate était un travesti (motif non pertinent)[77].

2. Refus d'embauche non discriminatoires

Constituent des refus d'embauche non discriminatoires le fait de ne pas engager :

- un médecin ayant postulé pour un poste de professeur à l'Université de Genève, dont la candidature n'a pas été retenue, non pas en raison de son appartenance au « sexe sur-représenté », mais parce que, contrairement aux autres candidats, il ne pouvait se prévaloir ni de titres académiques, ni d'activités de recherche, ni de publications importantes (motif justificatif pertinent)[78] ;
- un homme ayant déposé sa candidature pour un poste de spécialiste de douane et qui a fait preuve de manque de souplesse et de mobilité durant la procédure de recrutement

---

73 Autorité de conciliation du canton de Zurich, 6 avril 1998, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/24.

74 Arrêt du Tribunal supérieur du canton de Soleure du 31 août 1999, *in* : RSJ 97/2001 259.

75 Autorité de conciliation du canton de Zurich, 25 juin 2012, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/247.

76 Autorité de conciliation du canton de Bâle-Ville, 2 septembre 2004, www.gleichstellungsgesetz.ch BS/27.

77 Autorité de conciliation du canton de Zurich, 22 janvier 2008, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/165.

78 ATF 133 II 257 (= TF 1C_37/2007 du 10 juillet 2007), considérant non publié 4.2.

car son épouse ne souhaitait pas déménager dans une région germanophone, dans la mesure où pour peu que l'on retienne un traitement discriminatoire lié à l'état civil et à la situation familiale, un tel traitement reposerait de toute manière sur une justification objective (besoins du service)[79] ;

– un homme ayant déposé sa candidature pour un poste de vendeur et nettoyeur dans un sex-shop, dans la mesure où la place vacante concernait un secteur du magasin destiné plus particulièrement aux femmes (motif justificatif pertinent)[80].

III. Preuve

Selon un principe général du droit, codifié à l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette règle sur le fardeau de la preuve détermine qui doit supporter les conséquences de l'absence de preuve, lorsqu'aucune partie ne réussit à prouver les conséquences de l'absence de preuve. La partie qui a la charge de la preuve succombe[81]. La loi sur l'égalité prévoit un allégement du fardeau de la preuve qui ne s'applique toutefois pas en cas de discrimination à l'embauche (cf. art. 6 LEg). Après un rappel des principes généraux (**section A**), nous traiterons plus spécifiquement de la question de la preuve en matière de discrimination à l'embauche (**section B**).

A. Principes généraux

En principe, la preuve doit être rapportée de manière à ce que le fait soit considéré comme certain, sans aucun doute possible (preuve stricte)[82]. Dans certains cas, la loi ou la jurisprudence admettent toutefois un allégement du fardeau de la preuve, en particulier lorsqu'une preuve stricte est impossible ou ne peut raisonnablement être exigée, afin de permettre à la partie demanderesse de faire valoir ses droits sans se heurter à des difficultés d'ordre probatoire[83]. Les exigences de preuve seront par conséquent atténuées en faveur de la partie qui en a la charge[84].

---

79 TF 2A.329/2002 du 14 janvier 2003, consid. 4.

80 Autorité de conciliation du canton de Zurich, 19 mars 2012, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/239.

81 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 3002 I 1215.

82 CR CC I-PIOTET, N 26 *ad* art. 8 CC, p. 121.

83 DIETSCHY, N 605, p. 289 ; CR CC I-PIOTET, N 43 ss *ad* art. 8 CC, p. 125 ss.

84 DIETSCHY, N 605, p. 289.

Suivant les cas, l'allégement du fardeau peut prendre la forme d'une vraisemblance prépondérante ou alors d'une simple vraisemblance. La première existe lorsque le juge ne conçoit plus de doutes sérieux quant à l'existence de la prétention alléguée (quasi-certitude)[85]. Alors que la seconde intervient lorsque le juge a l'impression que le fait invoqué s'est produit, sans pour autant exclure la possibilité qu'il ait pu en aller autrement[86].

En outre, dans certains domaines, lorsque la prétention est par nature difficile à prouver (par exemple en cas de licenciement abusif comme nous le verrons ci-dessous), le Tribunal fédéral admet que la preuve soit apportée sur la base d'un faisceau d'indices uniquement ; il suffit alors à la partie demanderesse d'apporter la preuve de faits qui permettent de déduire la prétention de manière fiable[87]. La preuve par indices implique la possibilité pour le juge de retenir la prétention sur la base d'une vraisemblance prépondérante[88].

Il ne faut pas confondre la règle de droit matériel de l'art. 8 CC avec les règles de procédure contenues dans le CPC. A teneur de l'art. 243 al. 2 lit. a CPC, les litiges relevant de la loi sur l'égalité sont soumis à une procédure simplifiée, quelle que soit la valeur litigieuse. En la matière, conformément au principe de la maxime inquisitoire sociale, le juge établit les faits (art. 247 al. 2 CPC) et administre les moyens de preuve d'office (art. 153 al. 1 CPC), les parties étant toutefois tenues de collaborer[89]. Comme l'a relevé le Tribunal fédéral, la maxime inquisitoire ne déploie toutefois aucun effet lorsque l'employeur omet de proposer des moyens de preuve, dont ni le juge ni l'employé ne soupçonnent l'existence[90].

C'est la raison pour laquelle la loi sur l'égalité prévoit un allégement du fardeau de la preuve en ce sens que le degré de preuve est ramené à la simple vraisemblance[91]. Selon le projet du Conseil fédéral, l'allégement du fardeau de la preuve devait bénéficier à toutes les personnes se prévalant d'une discrimination au sens de l'art. 3 LEg[92]. Lors des débats au Parlement, le projet a été modifié en ce sens que l'allégement ne s'applique qu'aux situations énumérées de manière exhaustive dans la loi : l'attribution des tâches, l'aménagement des conditions de travail, la rémunération, la formation et le perfectionnement professionnels, la promotion et la résiliation des rapports de travail

85 DIETSCHY, N 578, p. 279.
86 DIETSCHY, N 579, p. 279.
87 DIETSCHY, N 608, p. 290.
88 DIETSCHY, N 608, p. 290.
89 CLEg-BOHNET/DIETSCHY, N 39 *ad* art. 12 LEg, p. 272 s. Pour un examen détaillé de la portée de la maxime inquisitoire sociale, cf. BOHNET/JEANNIN, p. 223 ss.
90 ATF 130 III 145, consid. 4.2.
91 DIETSCHY, N 611, p. 291.
92 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1215 s.

(cf. art. 6 LEg). Les hypothèses du harcèlement sexuel et de la discrimination à l'embauche ont été volontairement exclues de la liste[93].

L'art. 6 LEg institue un allégement 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 discrimination pour engendrer un renversement du fardeau de la preuve[94]. La règle tend à corriger l'inégalité de fait résultant de la concentration des moyens de preuve en main de l'employeur[95]. Selon la jurisprudence, pour que la vraisemblance d'une discrimination soit admise, le juge n'a pas à être convaincu du bien-fondé des arguments de la victime de la discrimination ; il doit simplement disposer d'indices objectifs suffisants pour que les faits allégués présentent une certaine vraisemblance, sans devoir exclure qu'il puisse en aller différemment[96].

Lorsqu'une discrimination a été rendue vraisemblable, le fardeau de la preuve est inversé[97]. Il appartient donc à l'employeur d'apporter la preuve stricte qu'il n'existe pas de différence de traitement ou, si celle-ci existe, qu'elle repose sur des facteurs objectifs[98]. S'il échoue dans cette entreprise, l'existence d'une discrimination doit être tenue pour établie[99].

En pratique, chacune des deux parties est tenue de collaborer activement à l'administration des preuves. C'est au moment où le tribunal doit statuer, au terme de la procédure probatoire, que le juge appréciera si la discrimination a été rendue vraisemblable et, le cas échéant, si l'employeur a apporté la preuve du contraire[100].

Il y a environ dix ans, soit le 8 mars 2006, la Conseillère nationale Maria Bernasconi a déposé une motion demandant que le Conseil fédéral soit chargé de présenter un amendement à la LEg de sorte que l'allégement du fardeau de la preuve existe pour toutes les formes de discrimination (harcèlement sexuel et discrimination à l'embauche compris) liées au sexe. En date du 17 mai 2006, le Conseil fédéral a proposé de rejeter cette motion. Il a notamment relevé qu'il fallait tenir compte de la nature particulière de la procédure d'embauche : les « critères de sélection peuvent en effet porter sur des facteurs en partie subjectifs qui peuvent être difficiles à démontrer pour l'employeur (p. ex. la capacité à

93 BO CE 1995 318-321; BO CN 1995 761-766.
94 ATF 130 III 145, consid. 4.2.
95 ATF 130 III 145, consid. 4.2.
96 ATF 130 III 145, consid. 3.2.
97 CLEg-WYLER, N 11 *ad* art. 6 LEg, p. 154.
98 ATF 131 II 393, consid. 7.1.
99 TF 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2.
100 DIETSCHY, N 615, p. 293 s ; CLEg-WYLER, N 10 *ad* art. 6 LEg, p. 152 s.

travailler en équipe, l'esprit d'initiative, etc.), d'autant que les rapports de travail n'existent pas encore ». Le 8 mars 2007, le Conseil national a rejeté la motion[101].

B. Preuve de la discrimination à l'embauche

Nous l'avons vu, la personne qui allègue une discrimination à l'embauche ne bénéficie pas de l'allégement du fardeau de la preuve prévu à l'art. 6 LEg. Conformément aux principes généraux (art. 8 CC), elle doit donc établir le traitement discriminatoire dont elle se prévaut, plus précisément qu'elle n'a pas été engagée en raison d'un motif discriminatoire[102]. Il lui revient ainsi de prouver l'existence de ce motif et son caractère causal dans la décision du refus d'embauche (motif déterminant)[103]. Ces preuves sont d'autant plus difficiles à apporter que les éléments décisifs sont souvent exprimés oralement (conversation téléphonique avec la personne candidate, entretien d'embauche, discussion interne au sein du comité de recrutement).

Ainsi que nous l'évoquerons ci-dessous, la personne qui n'a pas été engagée a la possibilité d'exiger que l'employeur motive sa décision par écrit (cf. art. 8 al. 1 LEg). Il peut arriver, dans ce contexte, que l'employeur donne par écrit le motif (discriminatoire) du refus d'embauche. Tel a été le cas, par exemple, d'une entreprise soleuroise : « *Bezugnehmend auf Ihren Telefonanruf teilen wir Ihnen mit, dass sich die Stelle nicht für eine Kandidatin mit vorschulpflichtigen Kindern eignet. Der Job bringt eine unregelmässige Arbeitszeit, verbunden mit Abend- und Wochenendüberzeit mit sich; Überzeit, die wohl kompensiert, Ihrem Kind jedoch aus sozialen Gründen aus unserer Sicht nicht zugemutet werden kann* »[104]. Une telle situation est toutefois extrêmement rare, car dans la plupart des cas l'employeur ne communiquera pas par écrit le réel motif (discriminatoire).

La discrimination à l'embauche nous paraît constituer l'un de ces cas typiques dans lesquels, sauf à rendre excessivement difficile la charge de la preuve, une preuve stricte ne peut raisonnablement être exigée. Le juge devra donc se satisfaire le plus souvent d'une preuve fondée sur une vraisemblance prépondérante. On peut se référer, par analogie, à la pratique des tribunaux dans certains domaines du droit du travail, à savoir le congé abusif, le harcèlement psychologique (*mobbing*) et le harcèlement sexuel.

Le congé est abusif s'il est donné pour un motif qui n'est pas digne de protection (cf. art. 336 CO). Le travailleur qui prétend que le congé qui lui a été notifié est abusif doit en apporter la preuve (art. 8 CC). Il doit établir non seulement le motif abusif, mais aussi

---

101 BO CN 2007 146 (06.3028 – Motion).

102 Conseil de district du canton de Zurich, 23 août 2001, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/49.

103 MILANI, p. 71.

104 Arrêt du Tribunal supérieur du canton de Soleure du 31 août 1999, *in* : RSJ 97/2001 259.

l'existence d'un lien de causalité entre l'état de fait fondant le caractère abusif du congé et la résiliation du contrat de travail[105]. Selon le Tribunal fédéral, il y a toutefois lieu de tenir compte des difficultés liées à la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a résilié le contrat. Le juge peut ainsi présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur (preuve par indices)[106].

Le harcèlement psychologique constitue une atteinte grave à la personnalité du travailleur (cf. art. 328 CO)[107]. En l'absence d'une définition légale, le Tribunal fédéral caractérise le harcèlement psychologique comme « un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne de son lieu de travail »[108]. Selon les principes généraux, la personne qui allègue avoir subi un harcèlement psychologique doit le prouver (art. 8 CC)[109]. Toutefois, vu son caractère sournois, il est difficile d'apporter une preuve stricte du harcèlement[110]. C'est pourquoi la jurisprudence admet un allégement du fardeau de la preuve en ce sens que celle-ci peut être apportée sur la base d'un simple faisceau d'indices convergents ; pourra notamment être retenu, le témoignage de toute personne auprès de qui la victime s'est confiée (collègues, médecin traitant, proches)[111].

Le cas du harcèlement sexuel est particulièrement intéressant puisque, comme nous l'avons relevé, ce type de discrimination a été exclu au même titre que la discrimination à l'embauche de la liste des motifs discriminatoires pour lesquels la loi prévoit un allégement du fardeau de la preuve (cf. art. 6 LEg). Selon l'art. 4 LEg, le harcèlement sexuel comprend « 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 ». Bien que les exemples cités à l'art. 4 LEg ne se réfèrent qu'à des cas d'abus d'autorité, la loi n'exclut

---

105 DIETSCHY, N 682, p. 324 ; Commentaire-DUNAND, N 16 *ad* art. 336 CO, p. 661.

106 ATF 130 III 699, consid. 4.1 ; TF 4A_408/2011 du 15 novembre 2011, consid. 5.2. Voir aussi, DIETSCHY, N 682, p. 323 s ; WYLER/HEINZER, p. 643 s.

107 Commentaire-DUNAND, N 31 *ad* art. 328 CO, p. 281.

108 TF 4D_22/2013 du 19 septembre 2013, consid. 3.1 ; TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, consid. 4.2 ; TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, consid. 3.1.

109 DIETSCHY, N 688, p. 328.

110 Commentaire-DUNAND, N 38 *ad* art. 328 CO, p. 284.

111 TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, consid. 4.2 ; TF 1C_418/2008 du 27 mai 2009, consid. 2.2.2 et 2.2.4 ; arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 6 août 2014, consid. 4c, *in* : JAR 2015 579. Voir aussi DIETSCHY, N 691, p. 329.

pas d'autres actes qui portent atteinte à la dignité de la victime et ne relèvent pas d'un abus d'autorité, mais qui contribuent à rendre le climat de travail hostile (plaisanteries déplacées, photos indécentes)[112]. Selon les principes généraux, la personne qui allègue avoir été victime d'un harcèlement sexuel doit le prouver (cf. art. 8 CC)[113]. Toutefois, vu la difficulté d'apporter la preuve absolue de ce type d'atteinte à la personnalité, la jurisprudence se contente le plus souvent d'indices convergents (vraisemblance prépondérante)[114]. Ainsi, dans la mesure où les témoins directs font généralement défaut, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était nullement insoutenable de tenir compte d'autres indices et notamment les déclarations de personnes auxquelles la victime s'est confiée ; les déclarations de témoins indirects, tels un médecin de famille ou un expert pourront suffire[115].

Au vu de ce qui précède et de la difficulté, voire l'impossibilité dans la plupart des cas d'apporter une preuve stricte d'une discrimination à l'embauche, il faut admettre que le juge puisse se contenter d'indices convergents (vraisemblance prépondérante)[116]. 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[117]. Lorsque, par exemple, il est démontré que l'employeur a posé des questions sur la volonté de la candidate d'avoir des enfants et que celle-ci n'a pas été retenue, il existera un indice important de traitement discriminatoire.

La chronologie des événements est souvent déterminante (connexité temporelle). Plus court est le laps de temps entre la connaissance d'un fait susceptible de faire l'objet d'un traitement discriminatoire (par exemple, l'employeur apprend que la candidate est enceinte) et la communication du refus d'embauche, et plus l'indice de l'existence d'une discrimination à l'embauche sera élevé.

Une affaire traitée par le Tribunal administratif zurichois nous servira d'exemple : « *Dagegen ist der zeitliche Zusammenhang zwischen der Mitteilung ihrer [die Beschwerdeführerin] Schwangerschaft und der Ablehnung ihrer Bewerbung offensichtlich. Auch wenn dies noch keinen direkten Beweis darstellt, ist aufgrund der gesamten Umstände nicht ersichtlich, was denn sonst – ausser der Information über die*

112 ATF 126 III 395, consid. 7b/bb. Voir aussi, CLEg-LEMPEN, N 7 ss *ad* art. 4 LEg, p. 102 ss.

113 TF 4A_473/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3.2.

114 Cf. DIETSCHY, N 692, p. 330 ; CLEg-LEMPEN, N 35 *ad* art. 4 LEg, p. 123 ; Commentaire-DUNAND, N 49 *ad* art. 328 CO, p. 288.

115 TF 1C_418/2008 du 27 mai 2009, consid. 2.2.4 ; TF 4A_214/2006 du 19 décembre 2006, consid. 2.2. Voir aussi arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 6 août 2014, consid. 3d, *in* : JAR 2015 579.

116 MILANI, p. 70 s.

117 MILANI, p. 72 ss.

Schwangerschaft – zur Absage genau zu jenem Zeitpunkt geführt haben sollte. Somit ist erstellt, dass die Schwangerschaft der entscheidende Grund für die Ablehnung war, und die Beschwerdeführerin ist in diskriminierender Weise abgelehnt worden »[118].

Lorsque la personne qui se prévaut d'une discrimination à l'embauche a apporté des indices convergents d'un traitement discriminatoire (vraisemblance prépondérante), il revient à l'employeur de prouver, comme dans les autres cas de discrimination prévus dans la LEg, qu'il n'existe pas de différence de traitement ou, si celle-ci existe, qu'elle repose sur des facteurs objectifs[119]. S'il échoue dans cette entreprise, l'existence d'une discrimination doit être tenue pour établie[120]. Chacune des deux parties doit donc collaborer activement à l'administration des preuves.

IV. Procédure

Si en principe les prétentions matérielles en cas de discrimination au sens de la loi sur l'égalité sont les mêmes dans les secteurs privé et public, il n'en va pas de même pour les voies de droit et la procédure qui sont régies par des lois et principes qui s'appliquent de manière distincte au secteur privé (exemple : procédure civile) et au secteur public (exemple : procédure administrative)[121]. Tant dans le secteur privé que dans le secteur public, les litiges relatifs à l'égalité entre femmes et hommes sont en principe soumis aux mêmes dispositions procédurales et aux mêmes tribunaux que les autres litiges relatifs aux relations de travail[122]. La LEg contient tout de même quelques règles de procédure spécifiques, dont certaines s'appliquent lorsqu'une personne entend réclamer une indemnité en raison d'une discrimination à l'embauche. La loi distingue selon que le rapport de travail est régi par le Code des obligations (cf. art. 8 LEg ; ci-dessous, **section A**) ou le droit public (cf. art. 13 al. 2 LEg ; ci-dessous, **section B**).

---

118 Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 8 février 2006, cause PB.2005.00049, consid. 3.3.3.

119 GEISER, N 4.4, p. 575 ; MILANI, p. 75 ss.

120 Pour un cas dans lequel l'employeur n'a pas été en mesure de démontrer l'existence d'un motif justificatif plausible, cf. autorité de conciliation du canton de Berne, 24 juin 2008, www.gleichstellungsgesetz.ch BE/66.

121 CLEg 2000-BIGLER-EGGENBERGER, N 8 *ad* art. 13 LEg, p. 286.

122 CLEg-BRUCHEZ, N 5 *ad* art. 13 LEg, p. 280.

A. Rapports de travail régis par le Code des obligations (art. 8 LEg)

L'art. 8 LEg a pour but de préciser la marche à suivre pour obtenir réparation. Il régit l'obligation de l'employeur de motiver par écrit sa décision de non-embauche (al. 1 ; ci-dessous, sous-section **1**) et instaure un délai de péremption de trois mois pour ouvrir l'action en paiement de l'indemnité (al. 2 ; ci-dessous, sous-section **2**).

1. Motivation écrite du refus d'embauche (art. 8 al. 1 LEg)

Selon l'art. 8 al. 1 LEg, la « personne qui n'est pas engagée et qui se prévaut d'une discrimination peut exiger de l'employeur qu'il motive sa décision par écrit ». L'obligation de motiver le refus d'embauche doit (théoriquement) permettre à la personne non embauchée de connaître les motifs de la décision de l'employeur et d'évaluer l'opportunité de se prévaloir en justice d'un refus d'embauche discriminatoire[123]. Elle tend ainsi à éviter des procès inutiles[124]. Il convient de distinguer la requête de la personne non engagée et la motivation écrite de l'employeur.

a) Requête de la personne non engagée

La loi ne soumet pas la demande de motivation à une forme spécifique. Le postulant peut donc parfaitement la communiquer à l'employeur de manière orale, par exemple lors d'un entretien téléphonique. Cependant, pour des raisons évidentes de sécurité juridique et de preuve, il est conseillé à la personne non engagée de formuler sa requête par écrit[125].

Dans sa demande de motivation, la personne non engagée doit indiquer qu'elle se « prévaut d'une discrimination » (cf. art. 8 al. 1 LEg). Cette exigence a été prévue dans le but de souligner que le devoir de motiver n'existe qu'en relation avec une discrimination à l'embauche fondée sur le sexe et non pour tout refus d'engagement quel que soit le motif de l'employeur. Il n'en demeure pas moins qu'elle réduit fortement l'intérêt de la motivation écrite puisque l'employeur, alerté d'une possible action judiciaire fondée sur la loi sur l'égalité, prendra généralement soin de motiver sa décision sur la base de critères non discriminatoires. Il sera donc rare, en pratique, que la motivation écrite communiquée par l'employeur donne des indices de discrimination. Au vu de ce qui précède, il ne faut pas être trop formaliste quant aux exigences relatives à la manière dont la personne non

123 DUNAND, N 14 *ad* art. 8 LEg, p. 204.

124 WYLER/HEINZER, p. 882.

125 CLEg-DUNAND, N 17 *ad* art. 8 LEg, p. 204 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 13 *ad* art. 8 LEg, p. 282.

engagée doit se prévaloir d'une discrimination[126]. Une simple référence à la loi sur l'égalité devrait suffire[127].

La loi ne prévoit pas de délai pour exercer le droit d'exiger une motivation écrite. On admet cependant que la demande de motivation doit être effectuée dans un délai raisonnable, compatible avec les règles de la bonne foi (cf. art. 2 et 3 CC)[128]. Le postulant a de toute manière intérêt à ne pas tarder puisque l'action en justice permettant de faire valoir son droit à une indemnité se périme dans les trois mois à compter du moment où le refus d'embauche lui a été communiqué (cf. art. 8 al. 2 LEg).

La personne qui n'a pas été embauchée n'est évidemment pas tenue de solliciter une motivation écrite. Elle peut ainsi renoncer à demander une motivation ou se contenter d'une motivation communiquée oralement[129]. Elle doit toutefois être admise à exiger une motivation écrite, dans un second temps[130].

b) Motivation écrite

L'art. 8 al. 1 LEg complète les règles de droit commun du travail prévues dans le Code des obligations qui comportent une obligation de motiver non pas déjà au stade de l'embauche mais à l'occasion de la résiliation des rapports de travail[131]. En effet, les art. 335 al. 2 et 337 al. 1 CO prévoient que la partie qui a donné le congé ou résilié immédiatement le contrat de travail doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande. Vu les similitudes, il faut considérer que les décisions judiciaires[132] ainsi que les réflexions doctrinales[133] concernant les modalités d'exercice et les sanctions de l'obligation de motiver prévue en cas de résiliation du contrat de travail peuvent être appliquées ou prises en compte par analogie, *mutatis mutandis*, à l'obligation de motiver découlant de l'art. 8 al. 1 LEg[134].

---

126 WYLER/HEINZER, p. 882.

127 CLEg-DUNAND, N 19 *ad* art. 8 LEg, p. 205.

128 CLEg-DUNAND, N 20 *ad* art. 8 LEg, p. 205 ; CLEg 2000-BIGLER-EGGENBERGER, N 13 *ad* art. 8 LEg, p. 214.

129 CLEg-DUNAND, N 21 *ad* art. 8 LEG, p. 205 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 16 *ad* art. 8 LEg, p. 283.

130 CLEg-DUNAND, N 21 *ad* art. 8 LEG, p. 205 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 16 *ad* art. 8 LEg, p. 283.

131 CLEg-DUNAND, N 12 *ad* art. 8 LEg, p. 203.

132 Voir en particulier l'ATF 121 III 60, JdT 1996 I 47, et, plus récemment, le TF 4A_346/2009 du 20 octobre 2009, consid. 3.

133 Cf., par exemple, Commentaire-BONARD, N 26 *ad* art. 335 CO, p. 589 ; WYLER/HEINZER, p. 519.

134 CLEg-DUNAND, N 13 *ad* art. 8 LEg, p. 203 s ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 11 *ad* art. 8 LEg, p. 281 ; UEBERSCHLAG, N 767, p. 305 ; WYLER/HEINZER, p. 882.

La motivation écrite doit contenir les motifs principaux permettant au postulant de comprendre les raisons de son non-engagement[135]. Le support écrit peut prendre la forme d'une lettre, d'un fax, d'un courriel, voire même d'un SMS, si l'on veut tenir compte des modes usuels de communication[136].

La loi ne prévoit pas de délai. Il faut retenir que l'employeur doit communiquer la motivation écrite à la personne non engagée dans un délai raisonnable, compatible avec les usages et les règles de la bonne foi (cf. art. 3 CC). Il faut notamment tenir compte du fait que la personne discriminée doit impérativement agir en justice dans les trois mois à compter du moment où le refus d'embauche lui a été communiqué, sous peine de péremption (cf. art. 8 al. 2 LEg).

L'obligation de motivation écrite constitue une prescription d'ordre dont l'inobservation n'est pas sanctionnée de manière directe[137]. C'est ainsi que le refus de donner une motivation écrite ou alors une motivation incomplète ou erronée ne joue pas de rôle dans le caractère discriminatoire ou non du refus d'embauche[138]. Par ailleurs, l'employeur n'est pas lié pas les motifs indiqués : il est en effet en droit d'invoquer dans la procédure judiciaire des motifs différents de ceux qu'il a communiqués par écrit à la personne non engagée[139].

En revanche, il est possible que le refus de motivation écrite ou une motivation volontairement erronée soient pris en compte de manière indirecte, dans une procédure judiciaire, au moment de l'appréciation des preuves, comme indice de l'existence d'une discrimination, ainsi que lors de l'allocation des dépens (cf. art. 107 al. 1 let. f et art. 108 CPC)[140].

2. Action en justice dans les trois mois (art. 8 al. 2 LEg)

Selon l'art. 8 al. 2 LEg, la « personne qui entend faire valoir son droit à une indemnité au sens de l'art. 5, al. 2, doit agir en justice dans les trois mois à compter du moment où le refus d'embauche lui a été communiqué, sous peine de péremption ». Comme la loi le précise, le délai de trois mois est un délai de péremption. Selon les règles générales, il

---

135 CLEg-DUNAND, N 22 *ad* art. 8 LEg, p. 205 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 15 *ad* art. 8 LEg, p. 283 ; UEBERSCHLAG, N 771, p. 306.

136 MILANI, p. 58.

137 CLEg-DUNAND, N 23 *ad* art. 8 LEg, p. 206.

138 SUBILIA/DUC, N 7 *ad* art. 8 LEg, p. 1026.

139 SUBILIA/DUC, N 7 *ad* art. 8 LEg, p. 1026 s.

140 CLEg-DUNAND, N 24 *ad* art. 8 LEg ; CLEg 2000-BIGLER-EGGENBERGER, N 12 *ad* art. 8 LEg, p. 214 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 19 s *ad* art. 8 LEg, p. 284 ss ; UEBERSCHLAG, N 776-784, p. 308 ss ; WYLER/HEINZER, p. 884.

entraîne l'extinction du droit et le juge doit le relever d'office[141]. Il est donc important de déterminer les modalités de la communication du refus d'embauche, du calcul du délai de péremption et du dépôt de l'action.

a) Communication du refus d'embauche

A défaut de forme spécifique prévue dans la loi, l'employeur peut communiquer le refus d'embauche par écrit, mais aussi oralement, par exemple à la fin de l'entretien d'embauche, ou même pas actes concluants, par exemple en renvoyant le dossier de candidature à la personne non engagée[142]. En pratique, l'employeur a intérêt à utiliser la forme écrite s'il souhaite prouver la date de la communication du refus d'embauche.

La loi ne règle pas non plus l'hypothèse dans laquelle l'employeur tarde ou refuse de communiquer sa décision de non-engagement. Selon le Conseil fédéral, en « l'absence de communication écrite, et si l'on peut estimer que le refus n'est pas connu de manière certaine, il y a lieu d'attendre du candidat qu'il cherche à savoir, dans un délai convenable, si une décision a été prise à son égard »[143]. Le Tribunal fédéral a quant à lui précisé qu'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 »[144].

La personne non engagée qui reste passive et attend indéfiniment la communication de l'employeur risque ainsi de se voir opposer la péremption de son action. Lorsqu'elle ne reçoit pas de communication du refus d'embauche dans un délai convenable, la personne non engagée a donc intérêt à fixer à l'employeur un délai, de l'ordre de dix jours, pour communiquer sa décision de non-engagement[145]. Si l'employeur n'obtempère pas, on doit alors considérer qu'il a communiqué le refus, par actes concluants, le dernier jour du délai imparti[146].

La communication de la motivation écrite, prévue à l'alinéa premier, et la communication de la décision de refus d'embauche, prévue à l'alinéa second, sont indépendantes l'une de l'autre. Le défaut de motivation écrite, son caractère incomplet ou erroné n'ont ainsi pas d'incidence sur l'écoulement du délai de péremption qui débute dès la communication de

---

141 CR CO I-PICHONNAZ, N 8 *ad* art. 127 CO, p. 968.

142 CLEg-DUNAND, N 28 *ad* art. 8 LEg, p. 207 ; MILANI, p. 46 s ; K GIG-RIEMER-KAFKA/ UEBERSCHLAG, N 29 *ad* art. 8 LEg, p. 288 s ; UEBERSCHLAG, N 759, p. 301 s.

143 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1221.

144 TF 1A.8/2000 du 10 mars 2000, consid. 3b.

145 CLEg-DUNAND, N 32 *ad* art. 8 LEg, p. 208 ; BIGLER-EGGENBERGER, N 23 *ad* art. 8 LEg, p. 216 ; CARRUZZO, N 24 *ad* art. 328 CO, p. 300.

146 CLEg-DUNAND, N 32 *ad* art. 8 LEg, p. 208 ; CARRUZZO, N 24 *ad* art. 328 CO, p. 300.

la décision de refus d'embauche[147]. Il va par ailleurs de soi que la personne non engagée peut ouvrir action sans avoir sollicité au préalable de motivation écrite du refus d'embauche[148].

b) Calcul du délai de péremption

Le délai de trois mois court depuis la réception de la notification du refus d'embauche[149]. Selon les principes généraux, il faut considérer que la notification a lieu dès que la manifestation de volonté de l'employeur parvient dans la sphère d'influence de la personne non engagée, de telle sorte qu'en organisant normalement ses affaires, celle-ci est à même d'en prendre connaissance[150].

A défaut de précisions ou d'indications contraires dans la loi, il convient d'appliquer les règles générales relatives à la computation des délais en matière d'exécution des obligations (art. 77, 78 et 132 CO). Le délai vient à échéance le jour qui, dans le troisième mois, correspond par son quantième au jour du point de départ (art. 77 al. 1 ch. 3 CO)[151]. Si, par exemple, la notification du refus d'embauche intervient le 20 juin, le délai de péremption expire le 20 septembre. Lorsqu'il n'y a pas, dans le dernier mois, de jour qui correspond au quantième du jour du point de départ, le délai échoit le dernier jour dudit mois (cf. art. 77 al. 1 ch. 3 CO). Si, par exemple, la notification a lieu le 30 novembre, le délai de péremption expire le 28 février. Enfin, lorsque le dernier jour du délai tombe sur un dimanche ou un jour férié, le délai ne prend fin que le premier jour ouvrable qui suit (art. 78 al. 1 CO).

Il faut encore apporter deux précisions. Premièrement, l'article 20a al. 1er de la loi fédérale sur le travail (LTr) prescrit que le jour de la fête nationale, soit le 1er août, est assimilé au dimanche et que les cantons peuvent assimiler au dimanche huit autres jours fériés par an. La délimitation des jours fériés s'examine donc surtout selon le droit cantonal. Deuxièmement, selon l'art. 1er de la loi fédérale sur la supputation des délais comprenant un samedi[152], dans le calcul des délais légaux du droit fédéral, le samedi est assimilé à un jour férié reconnu officiellement.

---

147 K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 31 *ad* art. 8 LEg, p. 289 s ; SUBILIA/DUC, N 6 *ad* art. 8 LEg, p. 1026 ; UEBERSCHLAG, N 763, p. 303 ; WYLER/HEINZER, p. 883 s. Contra : CLEg 2000-BIGGLER-EGGENBERGER, N 24 *ad* art. 8 LEg, p. 216 s.

148 CLEg-DUNAND, N 33 *ad* art. 8 LEg, p. 208.

149 SUBILIA/DUC, N 4 *ad* art. 8 LEg, p. 1026.

150 Sur la notion de sphère d'influence du destinataire, cf. CR CO I-HOHL, N 5 *ad* art. 77 CO, p. 655.

151 Cf. CR CO I-HOHL, N 13 *ad* art. 77 CO, p. 657.

152 Loi fédérale sur la supputation des délais comprenant un samedi du 21 juin 1963, RS 173.110.3.

c) Dépôt de l'action

Il suffit que l'action (requête de conciliation ou demande en justice)[153] soit déposée auprès de l'autorité compétente (cf. art. 197 à 199 CPC)[154] le dernier jour du délai ou qu'elle soit remise à un guichet de la poste suisse à l'adresse de l'autorité compétente le dernier jour du délai au plus tard à minuit[155].

Lorsque le délai de trois mois est échu, le droit de demander une indemnité pour discrimination à l'embauche s'éteint. Le délai ne peut n'être ni interrompu, ni prolongé[156]. Selon une jurisprudence cantonale, la personne qui a laissé passer le délai, en déposant son action cinq mois après la communication du refus d'embauche, n'est pas habilitée à soumettre une seconde candidature (fictive) dans le seul but de susciter un nouveau refus d'embauche et d'espérer ainsi être en mesure de déposer une nouvelle action qui respecterait le délai de l'art. 8 al. 2 LEg. Un tel comportement est abusif[157].

Comme nous le verrons ci-dessous, il est possible à certaines conditions qu'une organisation engage une action à l'occasion d'une discrimination à l'embauche (cf. art. 7 LEg). L'organisation devra alors respecter pleinement le délai de péremption de l'art. 8 al. 2 LEg[158]. Il faut cependant relever que la procédure menée par l'organisation n'aura pas pour effet de sauvegarder les droits de la victime de la discrimination[159]. Cela signifie que, si elle entend ouvrir une action individuelle, cette dernière devra impérativement agir dans le délai prévu à l'art. 8 al. 2 LEg[160]. Elle pourra toutefois requérir la suspension de la cause jusqu'à droit connu sur l'action en constatation intentée par l'organisation[161].

B. Rapports de travail de droit public (art. 13 al. 2 LEg)

Selon l'art. 13 al. 2 LEg, qui fait partie de la section 4 de la loi sur l'égalité consacrée aux voies de droit dans les rapports de travail de droit public, en « cas de discrimination lors de la création de rapports de travail, l'art. 5, al. 2, est applicable. En recourant directement

---

153 MILANI, p. 59.

154 MILANI, p. 59 ss.

155 Cf. CR CO I-HOHL, N 19 *ad* art. 77 CO, p. 660.

156 CLEg-DUNAND, N 27 *ad* art. 8 LEg, p. 207 ; CLEg 2000-BIGGLER-EGGENBERGER, N 22 *ad* art. 8 LEg, p. 216.

157 Décision du Tribunal arbitral du travail du canton de Bâle-Ville du 17 décembre 1998, *in* : BJM 2001 88.

158 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1219 ; CLEg-BRUCHEZ, N 26 *ad* art. 7 LEg, p. 186 ; CLEg-DUNAND, N 25 *ad* art. 8 LEg, p. 206.

159 CLEg-BRUCHEZ, N 31 *ad* art. 7 LEg, p. 187 ; WYLER/HEINZER, p. 784.

160 DIETSCHY, N 739, p. 356.

161 DIETSCHY, N 739, p. 356.

contre la décision du refus d'embauche, les personnes dont la candidature n'a pas été retenue peuvent faire valoir leur droit à une indemnité ». La première phrase de l'art. 13 al. 2 LEg se limite à renvoyer à l'application de l'art. 5 al. 2 LEg, disposition dont la portée sera évoquée dans le chapitre suivant, consacré à l'action en paiement d'une indemnité (cf. ci-dessous, chapitre V). Nous nous bornerons donc ici à expliquer sommairement le sens de la seconde phrase de l'art. 13 al. 2 LEg.

Alors que la question pouvait donner lieu à controverse, la loi sur l'égalité a clairement établi qu'un refus d'embauche discriminatoire constitue une décision sujette à recours au sens des règles générales du droit administratif (cf. notamment l'art. 5 al. 1 de la loi fédérale sur la procédure administrative[162]). Il en va ainsi quel que soit le mode de création du rapport de travail dans la collectivité en cause (décision ou contrat de droit administratif)[163].

Il en résulte que la communication de la décision de non-engagement doit respecter les prescriptions de forme relatives aux décisions administratives. En particulier, le refus doit être notifié par écrit, avec indication des motifs, des voies et délais de recours[164].

La loi prévoit expressément qu'en recourant directement contre la décision de refus d'embauche, les personnes dont la candidature n'a pas été retenue peuvent faire valoir leur droit à une indemnité, au sens de l'art. 5 al. 2 LEg[165]. L'art. 13 al. 2, 2e phrase LEg fait donc obstacle, dans un cas de discrimination à l'embauche, à l'application des règles et des jurisprudences qui excluent parfois les recours dans les litiges portant sur la création initiale des rapports de travail[166]. Si la victime de la discrimination ne dépose pas son recours dans le délai imparti, elle perdra son droit de solliciter une indemnité[167].

V. Action en paiement d'une indemnité (art. 5 al. 2 et al. 4 LEg)

Selon l'art. 5 al. 2 LEg, lorsque la discrimination porte sur un refus d'embauche, la personne non engagée peut solliciter le versement d'une indemnité par l'employeur. En

---

162 Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, RS 172.021.

163 ARIOLI/FURRER ISELI, N 135, p. 62 s.

164 ARIOLI/FURRER ISELI, N 136, p. 63.

165 Pour un cas d'application, cf. arrêt du Tribunal administratif du canton de Lucerne du 13 mars 2001, Cause V 98 245.

166 CLEg-BRUCHEZ, N 43 *ad* art. 13 LEg, p. 291.

167 Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Lucerne du 6 mai 2014, cause 7H 13 93, www.gleichstellungsgesetz.ch LU/19.

revanche, la loi sur l'égalité ne prévoit pas de droit à être engagé et ne confère pas au juge le pouvoir d'ordonner l'engagement ou le réengagement de la victime de la discrimination[168]. Il faut dire que selon le principe de la liberté contractuelle qui prévaut en droit suisse, toute personne a en principe le droit de décider si elle entend ou non conclure un contrat et, dans l'affirmative, de choisir la personne avec laquelle elle se liera[169]. Le Conseil fédéral[170] et le Parlement n'ont pas souhaité déroger à ce principe dans la loi sur l'égalité.

Il s'agit ici de préciser la nature (**section A**) et les critères de fixation de l'indemnité prévue en cas de discrimination à l'embauche (**section B**). Nous déterminerons également si la personne non engagée à la possibilité d'exercer d'autres actions contre l'employeur (**section C**).

A. Nature de l'indemnité

L'indemnité sanctionnant une discrimination à l'embauche est de même nature que l'indemnité prévue dans le Code des obligations en cas de congé abusif (cf. art. 336a CO) ; elle revêt ainsi une double fonction, à la fois punitive et réparatrice[171]. Par sa fonction punitive, elle a pour but de prévenir les discriminations entre femmes et hommes à l'embauche, alors que par sa fonction réparatrice, elle tend à apporter une certaine forme de compensation à la victime de la discrimination[172].

L'indemnité n'est pas subordonnée à la condition que la personne discriminée ait subi un dommage ou que l'employeur ait commis une faute[173]. Elle est due dès que le refus d'embauche est discriminatoire ; elle n'a donc le caractère ni de dommages-intérêts, ni d'une sanction pénale[174]. Il s'agit plutôt d'une indemnité *sui generis*, proche d'une peine conventionnelle ou d'une « amende civile »[175].

L'indemnité n'étant pas de nature salariale, elle ne fait pas partie du salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS et ne doit par conséquent pas donner lieu à perception des cotisations sociales[176].

---

168 ATF 131 II 361, consid. 4.5.

169 ATF 131 I 333, consid. 3.2 ; ATF 102 Ia 533, consid. 10a ; CR CO I-MORIN, N 36 *ad* art. 1 CO, p. 15.

170 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 3002 I 1213 s.

171 ATF 131 II 361, consid. 4.4 ; Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons du 16 septembre 2014, cause ZK2 14 18, consid. 3a ; CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1213 s.

172 ATF 131 II 361, consid. 4.6.

173 ATF 131 II 361, consid. 4.4 ; CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1214.

174 ATF 131 II 361, consid. 4.4 ; CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1214.

175 ATF 131 II 361, consid. 4.4.

176 WYLER/HEINZER, p. 883 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 27 *ad* art. 5 LEg, p. 166.

B. Montant de l'indemnité

La loi définit le montant maximal et le critère de fixation de l'indemnité. Elle distingue le cas dans lequel une seule personne réclame l'indemnité (**1**) de l'hypothèse dans laquelle plusieurs personnes prétendent au versement d'une indemnité pour refus d'embauche à un même poste (**2**).

1. Une seule personne réclame l'indemnité

Le Conseil fédéral avait proposé que l'indemnité due en cas de discrimination à l'embauche puisse s'élever jusqu'à un montant maximal de six mois de salaire[177]. Au Parlement, le principe même d'une indemnité a été fortement contesté. Finalement, il a été décidé de plafonner le montant maximal à trois mois de salaire, au lieu des six mois prévus dans le projet (art. 5 al. 4 LEg)[178].

L'indemnité est « calculée sur la base du salaire auquel la personne discriminée avait droit ou aurait vraisemblablement eu droit » (art. 5 al. 2 LEg). Le salaire de référence est donc le salaire que la personne discriminée aurait touché si elle avait été engagée[179]. Le salaire éventuellement mentionné dans l'offre d'emploi ou lors de l'entretien d'embauche constituera un critère de référence utile[180]. Le salaire versé à la personne finalement engagée constituera également un précieux indice[181], mais la personne discriminée est en droit de démontrer qu'elle aurait perçu un salaire supérieur[182].

L'indemnité doit être « fixée compte tenu de toutes les circonstances » (art. 5 al. 2 LEg), soit selon les règles de l'équité (cf. art. 4 CC)[183]. Le juge tiendra compte de la nature punitive et réparatrice de l'indemnité[184]. Les critères principaux résident dans la gravité de la faute de l'employeur et dans la gravité de l'atteinte à la personnalité de la victime[185].

Seront notamment pris en considération :

– le fait que la personne non embauchée était au chômage au moment du recrutement[186] ;

---

177 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1214.

178 BO CE 1995 318.

179 CLEg-AUBERT, N 44 *ad* art. 5 LEg, p. 136.

180 CLEg 2000-BIGLER-EGGENBERGER, N 19 *ad* art. 8 LEg, p. 216.

181 WYLER/HEINZER, p. 883.

182 K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 31 *ad* art. 5 LEg, p. 168 s ; GEISER, N 3.12 et 3.13, p. 569 s.

183 CLEg-AUBERT, N 59 *ad* art. 5 LEg, p. 140 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 32 *ad* art. 5 LEg, p. 169.

184 K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 32 *ad* art. 5 LEg, p. 169.

185 GEISER, N 3.9, p. 567 ; MILANI, p. 56.

186 Arrêt du Tribunal administratif du canton de Lucerne du 13 mars 2001, Cause V 98 245.

- le fait que la personne non embauchée ait trouvé depuis un emploi[187] ;
- le fait que l'emploi convoité était d'une durée limitée (emploi saisonnier)[188] ;
- le fait que l'employeur ait donné des assurances lors de l'entretien d'embauche[189] ;
- le fait que l'employeur ait eu un comportement humiliant ou dépréciatif[190] ;
- la gravité de la discrimination[191] ;
- le fait que le motif discriminatoire ait constitué l'unique raison du refus d'embauche ou seulement un motif déterminant[192] ;
- le fait que l'employeur ait refusé de motiver par écrit le refus d'embauche ou qu'il ait donné une fausse motivation[193] ;
- le comportement des parties après la communication du refus d'embauche[194] ;
- le fait que l'employeur ait déjà été condamné par le passé en raison d'une discrimination à l'embauche[195] ;
- la situation économique de l'employeur[196].

L'existence d'une discrimination à l'embauche suffit à elle seule à engager la responsabilité de l'employeur, sans que l'on puisse tenir compte de facteurs d'exonération, tels que l'absence de faute[197]. De même, des excuses de l'employeur et la possibilité conférée à la candidate de postuler une seconde fois ne prive pas la victime de solliciter une indemnité en raison de la discrimination subie lors de la première postulation[198].

La loi prévoit un montant maximal mais pas de montant minimal. Dans les limites de son pouvoir d'appréciation, le tribunal requis peut donc parfaitement fixer l'indemnité à un montant inférieur à un mois de salaire[199]. Le Tribunal fédéral a quant à lui précisé que l'interprétation historique, téléologique et systématique de la loi ne s'opposait pas à ce

---

187 Autorité de conciliation du canton de Zurich, 5 mars 2004, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/110.

188 Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons du 16 septembre 2014, cause ZK2 14 18, consid. 3e et 4.

189 CLEg 2000-BIGLER-EGGENBERGER, N 24 *ad* art. 5 LEg, p. 140.

190 Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons du 16 septembre 2014, cause ZK2 14 18, consid. 3b.

191 Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons du 16 septembre 2014, cause ZK2 14 18, consid. 4.

192 Autorité de conciliation du canton de Zurich, 28 mai 2004, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/112.

193 K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 21 *ad* art. 8 LEg, p. 286.

194 UEBERSCHLAG, N 825 ss, p. 324 ss.

195 K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 32 *ad* art. 5 LEg, p. 169.

196 K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 32 *ad* art. 5 LEg, p. 169.

197 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1214.

198 Autorité de conciliation du canton de Zurich, 22 janvier 2008, www.gleichstellungsgesetz.ch ZH/165.

199 Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons du 16 septembre 2014, consid. 3h et 4, *in* : JAR 2015 503. Dans le cas d'espèce, la candidate non retenue réclamait une indemnité de 12'300 fr., correspondant à trois mois de salaire à 4'100 fr.

qu'une indemnité symbolique soit demandée par la victime d'une discrimination à l'embauche, « dans certaines circonstances, notamment lorsque la constatation de l'infraction représente en elle-même déjà une sanction appropriée pour l'employeur et un mode de réparation adéquat pour le lésé »[200].

2. Plusieurs personnes réclament l'indemnité

Le projet du Conseil fédéral ne contenait pas de règle spécifique concernant le cas dans lequel plusieurs personnes prétendent au versement d'une indemnité en raison d'une discrimination à l'embauche. Selon ce projet, toutes les personnes discriminées auraient donc pu agir en paiement d'une indemnité, sans qu'une limite globale maximale soit fixée[201].

Les Chambres fédérales ont souhaité réduire l'importance de l'indemnité et la charge financière pour l'employeur en établissant que le montant maximal de trois mois de salaire valait également en cas de pluralité de demandes d'indemnisation[202]. C'est ainsi que, selon l'art 5 al. 4, deuxième phrase, lorsque « plusieurs personnes prétendent au versement d'une indemnité pour refus d'embauche à un même poste, la somme totale des indemnités versées n'excédera pas non plus » le montant de trois mois de salaire (plafond global).

Les diverses victimes n'obtiendront pas nécessairement chacune le même montant[203]. Au contraire, dans les limites du montant maximal de trois mois de salaire, le juge fixera la somme à laquelle chaque personne discriminée a droit, de manière individuelle, compte tenu de toutes les circonstances (cf. art. 5 al. 2 LEg).

Vu le délai fixé à l'art. 8 al. 2 LEg, l'employeur devrait être informé du nombre de demandes au plus tard trois mois après le dernier refus. Lorsque plusieurs victimes ont agi dans les délais, les diverses causes doivent être jointes, même si elles ont été ouvertes à des fors différents, puisque le total de toutes les indemnités allouées ne peut dépasser trois mois de salaire[204]. Le juge ordonnera donc la jonction des causes (art. 125 lit. c CPC) ou transmettra le dossier au tribunal saisi en premier (art. 127 al. 1 CPC)[205]. Notons toutefois que nous n'avons pas connaissance d'un cas concret dans lequel il y aurait eu une pluralité de demandes d'indemnisations pour discrimination à l'embauche.

200 ATF 131 II 361, consid. 4.8.
201 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1214.
202 BO CN 1995 194-195.
203 GEISER, N 3.14, p. 570 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 35 *ad* art. 5 LEg, p. 171.
204 WYLER/HEINZER, p. 884.
205 CLEg-AUBERT, N 45 *ad* art. 5 LEg, p. 136.

C. Autres actions possibles ?

L'action en paiement d'une indemnité en raison d'un refus d'embauche discriminatoire constitue une action spécifique. Il convient de déterminer si la personne non engagée est également en droit d'exercer d'autres actions prévues dans la loi sur l'égalité (**1**) ou dans le droit commun (**2**).

1. Les autres actions prévues dans la LEg

L'art. 5 al. 2 LEg prescrit que la personne lésée par une discrimination à l'embauche « ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité ». Le texte de cette disposition paraît exclure les actions mentionnées à l'art. 5 al. 1 LEg, à savoir les actions en prévention, en cessation, et en constatation d'une discrimination, ainsi que l'action en paiement du salaire. Il faut toutefois faire une distinction. Il paraît clair que l'action en paiement du salaire n'est pas possible : en l'absence d'engagement, il n'existe pas de contrat de travail et, par voie de conséquence, aucun droit au salaire. De même, il est logique que la victime d'une discrimination à l'embauche ne puisse agir en prévention ou en cessation d'une non-embauche, car cela reviendrait à exiger l'engagement, ce qui est contraire, nous l'avons vu, au principe de la liberté contractuelle[206].

En revanche, doit être réservée la possibilité pour la personne non engagée d'ouvrir une action en constatation. Comme l'a relevé Gabriel Aubert, « le but du législateur était de préserver la liberté contractuelle, en évitant que la salariée intente une action en prévention ou en cessation de trouble pour obtenir la conclusion […du contrat de travail]. L'action en constatation ne présente pas ce danger »[207]. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs jugé qu'une interprétation systématique de l'art. 5 al. 2 LEg postulait d'admettre, dans son principe, la voie de l'action en constatation de droit en cas de discrimination à l'embauche. En effet, « quel que soit le montant, une indemnité fondée sur cette disposition suppose logiquement que l'on puisse constater l'existence d'une discrimination, du moins à titre préjudiciel. […]. De plus, il est possible que, dans certaines situations particulières, seule une action en constatation de droit soit envisageable, par exemple si le montant maximal de l'indemnité pouvant être mis à la charge de l'employeur est atteint après qu'un grand nombre de lésés ont demandé et obtenu une indemnisation »[208].

---

206 CLEg-AUBERT, N 37 *ad* art. 5 LEg, p. 134.
207 CLEg-AUBERT, N 20 *ad* art. 5 LEg, p. 130 s.
208 ATF 131 II 361, consid. 4.7. Voir aussi GEISER, N 3.6, p. 566.

2. Les actions générales du droit commun

L'art. 5 al. 5 LEg réserve les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral de la victime d'une discrimination (art. 5 al. 5 LEg). Ainsi que l'a précisé le Tribunal fédéral, une discrimination au sens de la loi sur l'égalité représente aussi une atteinte aux droits de la personnalité (acte illicite) qui peut donner droit à des dommages-intérêts ainsi qu'à une réparation du tort moral. Dès lors, la personne lésée par une discrimination peut faire valoir les droits spécifiques de l'art. 5 al. 1 à 4 LEg et, cumulativement, les prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral réservées à l'art. 5 al. 5 LEg. Dans le même arrêt, notre Haute Cour a encore indiqué que la personne lésée doit pouvoir faire valoir toutes ces prétentions dans la procédure ouverte contre la décision discriminatoire[209].

Il résulte de ce qui précède que la victime d'une discrimination à l'embauche au sens de la loi sur l'égalité devrait pouvoir invoquer concurremment l'indemnité forfaitaire prévue dans la LEg et les réparations résultant du droit commun (art. 41 ss CO)[210]. La portée de la réserve de l'art. 5 al. 5 LEg est toutefois sujette à interprétation. En effet, dans la mesure où la loi sur l'égalité constitue une *lex specialis* par rapport au Code des obligations et que les deux lois prévoient la réparation du même préjudice, la victime de la discrimination ne devrait avoir droit qu'à une seule indemnité pour la même atteinte[211].

Comme nous l'avons vu, l'indemnité prévue en cas de discrimination à l'embauche comporte un double aspect, à la fois punitif et réparateur. Il est ainsi douteux que la personne non engagée puisse réclamer en justice des montants supérieurs à la limite prévue dans la loi sur l'égalité en se fondant sur les actions prévues dans le Code des obligations[212]. On réserva les situations particulières. En effet, la victime de la discrimination à l'embauche doit pouvoir agir en réparation du tort moral si l'atteinte subie est à ce point grave qu'un montant correspondant à trois mois de salaire (limite maximale prévue à l'art. 5 al. 4 LEg) ne suffirait pas à la réparer[213]. La victime doit aussi pouvoir agir en dommages-intérêts pour récupérer les frais de défense engagés en raison de la discrimination[214].

Enfin, l'art. 5 al. 5 LEg réserve aussi « les prétentions découlant de dispositions contractuelles plus favorables aux travailleurs ». La loi vise les éventuelles dispositions contenues dans des contrats de travail ou des conventions collectives qui seraient plus

209 ATF 133 II 257, consid. 5.3.
210 CLEg-AUBERT, N 39 *ad* art. 5 LEg, p. 134 s.
211 WYLER/HEINZER, p. 881. Voir aussi GEISER, p. 566 s.
212 WYLER/HEINZER, p. 884.
213 CLEg-AUBERT, N 75 *ad* art. 5 LEg, p. 143.
214 ATF 133 II 257, consid. 5.4.

favorables aux travailleurs[215]. Nous n'avons toutefois pas connaissance de l'existence de telles clauses en matière de discrimination à l'embauche.

VI. Qualité pour agir des organisations (art. 7 LEg)

L'ordre juridique suisse connaît plusieurs règles, d'origine légale ou jurisprudentielle, qui confèrent, selon des modalités diverses, la qualité pour agir aux organisations (cf. notamment l'art. 89 CPC)[216]. Nous nous limiterons ici à quelques considérations relatives à la qualité pour agir des organisations selon l'art. 7 LEg en cas de discrimination à l'embauche.

Il résulte de l'art. 7 al. 1 LEg que les « organisations qui sont constituées depuis deux ans au moins et qui ont pour tâche, en vertu de leurs statuts, de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes ou de défendre les intérêts des travailleurs ont qualité pour agir en leur propre nom en vue de faire constater une discrimination, lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail. Avant d'ouvrir action, ces organisations doivent donner à l'employeur concerné la possibilité de prendre position »[217].

Les personnes morales visées par l'art. 7 LEg peuvent consister autant en des organisations ayant pour tâche de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes (associations féministes, par exemple), qu'en des organisations ayant pour tâche de défendre les intérêts des travailleurs (syndicats)[218].

Selon l'art. 7 LEg, la qualité pour agir des organisations n'est reconnue que lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail. Autrement dit, l'action doit viser un intérêt général même si elle tend à faire confirmer une discrimination à l'encontre d'une personne déterminée[219].

Le droit d'action est limité à la requête d'un jugement en constatation. Les organisations ne peuvent donc pas agir pour faire interdire ou cesser une discrimination, ou obtenir l'exécution d'une prestation ou le paiement de dommages-intérêts en faveur d'une

---

215 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1215.

216 Sur cette question, cf. CLEg-BRUCHEZ, N 35 ss *ad* art. 7 LEg, p. 188 ss.

217 Pour un commentaire détaillé de l'art. 7 LEg, cf. CLEg-BRUCHEZ, p. 177 ss.

218 CLEg-BRUCHEZ, N 7 *ad* art. 7 LEg, p. 180 s ; DIETSCHY, N 735, p. 354 ; WYLER/HEINZER, p. 781.

219 DIETSCHY, N 736, p. 354.

personne déterminée[220]. L'action de l'organisation n'empêche évidemment pas la personne discriminée d'intenter sa propre action individuelle.

L'action des organisations est parfaitement envisageable en matière de discrimination à l'embauche. Ainsi que l'a relevé le Conseil fédéral, une organisation a la faculté de faire constater par un juge qu'une entreprise viole, selon une pratique constante, l'interdiction de discriminer lors de l'embauche[221], par exemple en privilégiant systématiquement l'un ou l'autre sexe, sans raison objective[222]. En revanche, vu les principes généraux rappelés ci-dessus, les organisations ne peuvent solliciter, au nom de la personne non engagée, le paiement de l'indemnité prévue à l'art. 5 al. 2 et al. 4 LEg[223]. L'organisation agira donc à l'occasion d'une discrimination concrète, non pour prendre en charge les intérêts de la victime, mais pour défendre un intérêt collectif. Il reviendra, le cas échéant à la personne discriminée d'intenter une action individuelle en vue de l'obtention de l'indemnité[224].

Selon l'art. 7 al. 2 LEg, « les dispositions régissant les actions intentées à titre individuel sont applicables par analogie ». Cela signifie que, dans le cas d'une discrimination à l'embauche, le délai péremptoire de trois mois de l'art. 8 al. 2 LEg pour ouvrir action doit également être respecté par l'organisation qui agit en constatation de droit[225].

En pratique, les actions des organisations en cas de discrimination à l'embauche sont quasi inexistantes. Dans une affaire vaudoise, une greffière substitute du Tribunal cantonal s'était vu proposer le poste de première greffière substitute du Tribunal, mais n'avait finalement pas obtenu ce poste parce qu'elle était enceinte. L'Association vaudoise pour les droits de la femme (ADF) avait alors ouvert action contre l'Etat de Vaud afin de faire constater que la candidature de l'intéressée avait été écartée pour des motifs discriminatoires. Le Tribunal de prud'hommes de Lausanne, tout en considérant qu'il s'agissait d'un cas de refus de promotion et non de refus d'embauche, a jugé à titre préjudiciel, au stade de la recevabilité de l'action, que les conditions de l'art. 7 LEg étaient remplies[226]. Dans son jugement au fond, le Tribunal a toutefois déclaré douter que l'issue du procès puisse affecter un nombre considérable de rapports de travail, au sens de l'art. 7 LEg, comme cela pouvait apparaître avant l'introduction de la demande[227].

---

220 CLEg-BRUCHEZ, N 20 *ad* art. 7 LEg, p. 185.

221 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1219.

222 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1221.

223 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1221.

224 CHAVANNE, p. 372 ; DIETSCHY, N 739, p. 356.

225 CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1219 ; CLEg-BRUCHEZ, N 26 *ad* art. 7 LEg, p. 186.

226 Jugement préjudiciel du Tribunal de prud'hommes de Lausanne du 17 juillet 2002, www.leg.ch (discrimination à la promotion).

227 Jugement du Tribunal de prud'hommes de Lausanne du 6 août 2003, www.leg.ch (discrimination à la promotion).

VII. Conclusion

La discrimination à l'embauche fondée sur le sexe est pratiquée quotidiennement dans notre pays. Et pourtant les actions judiciaires sont relativement rares. Il existe certainement des causes générales et des causes plus spécifiques qui peuvent expliquer ce paradoxe. Les causes générales relèvent du manque d'effectivité de la loi sur l'égalité ; elles ont été rappelées dans le rapport du Conseil fédéral de 2006 (connaissance insuffisante de la loi, appréhension d'agir contre un employeur, administration de la preuve, longueur des procédures, etc.)[228]. Les causes spécifiques résultent du régime propre à la discrimination à l'embauche. Ainsi, le délai pour ouvrir action prévu à l'art. 8 al. 2 LEg génère un premier obstacle pour la personne non embauchée. De même, le fait que l'allégement du fardeau de la preuve (cf. art. 6 LEg) ne s'applique pas en matière d'embauche constitue une difficulté supplémentaire de taille. Enfin, la sanction, limitée à trois mois de salaire, peut s'avérer peu dissuasive. Nous évoquerons ici à nouveau le cas traité dans le canton des Grisons que nous avons présenté dans notre introduction. Certes, la discrimination à l'embauche a été reconnue et l'employeur s'est vu condamné à payer à la candidate non retenue une indemnité de 1'000 fr. Mais, du fait que la demanderesse avait réclamé une indemnité de 12'300 fr. (trois mois de salaire à 4'100 fr.) et qu'elle n'a obtenu gain de cause que pour une faible partie de ce montant (soit, 1'000 fr.), elle a été condamnée à prendre en charge des dépens de première et de seconde instance pour un total de 3'000 fr. (cf. art. 106 al. 2 CPC)[229]. La victime a donc dû finalement débourser 2'000 fr., sans compter ses propres frais d'avocat, pour obtenir la reconnaissance d'une discrimination !

Nous souhaitons malgré tout conclure sur une note plus positive. Les autorités de conciliation jouent un rôle non négligeable. Dans la majorité des cas qui leur ont été soumis, elles ont constaté une discrimination et ont proposé que l'employeur verse une indemnité. Il existe donc certainement un potentiel non encore utilisé pour toutes les personnes victimes d'une discrimination à l'embauche à raison du sexe.

---

228 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport, FF 2006, p. 3075 ss.

229 Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons du 16 septembre 2014, cause ZK2 14 18, consid. 5-7.

VIII. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

ARIOLI KATHRIN et FURRER ISELI FELICITAS, L'application de la loi sur l'égalité aux rapports de travail de droit public, Bâle 2000.

AUBERT GABRIEL et LEMPEN KARINE (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : CLEg-AUTEUR).

BIGLER-EGGENBERGER et KAUFMANN CLAUDIA (éd.), Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000 (cité : CLEg 2000-AUTEUR).

BOHNET FRANÇOIS et JEANNIN PASCAL, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, *in* : RDS 134 (2015) I, p. 223-256.

BRUNNER CHRISTIANE, BÜHLER JEAN-MICHEL, WAEBER JEAN-BERNARD et BRUCHEZ CHRISTIAN, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004.

CHAVANNE MICHEL, La qualité pour agir des organisations fondée sur l'article 7 LEg et la promotion du principe de l'égalité, *in* : Wyler (éd.), Panorama en droit du travail, Berne 2009, p. 365-380.

CARRUZZO PHILIPPE, Le contrat individuel de travail – Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich/Bâle/Genève 2009.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale du 24 février 1993, *in* : FF 1993 I 1163 (cité : Conseil fédéral, Message).

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité en exécution de la motion Vreni Hubmann 02.3142, transmise par le Conseil national sous forme de postulat le 21 juin 2002, du 15 février 2006, *in* : FF 2006 3061 (cité : Conseil fédéral, Rapport).

DIETSCHY PATRICIA, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Bâle 2011.

DUNAND JEAN-PHILIPPE et MAHON PASCAL (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 (cité : Commentaire-AUTEUR).

GEISER THOMAS, Die Regeln über die Anstellungsdiskriminierung und die Beförderungsdiskriminierung im Gleichstellungsgesetz, *in*: ZBJV 132/1996, p. 555-578.

GIAUQUE CHRISTIAN, Interdiction de discriminer en raison de la grossesse, *in* : Wyler (éd.), Panorama II en droit du travail, Berne 2012, p. 153-164.

KAUFMANN CLAUDIA et STEIGER-SACKMANN SABINE (éd.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Bâle 2009 (cité : K GIG-Auteur).

MEIER PHILIPPE, Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011.

MILANI DOMINIK, Die Geltendmachung von Entschädigungs-ansprüchen infolge Anstellungsdiskriminierung bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen im erstinstanzlichen gerichtlichen Entscheidverfahren, *in*: ArbR 2011, p. 39-86.

PÄRLI KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis – Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Berne 2009.

PÄRLI KURT, HUG JULIA et PETRIK ANDREAS, Arbeit, Krankheit, Invalidität – Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, Berne 2015.

PERRENOUD STÉPHANIE, La protection de la maternité – Etude de droit suisse, international et européen, Berne 2015.

PICHONNAZ PASCAL et FOËX BÉNÉDICT (éd.), Commentaire romand, Code civil I, Bâle 2010 (cité : CR CC I-AUTEUR).

STREIFF ULLIN, VON KAENEL ADRIAN et RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zurich/Bâle/Genève 2012.

SUBILIA OLIVIER et DUC JEAN-LOUIS, Droit du travail – Eléments de droit suisse, Lausanne 2010.

THÉVENOZ LUC et WERRO FRANZ (éd.), Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2012 (cité : CR CO I-Auteur).

UEBERSCHLAG JAKOB, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG) – Unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, Zurich/Bâle/Genève 2009.

WYLER RÉMY et HEINZER BORIS, Droit du travail, Berne 2014.