


30 ANS DE LOI FÉDÉRALE SUR L'ÉGALITÉ

Edité par Karine Lempen et Anne-Sylvie Dupont

DIKE 

 UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

 PÔLE BERENSTEIN
DROIT DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Karine Lempen / Anne-Sylvie Dupont (édit.)

30 ANS de Loi fédérale sur l'égalité

DIKE 

 UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

 PÔLE BERENSTEIN
DROIT DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Open-Access-Gold

Publié par :

Dike Verlag

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zürich

info@dike.ch

www.dike.ch

© Karine Lempen / Anne-Sylvie Dupont (édit.) 2026

ISBN: 978-3-03891-846-2 (Dike Verlag AG, Zürich)

ISBN (PDF): 978-3-03929-098-7

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-098-7>



Cet ouvrage fait l'objet de
la licence Creative Commons CC BY-NC-ND.



Sommaire

Abréviations / *Abkürzungsverzeichnis* IX

Préface

ELISABETH BAUME-SCHNEIDER / BEAT JANS 1

La loi fédérale sur l'égalité au regard du droit onusien et européen

KARINE LEMPEN 3

La discrimination à l'embauche à l'ère de l'intelligence artificielle

KURT PÄRLI / MALIKA ZÜRCHER 33

Discrimination dans l'attribution des tâches et l'aménagement des conditions de travail

CÉLINE MOREAU 77

Discrimination salariale : comment la rendre vraisemblable en pratique

CHRISTINE SATTIVA SPRING 113

Zwischenbilanz der Umsetzung der Revision des Gleichstellungsgesetzes und weiteres Vorgehen

JEANNE RAMSEYER 159

La protection contre le licenciement discriminatoire à raison du sexe ou de la grossesse dans les rapports de travail de droit privé

JEAN-PHILIPPE DUNAND 175

La pratique des enquêtes internes et des procès pour harcèlement sexuel au travail

ANNE MEIER 223

**L'application de la loi sur l'égalité dans les rapports
de travail de droit public**

Aspects de droit matériel et de procédure

CHRISTIAN BRUCHEZ / SARAH PRAPLAN 235

**Das Gleichstellungsgesetz und die Diskriminierung
von LGBTIQ-Personen**

ELISABETH JOLLER 261

Postface

STÉPHANIE LACHAT 313

La protection contre le licenciement discriminatoire à raison du sexe ou de la grossesse dans les rapports de travail de droit privé

*Jean-Philippe Dunand**

Table des matières

I.	Introduction	177
II.	Notion de licenciement discriminatoire dans le contexte de la LEg	179
	A. Critères d'un licenciement discriminatoire	179
	B. Discriminations directes et indirectes	181
	1. Discriminations directes	181
	2. Discriminations indirectes	182
	C. Motifs justificatifs	183
	D. Preuve	185
	1. La preuve sous le régime applicable du congé abusif (CO)	185
	2. La preuve sous le régime spécifique applicable du licenciement discriminatoire (LEg)	187
	a. Vraisemblance de l'existence d'un licenciement discriminatoire	188
	b. Preuve d'un motif objectif	189
	E. Jurisprudence sur le licenciement discriminatoire fondé sur la maternité	190
	1. Licenciement discriminatoire admis	192
	a. Cour d'appel du canton du Tessin 12.2016.197 du 7 mai 2018	192
	b. TF 4A_59/2019 du 12 mai 2020, c. 7.2	192
	c. Chambre d'appel des prud'hommes de Genève du 18 janvier 2022, c. 4	193

* Avocat, docteur en droit, professeur à l'Université de Neuchâtel. L'auteur remercie Mme Neïda de Jesus, assistante-doctorante à la faculté de droit de Neuchâtel pour sa relecture attentive de la contribution.

d. Chambre d'appel des prud'hommes de Genève du 4 septembre 2023, c. 3.2.5	194
2. Licenciement discriminatoire non admis	194
a. TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.2	194
b. TF 4A_208/2021 du 16 juillet 2021, c. 3.3 et 3.4	195
c. TF 4A_537/2021 du 18 janvier 2022, c. 4 et 5	196
d. TF 4A_479/2021 du 29 avril 2022, c. 5	196
e. Cour d'appel civil du Tribunal cantonal vaudois du 6 juin 2023, c. 4.3.1	196
III. Prétention principale de la personne discriminée	197
A. Indemnité de résiliation discriminatoire	197
1. La nature de l'indemnité	198
2. Le montant de l'indemnité	199
B. Procédure	201
1. Opposition au congé	202
2. Action en justice	204
IV. Autres prétentions	205
A. Prétentions en lien avec le licenciement	207
1. Indemnité pour licenciement abusif	207
2. Indemnité en cas de licenciement immédiat injustifié	208
3. Indemnité découlant d'un congé représailles au sens de la LEg	209
4. Dommages-intérêts	210
5. Réparation morale	212
B. Prétentions étrangères au licenciement	212
1. Dommages-intérêts et réparation morale en cas d'atteinte à la personnalité (art. 328 CO)	213
2. Indemnité en cas de harcèlement sexuel (art. 4 et 5 LEg)	213
C. Prétentions fondées sur des dispositions contractuelles plus favorables	214
V. Conclusion	215
Bibliographie	218
Documents officiels	221

I. Introduction

Dans les dispositions du Code des obligations (CO¹) sur le contrat de travail (art. 319 ss), la sous-section relative à la protection contre les congés comprend une partie consacrée à la résiliation abusive (art. 336 à 336b CO) et une partie consacrée à la résiliation en temps inopportun (art. 336c et 336d CO). Pour avoir un panorama complet de la protection contre les licenciements dans le CO, il faut aussi tenir compte de la protection contre le congé immédiat injustifié (art. 337c CO)². Globalement, le régime actuel résulte de la réforme du 18 mars 1988, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989³.

Lors de l'adoption de la LEg⁴, le 24 mars 1995, le législateur a souhaité protéger les personnes employées contre deux types de licenciement, lesquels constituaient déjà des cas spécifiques de congé abusif au sens de l'art. 336 CO : le congé discriminatoire (cf. art. 336 al. 1 let. a CO) et le congé représailles (cf. art. 336 al. 1 let. d CO)⁵.

Il y a licenciement discriminatoire lorsqu'une personne employée est licenciée à raison du sexe (cf. art. 3 al. 1 et 2 LEg), par exemple parce qu'elle est mariée ou parce qu'elle rentre d'un congé-maternité (cf. art. 3 al. 1 LEg). La personne lésée peut prétendre au versement d'une indemnité par l'employeur, fixée compte tenu de toutes les circonstances, et qui n'excédera pas le montant correspondant à six mois de salaire (cf. art. 5 al. 2 et 4 LEg).

Il y a congé représailles, lorsqu'une personne employée est licenciée parce qu'elle s'est plainte, de bonne foi, sur son lieu de travail, devant un office de conciliation ou un tribunal, d'avoir subi une discrimination interdite par la loi sur l'égalité (cf. art. 10 al. 1 LEg), par exemple parce qu'elle a demandé à son employeur de mettre fin à une discrimination salariale. La personne licenciée peut demander l'annulation du congé et sa réintégration dans l'entreprise

¹ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations, CO ; RS 220).

² Sur la protection contre les congés dans le CO, cf. DUNAND, *La fin du contrat*, 32 ss.

³ RO 1988 1472 ; FF 1984 II 574.

⁴ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg ; RS 151.1).

⁵ Cf. TF 4A_47/2022 du 23 novembre 2022, c. 5.2.2.2.

(cf. art. 10 al. 1 LEg), ou alors une indemnité au sens de l'art. 336a CO, en lieu et place de l'annulation du congé (cf. art. 10 al. 4 LEg).

Au sens large, les deux types de licenciement constituent une violation de l'interdiction de discriminer prohibée par l'art. 3 LEg. La présente contribution est consacrée au licenciement discriminatoire au sens strict, celui qui est sanctionné à l'art. 5 LEg. Nous limiterons notre analyse aux rapports de travail régis par le CO, étant rappelé que la LEg s'applique également aux rapports de travail régis par le droit public fédéral, cantonal et communal (cf. notamment art. 2 LEg)⁶.

Après avoir présenté la notion de licenciement discriminatoire dans le contexte de la LEg (chapitre II), nous distinguerons la prétention principale (chapitre III), des autres prétentions (chapitre IV) de la personne licenciée.

Comme nous le verrons, le régime du licenciement discriminatoire de la LEg s'apparente étroitement, en tant que *lex specialis*, au régime du congé abusif du CO, dont il reprend la notion (cf. art. 336 al. 1 let. a CO), la sanction (cf. art. 336a CO) et la procédure (cf. art. 336b CO)⁷. Pour autant, il comporte trois spécificités importantes, favorables à la personne discriminée : un renversement du fardeau de la preuve (art. 6 LEg), la possibilité de réclamer des dommages-intérêts et une réparation morale en plus de l'indemnité de licenciement discriminatoire (art. 5 al. 5 LEg), ainsi que la latitude d'améliorer conventionnellement la protection de la personne licenciée (art. 5 al. 5 LEg *in fine*).

⁶ Pour une présentation de la protection contre la résiliation à raison du sexe dans les rapports de travail de droit public, cf. la contribution de CHRISTIAN BRUCHEZ et SARAH PRAPLAN dans cet ouvrage.

⁷ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1221 ; PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, N 724.

II. Notion de licenciement discriminatoire dans le contexte de la LEg

Selon l'art. 336 al. 1 let. a CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné à une partie « pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise ». La personnalité englobe toutes les caractéristiques qui servent à individualiser une personne et qui sont dignes d'être protégées par l'ordre juridique⁸. Cette disposition vise le congé discriminatoire⁹ fondé, par exemple, sur le statut familial, le sexe, l'origine, la race, la nationalité, l'âge, l'orientation sexuelle, les antécédents judiciaires ou encore la maladie, la séropositivité, ainsi que l'appartenance religieuse¹⁰.

La LEg se concentre sur un type spécifique de licenciement discriminatoire, à savoir celui fondé sur le sexe. Pour cerner la notion de licenciement discriminatoire selon la LEg, nous traiterons des questions suivantes : critères (*infra* A), distinction entre discrimination directe et indirecte (*infra* B), motifs justificatifs (*infra* C), fardeau de la preuve (*infra* D) et jurisprudences significatives en matière de licenciements discriminatoires fondés sur la maternité (*infra* E).

A. Critères d'un licenciement discriminatoire

L'art. 3 LEg établit le principe de l'interdiction de toute discrimination entre femmes et hommes dans les rapports de travail. En d'autres termes, il proscriit les différences de traitement injustifiées entre travailleuses et travailleurs¹¹. La norme est absolument impérative¹². Toute dérogation prévue dans un

⁸ TF 4C.72/2002 du 22 avril 2002, c. 1a.

⁹ TF 4A_138/2015 du 27 juillet 2015, c. 3.1.

¹⁰ ATF 130 III 699, c. 4.1 ; ATF 127 III 86, c. 2a ; TF 4A_60/2009 du 3 avril 2009, c. 3.1.

¹¹ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 2.

¹² K GIG-FREIVOGEL, art. 3 N 1.

règlement, une convention collective de travail ou un contrat individuel de travail est nulle de plein droit¹³.

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. Explicitement mentionnés à l'art. 3 al. 1 LEg, les critères de l'état civil et de la situation familiale sont présumés discriminatoires¹⁴.

L'interdiction de toute discrimination s'applique notamment à la résiliation des rapports de travail (art. 3 al. 2 LEg).

En l'absence de définition dans la LEg, il est possible de caractériser un licenciement discriminatoire fondé sur le sexe, en se référant notamment à l'art. 1 de la Convention de l'OIT n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, ratifiée par la Suisse¹⁵, par la réunion des quatre éléments suivants¹⁶ :

- une distinction, exclusion ou préférence, résultant d'un licenciement, qui constitue une différence de traitement entre les femmes et les hommes ;
- cette différence de traitement est fondée sur un critère discriminant, en l'espèce, le sexe, l'état civil, la situation familiale ou la grossesse de la personne licenciée ;
- le résultat de cette différence de traitement provoque la destruction ou l'altération de l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi ;
- il n'existe pas de motif justificatif objectif, répondant à un véritable besoin de l'entreprise pour un emploi déterminé, de nature à fonder la distinction, exclusion ou préférence incriminée.

Précisons encore que la question de savoir si la partie employeuse a eu l'intention ou non de discriminer n'est pas déterminante pour apprécier le caractère discriminatoire d'une mesure¹⁷. En effet, l'interdiction de la

¹³ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 1.

¹⁴ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 10.

¹⁵ Convention OIT n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (C111 ; RS 0.822.721.1).

¹⁶ Cf. DUNAND/WITZIG, 243 et 335 ss.

¹⁷ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 5.

discrimination fondée sur le sexe s'applique également aux discriminations non-intentionnelles¹⁸.

B. Discriminations directes et indirectes

Comme déjà indiqué, la LEg prohibe autant les discriminations directes (*infra* 1) que les discriminations indirectes (*infra* 2). Il convient de distinguer les deux hypothèses dans le contexte du licenciement discriminatoire.

1. Discriminations directes

Est constitutive d'une discrimination directe à raison du sexe une différence de traitement qui se fonde explicitement sur le critère du sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à l'un des deux sexes et qui n'est pas justifiée objectivement¹⁹. Il en irait ainsi, par exemple, si des femmes mariées étaient licenciées en priorité, vu la situation sur le marché de l'emploi ou la nécessité de réduire les effectifs, au motif que leur salaire ne représenterait qu'un appoint à celui de leur mari²⁰.

De même, constitue une discrimination directe dans la résiliation des rapports de travail le licenciement d'une travailleuse parce qu'elle est enceinte, parce qu'elle souhaite le devenir ou parce qu'elle est mère²¹.

Certes, après le temps d'essai, le licenciement notifié durant la grossesse et durant les seize semaines qui suivent l'accouchement est nul (cf. art. 336c CO), même si la partie employeuse ignorait que son employée était enceinte²². Mais

¹⁸ ATF 127 III 207, c. 5b ; TF 4A_537/2021 du 18 janvier 2022, c. 5.2.

¹⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1210 ; ATF 145 II 153, c. 4.3.5 ; ATF 124 II 424 ; TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.1. La présente contribution se réfère au sexe biologique des personnes, tel qu'il est entendu dans la conception traditionnelle actuellement retenue par la jurisprudence. Néanmoins, la question de l'application de la LEg à des notions plus contemporaines se pose (orientation sexuelle ou identité de genre). Cf. notamment à ce sujet la contribution d'ELISABETH JOLLER dans le présent ouvrage.

²⁰ K GIG-FREIVOGEL, art. 3 N 63 s. ; PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, N 721.

²¹ TF 4A_59/2019 du 12 mai 2020, c. 3 ; TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.1.

²² ATF 135 III 349, c. 2 et 3. Voir aussi WYLER/HEINZER/WITZIG, 859.

lorsque le licenciement intervient durant le temps d'essai ou après les seize semaines qui suivent l'accouchement, il n'est pas nul, mais peut être contesté en raison de son caractère discriminatoire (art. 3 et 5 LEg) ou abusif (art. 336 CO)²³.

Est également discriminatoire, le licenciement d'une travailleuse ayant pour cause l'exercice par celle-ci des droits découlant de sa grossesse ou de sa maternité²⁴ ou celui faisant suite au refus de l'employée de donner suite aux avances sexuelles de son supérieur hiérarchique²⁵.

En principe, pour autant que l'on ne cherche pas, par ce moyen, à détourner les dispositions impératives de la loi, les parties peuvent convenir de mettre fin au contrat de travail d'un commun accord (de résiliation)²⁶. Selon la jurisprudence, un tel accord de résiliation peut supprimer la possibilité pour la partie employée de se prévaloir d'une protection contre le licenciement abusif ou en temps inopportun (art. 336 ss CO)²⁷. La compatibilité de ce régime juridique avec les règles impératives de la LEg mériterait d'être étudiée, eu égard notamment aux accords de résiliation en cas de maternité²⁸.

2. Discriminations indirectes

Est constitutive d'une discrimination indirecte à raison du sexe une différence de traitement qui se fonde sur un critère, neutre en apparence, mais qui a ou peut avoir pour résultat de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifiée objectivement²⁹.

Une discrimination indirecte dans la résiliation des rapports de travail doit notamment être présumée lorsque les licenciements visent en priorité les personnes travaillant à temps partiel, celles qui ont le moins d'expérience ou

²³ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 35.

²⁴ TC VD du 6 juin 2023, c. 4.2.1, DTA 2024 609 ; Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 35 ; PERRENOUD, 91.

²⁵ LEMPEN, *Le harcèlement sexuel*, 264.

²⁶ TF 4A_364/2016 du 31 octobre 2016, c. 3.1.

²⁷ TF 4A_13/2018 du 23 octobre 2018, c. 4.1.3. Cf. WYLER/HEINZER/WITZIG, 710 ss.

²⁸ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence fédérale*, 43.

²⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1210 ; ATF 145 II 153, c. 4.3.5 ; TF 8C_605/2016 du 9 octobre 2017, c. 6.1.

d'ancienneté ou les personnes mariées dont le conjoint bénéficie d'un salaire plus élevé ou d'un bon revenu³⁰.

Dans son message relatif à la LEg, le Conseil fédéral indiquait que, lors de licenciements collectifs, la partie employeuse doit utiliser, au moment du choix des personnes licenciées, des critères qui ne se fondent pas sur la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes et qui, pris dans leur ensemble, n'ont pas pour effet de désavantager systématiquement les femmes³¹.

C. Motifs justificatifs

Il résulte de ce qui précède que le caractère discriminatoire d'une différence de traitement disparaît si celle-ci est justifiée objectivement³². La justification relèvera d'un besoin de l'entreprise lié à l'exécution du travail, la situation conjoncturelle ou un besoin de politique sociale³³.

En principe, une discrimination directe ne peut être justifiée objectivement, puisqu'elle fait référence au critère prohibé³⁴. L'existence d'une justification objective est donc plus pertinente dans le domaine des discriminations indirectes³⁵.

En l'absence d'une énumération dans la loi, la liste des motifs objectifs est ouverte et soumise à l'appréciation des tribunaux³⁶. En matière salariale, par exemple, la jurisprudence considère comme non discriminatoires les différences qui reposent sur les motifs qui peuvent influencer la valeur du travail (formation, ancienneté, qualifications professionnelles, expérience professionnelle, prestations effectuées, rendement, cahier des charges concrètement assumé, etc.)³⁷.

³⁰ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 10 et N 36 ; K GIG-FREIVOGEL, art. 3 N 67 ss.

³¹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1211.

³² CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1211 ; TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.1.

³³ COSSALI SAUVAIN, 62.

³⁴ COSSALI SAUVAIN, 62.

³⁵ COSSALI SAUVAIN, 63.

³⁶ Commentaire LEg-WYLER, art. 6 N 29.

³⁷ ATF 130 III 145, c. 5.2. Voir aussi WYLER/HEINZER/WITZIG, 1192.

Evidemment, le motif justificatif avancé par l'employeur ne doit pas, lui-même, être directement ou indirectement discriminatoire à raison du sexe³⁸. Ainsi, le critère du sexe ne peut être admis comme motif objectif qu'à titre exceptionnel, lorsqu'il constitue un facteur déterminant pour l'exécution du travail en question³⁹.

Lors de l'entretien d'embauche, par exemple, les questions relatives à la grossesse sont en principe interdites (cf. aussi les art. 328 et 328b CO)⁴⁰. De telles questions sont cependant exceptionnellement susceptibles d'être posées lorsque la grossesse constitue un point objectivement essentiel du contrat, c'est-à-dire qu'elle aura des répercussions sur les aptitudes de la candidate à effectuer le travail proposé⁴¹. Tel peut être le cas d'un travail physiquement éprouvant ou interdit par le droit public en raison du danger qu'il représente pour la santé de la mère enceinte ou de l'enfant à naître⁴².

En matière de licenciement discriminatoire, la possibilité d'invoquer un motif justificatif fondé sur le sexe ou la grossesse nous paraît très réduite. Toutefois, dans une affaire genevoise, le Tribunal des prud'hommes a rejeté les prétentions d'une comédienne alléguant avoir été l'objet d'un licenciement discriminatoire après l'annonce de la grossesse, la partie employeuse étant fondée à refuser de lui laisser jouer un rôle physiquement éprouvant⁴³.

Ainsi, dans la plupart des cas, la partie employeuse se fondera sur un motif objectif ne relevant pas du sexe de la personne licenciée (motif économique ou prestation de travail insuffisante, par exemple)⁴⁴.

Toutefois, pour qu'une différence de traitement (licenciement) soit justifiée, la partie employeuse ne peut invoquer n'importe quel motif; elle doit démontrer qu'elle poursuit un but objectif⁴⁵. Il incombe au juge d'apprécier les faits, au regard du principe de la proportionnalité, afin de déterminer la

³⁸ Commentaire LEg-WYLER, art. 6 N 28.

³⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1212; Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 7; Commentaire LEg-WYLER, art. 6 N 28; SUBILIA/DUC, art. 3 N 10.

⁴⁰ LEMPEN, *Protection des données*, 281.

⁴¹ PERRENOUD, 83 s.

⁴² Commentaire LEg-AUBERT, art. 3 N 23.

⁴³ Jurisprudence citée in : Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 35, nbp 143.

⁴⁴ PERRENOUD, 91.

⁴⁵ WYLER/HEINZER/WITZIG, 1193.

portée exacte du motif avancé par la partie employeuse pour justifier la différence de traitement⁴⁶. Cela signifie que le motif objectif doit justifier non seulement la différence de traitement, mais aussi son ampleur⁴⁷. Le juge devrait donc vérifier si une autre mesure moins incisive que le licenciement aurait été possible.

D. Preuve

Dans un procès portant sur l'existence d'un licenciement discriminatoire au sens de la LEg, il convient de déterminer quelle partie supporte le fardeau de la preuve et selon quel degré. Puisque la notion de licenciement discriminatoire selon la LEg constitue un cas spécifique de licenciement abusif au sens du CO, nous évoquerons le régime de la preuve applicable dans ce cas (*infra* 1), avant de présenter le régime spécifique de la LEg (*infra* 2).

1. La preuve sous le régime applicable du congé abusif (CO)

Il appartient à la partie qui allègue un fait pour en déduire un droit de le prouver⁴⁸ (cf. art. 8 CC⁴⁹). La personne employée qui prétend que le congé qui lui a été notifié est abusif doit donc en principe en apporter la preuve⁵⁰. Elle doit établir non seulement le motif abusif, mais aussi l'existence d'un lien de causalité entre l'état de fait fondant le caractère abusif du congé et la résiliation du contrat de travail⁵¹. L'appréciation du caractère abusif du licenciement suppose l'examen de toutes les circonstances du cas d'espèce afin de déterminer quel est le motif réel du congé⁵². En pratique, la chronologie des événements joue un rôle important : plus court est le laps de temps entre le

⁴⁶ ATF 130 III 145, c. 5.2 ; COSSALI SAUVAIN, 64 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 1192.

⁴⁷ AUBRY GIRARDIN, 107.

⁴⁸ DIETSCHY, N 466.

⁴⁹ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

⁵⁰ Sur la question de la preuve du congé abusif, cf. CS-DUNAND, art. 336 N 22 ss.

⁵¹ TF 4A_293/2019 du 22 octobre 2019, c. 3.5.1.

⁵² TF 4A_408/2011 du 15 novembre 2011, c. 5.2.

motif abusif supposé et la notification du licenciement, plus l'indice de l'existence d'un congé abusif sera élevé⁵³.

La preuve stricte est apportée quand le tribunal est convaincu de l'exactitude d'une allégation de fait, d'éventuels doutes quant à la réalité du fait apparaissant comme insignifiants⁵⁴. Selon la jurisprudence, lorsqu'une preuve stricte n'est pas possible ou qu'elle ne peut être exigée en raison de la nature de l'affaire, il est possible d'admettre une réduction du degré de preuve, notamment à la vraisemblance prépondérante (ou haute vraisemblance)⁵⁵. Une telle vraisemblance existe lorsque, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération⁵⁶.

Ainsi, s'agissant de l'existence d'un licenciement abusif, il y a lieu, selon le Tribunal fédéral, de tenir compte des difficultés qu'il peut y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de la partie qui a résilié le contrat. Le tribunal peut ainsi présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque la partie employée est parvenue à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par la partie employeuse ou que cette dernière n'est pas parvenue à apporter la confirmation de la pertinence du motif allégué⁵⁷. Il suffit que le lien de causalité naturelle entre le motif abusif et la résiliation soit établi selon le degré d'une vraisemblance prépondérante⁵⁸.

Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a toutefois pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de « preuve par indices » ; de son côté, la partie employeuse ne peut rester

⁵³ CS-DUNAND, art. 336 N 24, et références citées sous note 76.

⁵⁴ ATF 148 III 105, c. 3.3.1 ; ATF 144 III 264, c. 5.2.

⁵⁵ TF 4A_254/2021 du 21 décembre 2021, c. 4.1.

⁵⁶ ATF 133 III 81, c. 4.2.2.

⁵⁷ ATF 130 III 699, c. 4.1.

⁵⁸ TF 4A_19/2015 du 20 mai 2015, c. 4.1.

inactive ; elle n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé⁵⁹(cf. art. 160 CPC⁶⁰).

La preuve du congé abusif peut s'avérer délicate lorsque plusieurs causes du licenciement sont envisageables dont seules certaines ou une seule sont abusives. Il faudra, dans ce cas, déterminer quel a été le motif causal déterminant du congé⁶¹. Autrement dit, il convient de déterminer si, sans le motif abusif, le contrat aurait été tout de même résilié : si tel est le cas, le congé n'est pas abusif⁶².

Dans certains cas, la loi prévoit la possibilité pour la partie employeuse d'amener la preuve que le congé, dont la partie employée a démontré le caractère abusif, repose en réalité sur un motif justificatif légal. Ainsi, dans l'hypothèse d'un congé discriminatoire – donné pour une raison inhérente à la personnalité –, le congé n'est pas abusif si la partie employeuse prouve que cette raison avait « un lien avec le rapport de travail » ou portait « sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise » (cf. art. 336 al. 1 let. a CO)⁶³.

2. La preuve sous le régime spécifique applicable au licenciement discriminatoire (LEg)

Le procès en matière d'égalité est soumis à la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 let. a CPC) et à la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 let. a CPC)⁶⁴. Selon l'art. 6 LEg, l'existence d'une discrimination « est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable ». Cette règle spécifique s'applique notamment à la résiliation des relations de travail (cf. art. 6 *in fine* LEg).

Il est admis que l'art. 6 LEg institue un mécanisme en deux étapes. Il revient, dans un premier temps, à la partie employée de rendre vraisemblable qu'elle a

⁵⁹ ATF 130 III 699, c. 4.1.

⁶⁰ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272).

⁶¹ TF 4A_19/2015 du 20 mai 2015, c. 4.4 et 4.6.

⁶² TF 4A_437/2015 du 4 décembre 2015, c. 2.2.3 à 5.

⁶³ Cf. CS-DUNAND, art. 336 N 31.

⁶⁴ SHK GIG-SUTTER, art. 5 N 3 et 4.

fait l'objet d'un licenciement discriminatoire. Il appartient alors, dans un second temps, à la partie employeuse de prouver que le licenciement repose, en réalité, soit sur un motif justificatif, soit sur un motif objectif non-discriminatoire (renversement du fardeau de la preuve). Les tribunaux doivent clairement distinguer ces deux étapes dans les considérants de leur décision⁶⁵, ce qu'ils omettent souvent de faire⁶⁶.

a. Vraisemblance de l'existence d'un licenciement discriminatoire

Le Tribunal fédéral a précisé que la question de la vraisemblance devait être examinée sous l'angle du degré de la preuve et de la présomption de fait⁶⁷.

S'agissant du degré de la preuve, la discrimination doit être rendue simplement vraisemblable⁶⁸. Il s'agit d'un assouplissement du fardeau de la preuve, autant par rapport à la règle de la preuve stricte découlant du principe général de l'art. 8 CC, que par rapport à la règle jurisprudentielle applicable en matière de congé abusif, réduisant le degré de preuve à la vraisemblance prépondérante⁶⁹.

La preuve au niveau de la simple vraisemblance ne nécessite pas que le juge soit convaincu du bien-fondé des arguments de la personne licenciée ; il lui suffit de disposer d'indices objectifs suffisants pour considérer que le fait allégué s'est produit, sans pour autant exclure la possibilité qu'il ait pu en aller différemment⁷⁰. Le juge utilise la présomption de fait, en ce sens qu'il déduit d'indices objectifs le fait de la discrimination, au degré de la simple vraisemblance⁷¹.

⁶⁵ TF 8C_424/2021 du 10 mars 2022, c. 6.3 ; TF 4A_537/2021 du 18 janvier 2022, c. 4.3 ; TF 4C.463/1999 du 4 juillet 2000, c. 2a (considérant non publié in ATF 126 III 395). Cf. Commentaire LEg-WYLER, art. 6 N 12.

⁶⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport relatif à l'évaluation*, 3075 s. ; LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.24.

⁶⁷ TF 4A_537/2021 du 18 janvier 2022, c. 4.1.1.

⁶⁸ Voir la contribution de CHRISTINE SATTIVA SPRING dans le présent ouvrage.

⁶⁹ DIETSCHY, N 508.

⁷⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1215 ; ATF 144 II 65, c. 4.2.2 ; ATF 142 II 49, c. 6.2 ; TF 4A_427/2023 du 8 novembre 2023, c. 4.1.3.

⁷¹ TF 4A_537/2021 du 18 janvier 2022, c. 4.1.1.

Lorsque la vraisemblance est admise, la partie demanderesse est dispensée de prouver de manière plus ample la réalité de la discrimination et le fardeau de la preuve est inversé⁷².

Comme l'a précisé le Tribunal fédéral, l'application de l'art. 6 LEg implique donc que le juge se détermine d'abord sur la vraisemblance alléguée, ce qui doit figurer dans sa décision. Dans la mesure où le juge considère que la discrimination est prouvée, qu'elle est plus vraisemblable que la non-discrimination ou qu'elle est plutôt invraisemblable, mais pas exclue (première étape), il doit examiner si la partie adverse a apporté la preuve de l'inexistence d'une discrimination ou la preuve de la justification objective de celle-ci (deuxième étape). En revanche, si le juge considère que la discrimination est entièrement douteuse ou qu'elle a simplement été alléguée, il doit débouter la partie employée des conclusions y relatives⁷³.

En pratique, les tribunaux sont souvent exigeants quant à la question de savoir si la vraisemblance d'une discrimination a été apportée. Selon une étude de la jurisprudence cantonale en matière de LEg, dans la majorité des décisions étudiées, la vraisemblance n'a pas été admise⁷⁴.

b. Preuve d'un motif objectif

Lorsque la discrimination a été rendue vraisemblable par la personne licenciée, la partie employeuse doit apporter la preuve (stricte) qu'elle n'existe pas⁷⁵. Il lui reviendra ainsi d'apporter la preuve qu'il n'existe pas de différence de traitement ou, si celle-ci existe, qu'elle repose sur des facteurs objectifs⁷⁶. Si elle n'y parvient pas, l'existence d'un licenciement discriminatoire sera tenue pour établie⁷⁷.

Comme il est difficile d'apporter la preuve de faits négatifs, la preuve de la non-discrimination reposera généralement sur la démonstration positive que le

⁷² Commentaire LEg-WYLER, art. 6 N 9.

⁷³ TF 4C.463/1999 du 4 juillet 2000, c. 2a (considérant non publié in ATF 126 III 395).

⁷⁴ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.24.

⁷⁵ ATF 144 II 65, c. 4.2.1 ; ATF 142 II 49, c. 6.2 ; ATF 131 II 393, c. 7.1.

⁷⁶ ATF 131 II 393, c. 7.1 et 7.5 ; TF 4A_344/2022 du 15 mai 2023, c. 3.2.

⁷⁷ Cf. ATF 127 III 207, c. 3b.

licenciement est fondé sur une justification objective, soit en principe sur d'autres motifs que le sexe⁷⁸.

Lorsque, par exemple, l'employée est parvenue à rendre vraisemblable que le motif du congé résidait dans sa grossesse ou sa maternité, il appartient à la partie employeuse de prouver que cet élément n'a pas été un facteur déterminant dans sa décision de mettre un terme au contrat de travail, soit que l'employée aurait été licenciée même si elle n'avait pas été enceinte⁷⁹. La partie employeuse pourra chercher à établir que le licenciement a été donné pour un motif objectif, sans lien avec la grossesse ou la maternité, comme une réorganisation de l'entreprise⁸⁰ ou l'insuffisance des prestations de l'intéressée⁸¹.

Comme en matière de congé abusif (art. 336 CO), lorsque la résiliation du contrat de travail repose sur deux motifs (ou plus), dont l'un est discriminatoire (fondé sur le sexe) et l'autre non, l'existence d'un licenciement discriminatoire ne sera reconnue que si le motif discriminatoire a revêtu un caractère causal, c'est-à-dire que, en son absence, le licenciement n'aurait pas été notifié⁸².

E. Jurisprudence sur le licenciement discriminatoire fondé sur la maternité

Comme nous l'avons vu, l'art. 3 al. 1 LEg interdit la discrimination des personnes employées 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, sur leur grossesse.

Alors que l'interdiction de la discrimination à raison de la grossesse protège les femmes accouchées ou qui allaitent, l'interdiction de la discrimination à raison de la situation familiale s'oppose aux discriminations des mères

⁷⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1215 ; ATF 131 II 393, c. 7.1 ; TF 4A_59/2019 du 12 mai 2020, c. 3.

⁷⁹ TF 4A_59/2019 du 12 mai 2020, c. 3 ; TF 4C.121/2001 du 16 octobre 2001, c. 3d/dd.

⁸⁰ TF 4A_208/2021 du 16 juillet 2021, c. 3.3 à 4 ; TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.2.

⁸¹ TF 4A_507/2013 du 27 janvier 2014, c. 4.

⁸² Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 6 et N 35 ; HENSCH, N 2.43.

d'enfants en bas âge. La maternité dans son ensemble représente donc un critère de distinction prohibé⁸³.

Plusieurs études attestent que les cas de licenciement d'une employée à son retour du congé de maternité sont malheureusement fréquents en pratique⁸⁴. Ils ont donné lieu à de nombreux litiges réglés par les juridictions cantonales⁸⁵ et à quelques arrêts du Tribunal fédéral⁸⁶.

Notre Haute Cour a posé comme règle que le licenciement d'une personne employée au retour de son congé maternité n'implique pas *ipso facto* qu'il consacre une discrimination à raison du sexe⁸⁷. Toutefois, il faut retenir que la proximité temporelle entre la fin du congé maternité et le licenciement est un élément à prendre en considération pour évaluer le caractère discriminatoire de ce dernier⁸⁸.

Les tribunaux doivent examiner dans chaque cas d'espèce quel est le motif causal décisif du licenciement et si l'employeur peut se prévaloir d'un motif objectif. Nous distinguerons ici les jurisprudences dans lesquelles un licenciement discriminatoire a été admis (*infra* 1) et celles dans lesquelles il ne l'a pas été (*infra* 2).

Comme nous le constaterons, dans la grande majorité des cas soumis au Tribunal fédéral, l'existence d'un licenciement discriminatoire a été rejetée⁸⁹.

Nous rappellerons que le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF⁹⁰). Il ne peut rectifier ou compléter les constatations de cette dernière que si elles sont manifestement inexactes ou découlent d'une violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF). Encore faut-il que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). « Manifestement inexactes » signifie ici

⁸³ PERRENOUD, 75.

⁸⁴ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.16–17. Cf. aussi LEMPEN, *L'évolution de la protection*, 86.

⁸⁵ Cf. LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.20.

⁸⁶ Cf. LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence fédérale*, N 4.32.

⁸⁷ TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.2.

⁸⁸ CAPH GE du 4 septembre 2023, c. 3.1.5, DTA 2024 545 ; SJ 2024 167.

⁸⁹ Cf. LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence fédérale*, N 4.32.

⁹⁰ Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110).

« arbitraires »⁹¹. Comme le rappelle la jurisprudence, l'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait défendable, voire préférable⁹². Notre Haute Cour se limite ainsi parfois à relever qu'en tenant compte des constatations figurant dans l'arrêt cantonal attaqué, il n'est pas insoutenable de conclure à la réalité des motifs invoqués par l'employeuse, respectivement d'exclure un lien entre le licenciement et la maternité⁹³.

1. Licenciement discriminatoire admis

Nous citerons ici, dans l'ordre chronologique, les considérants principaux de quatre décisions judiciaires, dont un arrêt du Tribunal fédéral et trois arrêts cantonaux.

a. Cour d'appel du canton du Tessin 12.2016.197 du 7 mai 2018

Licenciée le premier jour de son retour de congé de maternité, l'employée a rendu la discrimination vraisemblable. En revanche, la partie employeuse n'est pas parvenue à apporter une preuve stricte que le licenciement reposait sur des motifs objectifs. Les allégations, a posteriori, des prétendues lacunes professionnelles de l'employée sont apparues comme un prétexte avancé pour dissimuler le motif réel du licenciement, à savoir la maternité⁹⁴.

b. TF 4A_59/2019 du 12 mai 2020, c. 7.2

Licenciement signifié au retour du congé maternité de l'employée, au motif qu'elle n'avait pas le niveau pour réintégrer un poste dont les objectifs avaient été modifiés entre-temps, à la suite d'un changement dans la stratégie de communication.

La partie employeuse se méprend sur la preuve stricte qu'elle aurait dû rapporter lorsque l'employée licenciée a rendu vraisemblable que le motif du congé résidait dans sa grossesse ou dans sa maternité. Il lui incombait de

⁹¹ ATF 140 III 115, c. 2 ; ATF 135 III 397, c. 1.5.

⁹² ATF 144 III 145, c. 2.

⁹³ TF 4A_479/2021 du 29 avril 2022, c. 5.3.2.

⁹⁴ Un résumé de l'arrêt, cité par LEMPEN (*L'évolution de la protection*, 87), peut être consulté sur le site Internet sentenzenparita.ch, sous la rubrique « disdetta ».

démontrer que la grossesse ou la maternité n'avait pas été un facteur déterminant dans sa décision de mettre un terme au contrat. L'employeuse pouvait ainsi chercher à établir que le licenciement avait une justification objective, indépendante de la grossesse ou de la maternité. Pour que le congé soit jugé finalement non discriminatoire, il ne lui suffisait pas de démontrer que la nouvelle titulaire du poste était objectivement plus compétente que l'employée licenciée. Elle pouvait en revanche chercher à prouver qu'elle disposait d'un motif objectif pour résilier le contrat de travail, à savoir les qualités insuffisantes de l'employée pour le poste de responsable de la communication.

Or, la cour cantonale a jugé qu'il n'était pas établi, d'une part, que l'employée n'avait pas été assez performante pendant les quelques mois où elle avait été occupée à ce poste, ni, d'autre part, qu'elle aurait été inapte à mener à bien la nouvelle stratégie de communication invoquée par l'employeuse. Cette dernière n'a ainsi pas prouvé qu'elle disposait d'un motif objectif qui justifiait le congé et, partant, que la grossesse de l'employée n'avait pas été un facteur déterminant dans sa décision de mettre un terme au contrat de travail.

**c. Chambre d'appel des prud'hommes de Genève
du 18 janvier 2022, c. 4**

Licenciement d'une employée quelques jours après que son congé-maternité ait pris fin et avant même que celle-ci n'ait pu reprendre le travail.

Le tribunal a retenu à juste titre que l'employée a rendu vraisemblable, sur la base d'indices objectifs, que son licenciement était motivé par sa grossesse (fluctuation de la motivation du licenciement, dégradation des relations en raison des absences de l'employée dues aux complications survenues dans le contexte de la grossesse).

En revanche, la partie employeuse n'est pas parvenue à démontrer qu'elle aurait licencié l'employée même si celle-ci n'avait pas été enceinte. Il subsiste au contraire un doute légitime sur la motivation réelle de la partie employeuse (qui avait fait valoir, dans un premier temps, que les conditions nécessaires à la continuation d'une collaboration sereine et constructive n'étaient plus réunies, puis, dans un second temps, des raisons purement organisationnelles) et sur le rôle qu'ont joué la grossesse, ainsi que les absences de l'employée

engendrées par les complications médicales, dans la décision de mettre un terme aux rapports de travail⁹⁵.

**d. Chambre d'appel des prud'hommes de Genève
du 4 septembre 2023, c. 3.2.5**

Employée licenciée quelques jours après son retour de congé maternité.

L'employée est parvenue à rendre vraisemblable le caractère discriminatoire du licenciement. En revanche, la partie employeuse n'a pas été en mesure d'apporter la preuve stricte des deux motifs justificatifs qu'elle invoquait, à savoir le fait que l'employée aurait elle-même demandé à être licenciée et l'existence de difficultés économiques.

S'agissant du second point, il n'a pas pu être établi que la partie employeuse aurait procédé à d'autres licenciements durant la même période permettant de retenir que le licenciement de l'employée se serait inscrit dans une tendance bien établie de réduire les effectifs pour des raisons économiques en mai-juin 2019. En effet, les licenciements motivés par des raisons économiques ne sont intervenus que pour fin juillet 2020⁹⁶.

2. Licenciement discriminatoire non admis

Nous citerons ici, dans l'ordre chronologique, les considérants principaux de cinq décisions judiciaires, dont quatre arrêts du Tribunal fédéral et un arrêt cantonal.

a. TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.2

Le licenciement d'une employée au retour de son congé maternité n'implique pas *ipso facto* qu'il consacre une discrimination à raison du sexe.

In casu, confrontée à la nécessité de diminuer les effectifs, la partie employeuse devait opérer un choix. Il n'est pas établi à cet égard qu'elle aurait

⁹⁵ CAPH GE du 18 janvier 2022, c. 4, DTA 2023 628.

⁹⁶ CAPH GE du 4 septembre 2023, c. 3.2.5, DTA 2024 545 ; SJ 2024 167.

agi de manière discriminatoire en licenciant les mères de famille en priorité ou en donnant leur congé aux femmes plutôt qu'aux hommes.

De manière plus spécifique, l'employeur disposait de motifs objectifs de se séparer de cette employée. En effet, le licenciement avait fait suite à des périodes d'absence totale ou partielle de cette dernière, lesquelles s'étaient succédé pendant près d'un an et demi au moment où la décision de résilier le contrat avait été prise. Ces périodes d'absence n'avaient pas permis à l'employée de se tenir à jour comme déléguée médicale. Dans le cadre de la réorganisation du service impliquant une réduction du personnel, les absences pour cause de maladie, qui n'étaient pas toutes liées à son statut de future mère ou de mère, apparaissent comme un critère justifié objectivement, ôtant tout caractère discriminatoire au licenciement⁹⁷.

b. TF 4A_208/2021 du 16 juillet 2021, c. 3.3 et 3.4

Licenciée à son retour de congé maternité, l'employée a certes rendu vraisemblable l'existence d'un licenciement discriminatoire.

Mais l'employeur est quant à lui parvenu à prouver que le licenciement était, en réalité, fondé sur des motifs économiques et non liés au genre. En effet, la mise en œuvre des mesures d'économie impliquait le licenciement de l'employée ou de sa collègue travaillant avec elle en *job sharing*. Le potentiel de coopération à long terme a été jugé plus faible pour l'employée que pour sa collègue, car la première avait un long trajet à parcourir pour se rendre au travail en raison d'un déménagement et son souhait d'effectuer du télétravail ne pouvait être exaucé.

Ainsi, on ne voit pas en quoi la conclusion de la juridiction cantonale selon laquelle la partie employeuse avait apporté la preuve que les mesures d'austérité auraient entraîné le licenciement de l'employée, même en l'absence de grossesse et de maternité, puisse être considérée comme arbitraire⁹⁸.

⁹⁷ TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.2.

⁹⁸ TF 4A_208/2021 du 16 juillet 2021, c. 3.3 et 3.4.

c. TF 4A_537/2021 du 18 janvier 2022, c. 4 et 5

Au vu de certains indices objectifs fournis par la personne licenciée, il convient d'admettre la présomption de discrimination, au stade de la vraisemblance : l'employée a été licenciée le premier jour ouvrable suivant la fin du délai de protection contre le congé en cas de maternité, ses appréciations écrites figurant dans son dossier étaient positives et la partie employeuse avait varié dans ses déclarations relatives à sa décision de résilier les rapports de travail.

La partie employeuse a toutefois été en mesure de prouver que les manquements constatés (relâchement notable de l'effort dès la fin de la période d'essai, manque d'intégration) et le caractère particulier de l'employée (propension à vouloir imposer son point de vue, susceptibilité importante) avaient constitué des motifs objectifs ayant cristallisé l'idée d'un licenciement, sans lien avec sa grossesse. Or, la personne licenciée n'est pas parvenue à démontrer que l'appréciation des preuves opérée par la cour cantonale serait arbitraire⁹⁹.

d. TF 4A_479/2021 du 29 avril 2022, c. 5

La cour cantonale a conclu que la décision de licencier l'employée ne reposait pas sur la maternité de celle-ci ou sur les revendications qu'elle avait émises sur les frais de cantine, mais sur ses problèmes relationnels rencontrés avec certains collègues et ses manquements professionnels.

En tenant compte des constatations figurant dans l'arrêt attaqué, il n'était pas insoutenable de conclure à la réalité des motifs invoqués par l'employeuse et, respectivement, d'exclure un lien avec la maternité de l'employée¹⁰⁰.

**e. Cour d'appel civil du Tribunal cantonal vaudois
du 6 juin 2023, c. 4.3.1**

Il est incontesté que le licenciement a pour cause le refus, par l'employée, de l'offre de nouvel emploi qui lui a été faite dans les jours qui ont suivi son retour de congé maternité.

⁹⁹ TF 4A_537/2021 du 18 janvier 2022, c. 4 et 5.

¹⁰⁰ TF 4A_479/2021 du 29 avril 2022, c. 5. Voir le commentaire de cet arrêt de SATTIVA SPRING.

Si l'employeuse avait déjà manifesté sa volonté de modifier les rapports de travail pour corriger un ratio responsabilité-salaire qui ne lui convenait pas, les directives internes ne l'empêchaient pas de le faire après le congé maternité : la modification était un thème avant et l'est resté après la maternité.

Dans ces conditions, l'employée n'était pas fondée, ni au regard de la LEg, ni au regard des directives internes, à exiger d'être maintenue définitivement dans son poste ou à obtenir un poste équivalent : elle devait accepter soit de prendre plus de responsabilités pour conserver son salaire et son statut de cadre 3, soit de réduire ceux-ci. Rien n'indique que la volonté des supérieurs hiérarchiques de l'employée de la muter à un autre poste trouvait son origine dans ses grossesses ou dans son accession à la maternité¹⁰¹.

III. Prétention principale de la personne discriminée

Le CO prévoit que la partie qui a résilié le contrat de travail de manière abusive doit verser à l'autre une indemnité qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire de la personne employée (cf. art. 336a CO). La personne qui entend demander cette indemnité doit respecter une procédure spécifique (cf. art. 336b CO).

En matière de licenciement discriminatoire, la LEg prévoit un régime similaire. Ainsi, la personne licenciée ne peut prétendre qu'au versement par la partie employeuse d'une indemnité d'un montant maximal de six mois de salaire (*infra A*). La procédure prévue par l'art. 336b CO en cas de licenciement abusif est applicable (*infra B*).

A. Indemnité de résiliation discriminatoire

Selon l'art. 5 al. 2 LEg, lorsque la discrimination porte sur la résiliation des rapports de travail, « la personne lésée ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité par l'employeur ». En effet, le caractère discriminatoire du

¹⁰¹ TC VD du 6 juin 2023, c. 4.3.1, DTA 2024 609.

licenciement n'affecte pas sa validité¹⁰². Contrairement à l'hypothèse d'un licenciement repréailles (cf. art. 10 LEg), il n'existe pas, en cas de congé discriminatoire, de possibilité d'obtenir la réintégration de la personne lésée¹⁰³.

Nous traiterons de la nature (*infra* 1) et du montant de l'indemnité (*infra* 2).

1. La nature de l'indemnité

L'indemnité de résiliation discriminatoire de la LEg est de même nature que les indemnités prévues dans le CO en cas de licenciement abusif (cf. art. 336a CO) et de licenciement immédiat injustifié (cf. art. 337c al. 3 CO)¹⁰⁴. Pour déterminer sa nature, on peut alors se référer à la jurisprudence et à la doctrine consacrées à ces indemnités régies par le CO¹⁰⁵.

Il faut donc considérer que l'indemnité de résiliation discriminatoire a une double finalité, punitive (*Strafcharakter*) et réparatrice (*Genugtuungsfunktion*)¹⁰⁶. En effet, elle vise autant la punition de la partie employeuse que la réparation forfaitaire du dommage matériel et du tort moral éprouvés par la personne licenciée¹⁰⁷.

L'indemnité n'a le caractère ni d'un salaire, ni d'une prétention en dommages-intérêts, ni d'une réparation morale¹⁰⁸. Elle est due même si la personne lésée n'a subi ou prouvé aucun dommage ou préjudice¹⁰⁹. Il suffit que le licenciement soit discriminatoire au sens de l'art. 3 LEg¹¹⁰. L'indemnité revêt ainsi un caractère *sui generis* et s'apparente à une peine conventionnelle¹¹¹.

¹⁰² CS-DUNAND, art. 336 N 9 et art. 336a N 3.

¹⁰³ K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 39.

¹⁰⁴ ATF 131 II 361, c. 4.4 ; CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1214 ; Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 62 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 1206.

¹⁰⁵ GREMPER/HENSCH, N 9.17 ; SHK GIG-SUTTER, art. 5 N 45.

¹⁰⁶ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 41 ; COSSALI SAUVAIN, 72.

¹⁰⁷ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 63.

¹⁰⁸ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 336a N 2.

¹⁰⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1214 ; Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 63.

¹¹⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1214.

¹¹¹ ATF 135 III 405, c. 3.1 ; ATF 123 III 391, c. 3.

L'indemnité ne pouvant être considérée comme un revenu tiré d'une activité lucrative, elle ne fait donc pas partie du salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS¹¹² et ne donne pas lieu à perception des cotisations sociales¹¹³. La conclusion tendant au paiement d'une telle indemnité doit ainsi être prise en valeur nette¹¹⁴.

2. Le montant de l'indemnité

L'indemnité de résiliation discriminatoire « est fixée compte tenu de toutes les circonstances et calculée sur la base du salaire auquel la personne discriminée avait droit » (art. 5 al. 2 LEg). Elle ne peut excéder le montant correspondant à six mois de salaire auquel la personne licenciée avait droit (art. 5 al. 4 LEg)¹¹⁵.

Ce régime est analogue à celui de l'art. 336a CO en cas de congé abusif¹¹⁶. On peut donc ici également se référer à la jurisprudence et à la doctrine portant sur cette disposition légale¹¹⁷.

Par mois de salaire, il faut comprendre le salaire brut (cf. art. 322 CO), augmenté de toutes les prestations qui ont un caractère salarial, comme la part proportionnelle du 13^e salaire, les provisions ou encore le remboursement forfaitaire des frais ayant un caractère salarial¹¹⁸. On se fondera en principe sur le salaire perçu le dernier mois ou, lorsque le salaire est variable, sur la moyenne des salaires de la dernière année¹¹⁹. Il revient à la personne salariée de chiffrer ses prétentions dans le cadre de sa demande en justice¹²⁰.

¹¹² Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10).

¹¹³ ATF 123 V 5 ; TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 5.1 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 1206.

¹¹⁴ SHK GIG-SUTTER, art. 5 N 45.

¹¹⁵ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 47.

¹¹⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1214.

¹¹⁷ SHK GIG-Sutter, art. 5 N 46.

¹¹⁸ TF 4A_34/2019 du 15 avril 2020, c. 2 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 43.

¹¹⁹ TF 4A_92/2017 du 26 juin 2017, c. 3.2.1.

¹²⁰ ATF 131 III 243, c. 5.

Selon la loi, l'indemnité doit être fixée par le tribunal « compte tenu de toutes les circonstances » (art. 5 al. 2 LEg). Le tribunal jouit ainsi d'un large pouvoir d'appréciation (cf. art. 4 CC) qui n'est limité que dans la mesure où il ne peut allouer au maximum qu'un montant correspondant à six mois de salaire¹²¹.

Selon une étude de la jurisprudence cantonale, lorsque l'existence d'un licenciement discriminatoire a été admise (dans une minorité de cas¹²²), l'indemnité de licenciement octroyée a été fixée en moyenne à un peu plus de trois mois de salaire¹²³.

Vu son caractère hybride (punitif et réparateur), les critères devant être pris en compte pour fixer l'indemnité sont très divers. Selon la jurisprudence (relative à l'indemnité pour licenciement abusif selon le CO), il y a lieu de tenir compte des circonstances dans lesquelles le congé est intervenu et des effets économiques du licenciement, soit en particulier¹²⁴ :

- de la gravité de la faute de l'employeur ;
- de la manière dont s'est déroulée la résiliation ;
- de la gravité de l'atteinte à la personnalité de la personne licenciée ;
- de l'intensité et de la durée des rapports de travail ;
- des effets économiques du licenciement ;
- de l'âge et de la situation personnelle de la personne licenciée ;
- des éventuelles difficultés de réinsertion dans la vie économique ;
- de la situation économique des parties ;
- d'une éventuelle faute concomitante de la personne licenciée.

Plus spécifiquement, dans des jurisprudences relatives à un licenciement discriminatoire fondé sur le sexe ou la maternité, les tribunaux ont pris en compte les critères suivants :

¹²¹ ATF 119 II 157, c. 2a.

¹²² LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.35.

¹²³ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.28.

¹²⁴ ATF 123 III 391, c. 3 ; TF 4A_532/2021 du 27 décembre 2021, c. 4.4.1. Voir aussi K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 44 ; LEMPEN, *Le harcèlement sexuel*, 266 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 906.

- difficultés financières de l'employée, comportement de la partie employeuse, licenciement notifié de manière imprévisible le premier jour de retour au travail du congé maternité et incapacité de travail de six mois provoquée par le caractère inattendu du licenciement (indemnité de près de quatre mois de salaire)¹²⁵ ;
- *facteurs aggravants* : ancienneté (4 ans), jeune âge, situation personnelle (le licenciement au retour de congé maternité représente un inconvénient particulièrement éprouvant, sur le plan financier, organisationnel et pour entreprendre une recherche d'emploi), contacts répétés imposés durant le congé maternité et tensions engendrées par les discussions sur la fin à venir du contrat de travail, absence de faute concomitante ; *facteurs de réduction* : difficultés financières de l'employeuse, octroi d'une indemnité distincte pour tort moral à l'employée en raison d'un manque de protection lorsqu'elle était enceinte et de l'inexistence au sein de la société d'un mode de gestion des conflits¹²⁶.

B. Procédure

L'art. 9 LEg prévoit que lors de discrimination dans la résiliation du contrat de travail, l'art. 336b CO régissant la procédure prévue en cas de licenciement abusif est applicable.

L'art. 9 LEg a un champ d'application triplement limité. Tout d'abord, il ne concerne que les rapports de travail régis par le CO et non les rapports de travail de droit public, ces derniers étant soumis à l'art. 13 LEg¹²⁷. Ensuite, il ne s'applique qu'en cas de congé discriminatoire et non en cas de congé représailles¹²⁸. Enfin, il ne doit être observé qu'en relation avec l'indemnité de licenciement discriminatoire et non avec les autres prétentions réservées par l'art. 5 al. 5 LEg ou celles résultant du contrat de travail¹²⁹.

¹²⁵ Arrêt de la Cour d'appel du Tessin 12.2016.197 du 7 mai 2018, déjà cité précédemment.

¹²⁶ CAPH GE du 4 septembre 2023, c. 4, DTA 2024 545.

¹²⁷ Commentaire LEg-DUNAND, art. 9 N 3.

¹²⁸ Commentaire LEg-DUNAND, art. 9 N 7.

¹²⁹ Commentaire LEg-DUNAND, art. 9 N 6.

En substance, la personne qui entend solliciter une indemnité de licenciement discriminatoire doit respecter les deux délais prévus à l'art. 336b CO (en cas de licenciement abusif), applicable par renvoi de l'art. 9 LEg. Elle doit ainsi former opposition par écrit au congé au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé (*infra* 1), puis, ouvrir action dans les 180 jours suivant la fin du contrat (*infra* 2). Il faut considérer que le renvoi à l'art. 336b CO concerne autant le texte légal que son interprétation jurisprudentielle et doctrinale¹³⁰.

1. Opposition au congé

Selon l'art. 336b al. 1 CO, la « partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les art. 336 et 336a doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé ».

La loi exige que l'opposition soit formulée « par écrit ». La déclaration écrite prendra généralement la forme d'un courrier qui sera adressé à la partie employeuse par voie postale. La personne licenciée aura intérêt, pour des raisons évidentes de sécurité juridique et de preuve, à utiliser la forme du courrier recommandé¹³¹.

Selon la jurisprudence, dans la mesure où l'art. 336b al. 1 CO pose des conditions très formalistes, à charge de la personne qui estime avoir été licenciée pour un motif abusif, il ne faut pas avoir des exigences excessives pour admettre la validité formelle de l'opposition¹³². Ainsi, il faut, selon le Tribunal fédéral, considérer comme opposition au congé « toute manifestation de volonté par laquelle une partie fait connaître son désaccord avec le congé qui lui a été notifié »¹³³. La personne licenciée ne doit pas nécessairement utiliser le terme « opposition », ni motiver son opposition, ou mentionner expressément qu'elle considère le licenciement comme abusif¹³⁴. Il suffit en effet que la partie employeuse puisse comprendre, à la lecture du document, que la partie employée s'oppose au congé¹³⁵. En cas de doute, les règles

¹³⁰ Commentaire LEg-DUNAND, art. 9 N 5.

¹³¹ SUBILIA/DUC, art. 336b N 6.

¹³² ATF 123 III 246, c. 4c ; TF 4A_320/2014 du 8 septembre 2014, c. 3.1.

¹³³ TF 4A_320/2014 du 8 septembre 2014, c. 3.1.

¹³⁴ TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 4.1.2.

¹³⁵ ATF 123 III 246, c. 4c ; TF 4A_320/2014 du 8 septembre 2014, c. 3.1.

d'interprétation usuelles s'appliquent (détermination de la volonté réelle des parties, application du principe de la confiance)¹³⁶.

Toutefois, dans ses derniers arrêts consacrés à la question, le Tribunal fédéral a paru formuler de nouvelles exigences pour reconnaître la validité de l'opposition.

Ainsi, dans un arrêt non publié de 2014, notre Haute Cour a indiqué que l'employé ne pouvait se contenter de « faire opposition au motif du congé, ou aux circonstances ayant mené au congé », mais qu'il devait aussi « manifester clairement sa volonté de poursuivre les rapports de travail »¹³⁷.

Puis, dans un arrêt rendu en 2023, le Tribunal fédéral a précisé que la personne licenciée qui prenait acte de la fin des rapports de travail ne pouvait avoir formé une opposition valable à son licenciement : « Quoi qu'en dise l'employé, ses intentions n'étaient pas claires puisqu'il déclarait tout à la fois former opposition au congé et que ce congé interviendrait bien à la date susmentionnée. Ces deux éléments sont antagonistes puisque si l'opposition concerne la terminaison des rapports de travail (car cette résiliation est abusive), l'employé ne peut simultanément accepter que ceux-ci se terminent. Exprimé autrement, soit il accepte la résiliation soit il s'y oppose »¹³⁸.

Ces deux arrêts ont été critiqués, à juste titre, en raison notamment du fait qu'ils sont contraires à la volonté initiale du Tribunal fédéral de ne pas poser des exigences excessives pour admettre la validité formelle de l'opposition¹³⁹. A défaut d'un éventuel assouplissement de ces contraintes dans des jurisprudences ultérieures, ils doivent cependant être scrupuleusement respectés pour préserver les droits des personnes victimes d'un licenciement discriminatoire.

L'opposition doit être formée au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé. Le terme du contrat se calcule selon les règles légales habituelles (cf. art. 335a à

¹³⁶ TF 4A_59/2023 du 28 mars 2023, c. 4.2 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 912 s.

¹³⁷ TF 4A_320/2014 du 8 septembre 2014, c. 3.3.

¹³⁸ TF 4A_59/2023 du 28 mars 2023, c. 4.2. Cette jurisprudence a été récemment confirmée, dans ses effets, dans le cas d'une personne employée qui a conclu un nouveau contrat de travail avec un tiers (cf. TF 4A_618/2024 du 7 juillet 2025, c. 3).

¹³⁹ ACHERMANN, 141 ss ; CS-DIETSCHY-MARTENET/DUNAND, art. 336b N 11 ; DUNAND, *La fin du contrat*, 44 ss ; GLOOR, *L'opposition au congé* ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Update Service, art. 336a N 3 ; VON KAENEL, 492 s.

335c et 336c CO), y compris d'éventuelles règles spécifiques pouvant résulter d'un accord écrit entre les parties, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective¹⁴⁰. L'opposition est un acte soumis à réception qui doit parvenir dans la sphère d'influence de la partie employeuse au plus tard le dernier jour du délai de congé, d'une manière telle que l'on peut prévoir, selon les usages, qu'elle en prendra connaissance¹⁴¹.

Le délai prévu à l'art. 336b al. 1 CO pour former opposition est un délai de péremption¹⁴². La partie employée qui ne forme pas opposition en temps utile et dans la forme prévue perd tout droit à l'indemnité prévue à l'art. 336a CO (ou à l'art. 5 al. 2 et 4 LEG)¹⁴³. Le respect de ces prescriptions de forme doit être vérifié d'office par le juge.

Le Tribunal fédéral a souligné qu'il ne saurait être question d'attendre que la partie employeuse invoque la péremption pour que la partie employée allègue et prouve avoir fait opposition dans le délai légal. Sous peine de péremption, il appartient à cette dernière d'alléguer, offre de preuve à l'appui, que l'opposition au licenciement a bien été effectuée selon les exigences légales¹⁴⁴. En revanche, comme l'a précisé notre Haute Cour dans une jurisprudence récente, il est contraire à la bonne foi (cf. art. 52 al. 1 CPC) et à l'interdiction de l'abus de droit (cf. art. 2 al. 2 CC) d'invoquer l'absence d'opposition lorsque la partie employée, qui n'était pas représentée professionnellement en première instance, n'a, certes, pas explicitement allégué avoir fait opposition, mais a produit le courrier d'opposition en conciliation, puis demandé qu'il soit joint à la procédure au fond¹⁴⁵.

2. Action en justice

Selon l'art. 336b al. 2 CO, si « l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir les rapports de travail, la partie qui a reçu le congé peut faire valoir sa prétention en justice dans les 180 jours à compter de

¹⁴⁰ CS-DIETSCHY-MARTENET/DUNAND, art. 336b N 17.

¹⁴¹ CS-DIETSCHY-MARTENET/DUNAND, art. 336b N 22 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 914.

¹⁴² TF 4A_316/2012 du 1^{er} novembre 2012, c. 2.1.

¹⁴³ SHK GIG-SUTTER, art. 5 N 47 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 911.

¹⁴⁴ ATF 149 III 304, c. 4.2.

¹⁴⁵ TF 4A_33/2025 du 6 mai 2025, c. 6.

la fin du contrat sous peine de péremption ». La procédure tend à encourager les parties à engager des pourparlers et à examiner si les rapports de travail peuvent être maintenus¹⁴⁶.

Il suffit que la requête de conciliation, cas échéant la demande, soit déposée auprès de l'autorité compétente le dernier jour du délai ou qu'elle soit remise à la poste suisse ou une représentation diplomatique ou consulaire suisse à l'adresse de l'autorité compétente le dernier jour du délai au plus tard à minuit¹⁴⁷.

Comme le précise expressément le texte légal, le délai de 180 jours pour ouvrir action est un délai de péremption (cf. art. 336b al. 2, dernière phrase, CO)¹⁴⁸. Selon les règles générales, la péremption entraîne la perte du droit et le juge doit la relever d'office¹⁴⁹. En l'absence d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, le droit à l'indemnité se périmé définitivement¹⁵⁰.

IV. Autres prétentions

Selon l'art. 5 al. 2 CO, lorsque la discrimination porte sur la résiliation des rapports de travail régis par le CO, « la personne lésée ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité par l'employeur ». Cela signifie que la victime d'un licenciement discriminatoire ne peut tenter les actions prévues à l'art. 5 al. 1 LEg (actions en interdiction, en cessation et en constatation de la discrimination et action en paiement du salaire dû)¹⁵¹.

En revanche, l'art. 5 al. 5 LEg réserve « les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, de même que les prétentions découlant de dispositions contractuelles plus favorables aux travailleurs »¹⁵².

¹⁴⁶ ATF 123 III 246, c. 4d.

¹⁴⁷ CS-DIETSCHY-MARTENET/DUNAND, art. 336b N 35.

¹⁴⁸ ATF 134 III 67, c. 5.

¹⁴⁹ TF 4A_316/2012 du 1^{er} novembre 2012, c. 2.1.

¹⁵⁰ WYLER/HEINZER/WITZIG, 916.

¹⁵¹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1213 ; Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 37.

¹⁵² K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 62.

Dans un arrêt de principe publié aux ATF, le Tribunal fédéral a précisé que, conformément aux travaux préparatoires¹⁵³, cette réserve visait simplement à clarifier la situation en rappelant qu'une discrimination au sens de la LEg représente aussi une atteinte aux droits de la personnalité et que cette atteinte illicite peut donner droit à des dommages-intérêts ainsi qu'à une réparation du tort moral¹⁵⁴.

Il en résulte, selon notre Haute Cour, que « même si les conditions de réalisation de ces dernières prétentions sont soumises aux principes généraux du droit de la responsabilité, elles ont le même fondement que tous les autres droits du lésé énoncés à l'art. 5 al. 1 à 4 LEg, à savoir l'acte illicite que constitue la violation de la loi sur l'égalité. Pour autant que les conditions requises soient satisfaites, la personne lésée par une discrimination peut ainsi 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 »¹⁵⁵. Cette interprétation est très largement approuvée par la doctrine¹⁵⁶.

Relevons que, dans le même arrêt, le Tribunal fédéral a encore rappelé que la LEg exige des cantons qu'ils aménagent des moyens de droit permettant aux personnes légitimées de se prévaloir efficacement des droits mentionnés à l'art. 5 LEg. La personne lésée doit dès lors pouvoir faire valoir toutes ces prétentions dans la procédure ouverte contre la décision discriminatoire¹⁵⁷.

Selon l'interprétation qui lui est donnée, l'art. 5 al. 5 LEg confère ainsi à la victime d'un licenciement discriminatoire une position plus avantageuse qu'à une victime d'un congé abusif selon le CO. En effet, dans ce dernier cas, la loi réserve uniquement les dommages-intérêts « qui pourraient être dus à un autre

¹⁵³ Cf., notamment, CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1215, et intervention Josi Meier, BO CE 1994 823.

¹⁵⁴ ATF 133 II 257, c. 5.3.

¹⁵⁵ ATF 133 II 257, c. 5.3. Voir aussi TF 8C_74/2019 du 21 octobre 2020, c. 4.1.

¹⁵⁶ Cf., par exemple, Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 39 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 60 ; HENSCH, N 2.49 ; PORTMANN/RUDOLPH, BaK 2020, art. 328 N 39a ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 328 N 9 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 1207.

¹⁵⁷ ATF 133 II 257, c. 5.3.

titre » (art. 336a al. 2 in fine CO)¹⁵⁸. Comme l'a précisé le Tribunal fédéral, « le congé abusif ne fonde, en lui-même, aucune prétention supplémentaire à des dommages-intérêts, liés par exemple à une baisse de revenu lors d'une période de chômage subséquente au licenciement ; la réserve de l'art. 336a al. 2, 2^e phrase, CO ne concerne pas les dommages-intérêts dus sur la base d'une autre disposition – singulièrement l'art. 97 CO – mais ceux découlant d'une autre cause »¹⁵⁹.

S'il paraît clair que, dans le régime de la LEg, la personne licenciée peut faire valoir, en plus de l'indemnité de licenciement discriminatoire, des prétentions basées sur des circonstances étrangères au licenciement (*infra* B), la question de savoir si elle peut également faire valoir, en sus de cette indemnité, des prétentions en lien avec le licenciement est plus délicate (*infra* A).

A. Prétentions en lien avec le licenciement

En ce qui concerne les prétentions de la personne licenciée en lien avec le licenciement, il faut appliquer deux règles qui peuvent apparaître contradictoires. Premièrement, comme l'a précisé le Tribunal fédéral, dans « la mesure où la LEg constitue une loi spéciale par rapport aux dispositions du Code des obligations et où la réparation du même préjudice est prévue dans les deux lois, le travailleur n'aura droit qu'à une seule indemnité pour la même atteinte »¹⁶⁰. Deuxièmement, et comme nous venons de le voir, l'art. 5 al. 5 LEg réserve les droits en dommages-intérêts et en réparation morale de la personne licenciée. Il convient de déterminer la portée de ces règles dans différents cas de figure.

1. Indemnité pour licenciement abusif

Un congé discriminatoire au sens de l'art. 5 al. 2 et 4 LEg constitue nécessairement un congé abusif au sens de l'art. 336 CO¹⁶¹. Selon le principe

¹⁵⁸ Cf. CS-DUNAND, art. 336a N 39.

¹⁵⁹ ATF 135 III 405, c. 3.1. Voir aussi WYLER/HEINZER/WITZIG, 907 s.

¹⁶⁰ ATF 126 III 395, c. 7b ; TF 4C.289/2006 du 5 février 2007, c. 6.1.

¹⁶¹ Commentaire LEg-DUNAND, art. 9 N 47.

général consacré par le Tribunal fédéral, dans la mesure où la LEg constitue une loi spéciale par rapport aux dispositions du CO et où la réparation du préjudice est prévue dans les deux lois, la personne licenciée n'aura droit qu'à une seule indemnité pour la même atteinte¹⁶².

En cas de licenciement discriminatoire et abusif, le juge n'allouera ainsi qu'une indemnité dont le montant maximum sera de six mois de salaire et qui sera fixée en fonction de toutes les circonstances¹⁶³. En principe, l'art. 5 al. 2 LEg, s'applique seul en qualité de *lex specialis*¹⁶⁴.

2. Indemnité en cas de licenciement immédiat injustifié

Il peut arriver qu'un licenciement immédiat injustifié (cf. art. 337 et 337c CO) présente également le caractère d'un congé abusif (art. 336 CO), ou alors que deux résiliations se succèdent, la première étant ordinaire et abusive et la seconde étant immédiate et injustifiée¹⁶⁵. Dans les deux cas, il n'y a pas, selon la jurisprudence, de cumul possible entre l'indemnité pour licenciement abusif (art. 336a CO) et l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO)¹⁶⁶.

Il est admis que de tels cas doivent être traités sous l'angle du licenciement immédiat injustifié¹⁶⁷. Ainsi, le juge n'allouera qu'une indemnité, fondée sur l'art. 337c al. 3 CO, la résiliation abusive pouvant cependant être prise en considération au nombre de « toutes les circonstances » dont le juge doit tenir compte pour fixer le montant de l'indemnité¹⁶⁸.

¹⁶² ATF 126 III 395, c. 7b/aa ; TF 4C.289/2006 du 5 février 2007, c. 6.1.

¹⁶³ TF 4A_47/2022 du 23 novembre 2022, c. 5.2.2.3 ; TC VD du 6 juin 2023, c. 4.2.1, DTA 2024 609. Voir aussi BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 336a N 6 ; COSSALI SAUVAIN, 75 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 1207 et 1211.

¹⁶⁴ CAPH GE 18 janvier 2022, c. 4.1.1, DTA 2023 628 ; Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 65 ; SHK GIG-SUTTER, art. 5 N 50 ; HENSCH, N 2.40.

¹⁶⁵ Cf., par exemple, ATF 121 III 64.

¹⁶⁶ TF 4A_372/2016 du 2 février 2017, c. 5.3 et 6.1.

¹⁶⁷ DUNAND, *La fin du contrat*, 69.

¹⁶⁸ ATF 121 III 64, c. 2.

Les mêmes principes doivent s'appliquer lorsqu'une personne est licenciée de manière immédiate et injustifiée pour un motif discriminatoire en raison du sexe¹⁶⁹.

Ainsi, dans le cas où la partie employeuse licencie un membre de son personnel avec effet immédiat, de manière injustifiée (art. 337c al. 3 CO) et discriminatoire (art. 5 al. 2 et 4 LEg), le juge ne pourra allouer qu'une seule indemnité, fondée sur l'art. 337c al. 3 CO, dont le montant sera au maximum de six mois de salaire, en tenant compte, dans la fixation du montant, du caractère discriminatoire du licenciement¹⁷⁰.

Plus précisément, dans l'hypothèse d'une résiliation discriminatoire immédiate injustifiée, la personne licenciée peut réclamer ce qu'elle aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé (art. 337c al. 1 et 2 CO), ainsi que l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO).

Sur le plan procédural, la personne licenciée dans de telles circonstances n'est pas tenue de respecter les règles prévues à l'art. 336b CO, puisque ce congé met fin immédiatement au contrat de travail¹⁷¹.

3. Indemnité découlant d'un congé représailles au sens de la LEg

Selon l'art. 10 al. 4 LEg, la personne victime d'un congé représailles peut renoncer, au cours du procès, à poursuivre les rapports de travail et demander une indemnité au sens de l'art. 336a CO en lieu et place de l'annulation du congé. L'indemnité pour congé abusif est exclusive de la réintégration et vice-versa¹⁷².

¹⁶⁹ TF 4A_47/2022 du 23 novembre 2022, c. 5.2.2.3 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 48.

¹⁷⁰ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 66 ; SHK GIG-SUTTER, art. 5 N 50 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 1207 et 1211.

¹⁷¹ Commentaire LEg-DUNAND, art. 9 N 51.

¹⁷² SUBILIA/DUC, art. 10 N 22.

En principe, il ne devrait pas y avoir de collision entre le congé repréailles (art. 10 LEg) et le congé discriminatoire (art. 5 al. 2 et 4 LEg) puisqu'il s'agit de cas distincts de protection contre le licenciement¹⁷³.

Dans certains cas limites, on peut toutefois hésiter entre les deux protections. Lorsqu'une personne employée refuse des avances de nature sexuelle de son directeur et qu'elle est licenciée suite à ce refus, on est en présence d'un congé discriminatoire, voire d'un congé repréailles si la personne employée avait préalablement formé une réclamation¹⁷⁴.

Il est clair que la personne licenciée ne peut cumuler l'indemnité en cas de licenciement discriminatoire et celle en cas de licenciement repréailles lorsque la personne licenciée a sollicité une indemnité à la place de l'annulation du congé. En revanche, si la personne victime d'un congé de rétorsion renonce à agir dans le cadre de l'art. 10 LEg, elle peut solliciter le versement de l'indemnité prévue à l'art. 5 al. 2 et 4 LEg lorsque le licenciement est discriminatoire¹⁷⁵.

4. Dommages-intérêts

Comme nous l'avons vu, il résulte de l'art. 5 al. 5 LEg, que le régime spécial de l'indemnité de licenciement discriminatoire laisse subsister les actions générales du CO. En effet, cette indemnité constitue une somme forfaitaire dont le versement n'exclut pas la réparation intégrale du préjudice dans le cadre d'une action civile en responsabilité contractuelle (art. 97 et 328 CO) ou délictuelle (art. 41 CO), pour autant que les conditions spécifiques de ces actions soient remplies¹⁷⁶.

Ainsi, une personne victime d'un licenciement discriminatoire fondé sur le sexe peut réclamer à la partie employeuse, en plus de l'indemnité de l'art. 5 al. 2 et 4 LEg, des dommages-intérêts pour obtenir la réparation intégrale de son préjudice résultant du licenciement. On peut penser, par exemple, aux frais engagés pour rechercher et trouver un nouvel emploi, à la perte de revenu liée

¹⁷³ COSSALI SAUVAIN, 84.

¹⁷⁴ WYLER/HEINZER/WITZIG, 859.

¹⁷⁵ Commentaire LEg-AUBERT, art. 10 N 49.

¹⁷⁶ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 69.

à une période de chômage, à l'obligation d'accepter après licenciement un poste moins bien rémunéré ou aux frais de défense engagés dans le cadre d'une procédure judiciaire¹⁷⁷.

En pratique, il est très rare que la personne licenciée utilise la possibilité de réclamer des dommages-intérêts par le biais de la réserve de l'art. 5 al. 5 LEg¹⁷⁸. Dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, on ne trouve guère que le cas d'une personne discriminée à l'embauche à laquelle on a reconnu le droit de faire valoir, en plus de l'indemnité prévue à cet effet (cf. art. 5 al. 2 et 4 LEg), des prétentions en dommages-intérêts concernant les frais de défense pour faire reconnaître la discrimination¹⁷⁹.

La méconnaissance de la réserve de l'art. 5 al. 5 LEg explique en partie son inutilisation. Mais il faut également reconnaître que sa mise en œuvre est peu aisée. En cas d'action fondée sur la responsabilité contractuelle de la partie employeuse (art. 97 et 328 CO), la personne licenciée doit apporter la preuve de la violation du contrat de travail, du dommage, et du lien de causalité entre les deux¹⁸⁰. Suivant les cas, il pourra, par exemple, s'avérer ardu de démontrer qu'une perte de revenu résultant d'une longue période de chômage a été causée (condition *sine qua non*) par le licenciement¹⁸¹.

En outre, la difficulté de chiffrer le montant des prétentions résulte de la nature hybride de l'indemnité de résiliation discriminatoire. Evidemment, le montant total de l'indemnisation ne doit pas excéder le dommage¹⁸². Ainsi, après avoir fixé le montant du préjudice résultant du licenciement, il faudrait évaluer à quelle hauteur celui-ci a-t-il été ou sera-t-il pris en compte dans l'indemnité de licenciement discriminatoire et permettre la réparation du dommage non couvert par le biais d'une action en dommages-intérêts. Cette opération est rendue difficile en raison du double caractère, à la fois punitif et réparateur, de

¹⁷⁷ K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 64 ; HENSCH, N 2.29.

¹⁷⁸ Cf. LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.30 ; LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence fédérale*, N 4.34.

¹⁷⁹ Cf. ATF 133 II 257, c. 5.4 (cet arrêt concerne une procédure engagée pour discrimination à l'embauche au sens de la LEg).

¹⁸⁰ CS-DUNAND, art. 328 N 94 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 68 ss.

¹⁸¹ GREMPER/HENSCH, N 9.19.

¹⁸² Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 71.

l'indemnité de licenciement discriminatoire¹⁸³. Lors de l'octroi de cette indemnité, il serait donc nécessaire de déterminer, dans un premier temps, quelle somme est destinée à punir et quelle somme est destinée à réparer, et dans un second temps, quel montant couvre le dommage matériel et quel montant fait office de réparation morale.

5. Réparation morale

Lorsqu'une personne salariée subit une atteinte à sa personnalité qui découle de son licenciement abusif, l'indemnité de l'art. 336a CO comprend en principe la réparation du tort moral. En effet, vu sa finalité réparatrice, cette indemnité couvre toutes les atteintes de la personne employée en lien avec la résiliation abusive du contrat et ne laisse donc pas de place à une application cumulative de l'art. 49 CO.

Selon la jurisprudence, seule est réservée l'hypothèse dans laquelle l'atteinte aux droits de la personnalité de la personne employée serait d'une gravité telle qu'une indemnité correspondant à six mois de salaire de la personne employée ne suffirait pas à la réparer¹⁸⁴.

Le même raisonnement doit s'appliquer à l'indemnité prévue dans la LEg en cas de licenciement discriminatoire, puisqu'elle est de même nature que celle de l'art. 336a CO¹⁸⁵.

B. Prétentions étrangères au licenciement

Sur le plan du droit matériel¹⁸⁶, il paraît incontestable que l'indemnité pour licenciement discriminatoire peut être cumulée avec des prétentions résultant

¹⁸³ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 73 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 66.

¹⁸⁴ ATF 135 III 405, c. 3.1 ; TF 4A_482/2017 du 17 juillet 2018, c. 4.1. Voir aussi WYLER/HEINZER/WITZIG, 909.

¹⁸⁵ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 75.

¹⁸⁶ Sur le plan procédural, en raison de l'art. 90 LPC, le cumul objectif d'actions relevant de la LEg n'est en principe possible qu'avec d'autres prétentions soumises à la procédure simplifiée (cf. WYLER/HEINZER/WITZIG, 1221 ; voir aussi les réserves de DIETSCHY, N 355, à ce sujet).

d'une autre cause que le licenciement discriminatoire, telles que des prétentions en dommages-intérêts et/ou en réparation morale fondées sur la violation de l'art. 328 CO applicable en matière de protection de la personnalité de la personne employée (*infra* 1) ou qu'une indemnité pour harcèlement sexuel (*infra* 2).

1. Dommages-intérêts et réparation morale en cas d'atteinte à la personnalité (art. 328 CO)

Il est admis que l'indemnité pour licenciement abusif (et donc également celle pour licenciement discriminatoire) peut se cumuler avec une prétention en dommages-intérêts et/ou une réparation morale résultant d'une autre cause que le licenciement, telle que la violation de l'obligation contractuelle liée à la protection de la personnalité de la personne employée¹⁸⁷.

Il a, par exemple, été considéré qu'une personne licenciée de manière abusive (et par conséquent de manière discriminatoire) pouvait solliciter, en plus de l'indemnité prévue à l'art. 336a CO (et donc également de celle prévue à l'art. 5 al. 2 et 4 LEg), le versement d'une indemnité destinée à réparer le tort moral résultant de conditions de travail inacceptables qui ont influé sur sa santé, de renseignements faux et attentatoires à l'honneur qui ont découragé de la sorte un employeur d'engager la personne licenciée, ou encore de reproches de type diffamatoire adressés à la personne employée à l'occasion de son licenciement, mais qui n'ont aucun lien de connexité avec la relation de travail¹⁸⁸.

2. Indemnité en cas de harcèlement sexuel (art. 4 et 5 LEg)

Selon l'art. 5 al. 3 LEg, lorsque la discrimination porte sur un cas de harcèlement sexuel (cf. art. 4 LEg), le tribunal peut condamner l'employeur à verser à la personne employée une indemnité, à moins que la partie employeuse ne prouve qu'elle a pris les mesures appropriées afin de prévenir

¹⁸⁷ CS-DUNAND, art. 336a N 40.

¹⁸⁸ Cf. CS-DUNAND, art. 336a N 40 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 908 s., et les références citées par ces auteurs.

ces actes ou d'y mettre fin. L'indemnité est fixée sur la base du « salaire moyen suisse », ce qu'il faut comprendre comme une référence au salaire « médian » suisse¹⁸⁹. L'indemnité ne peut excéder le montant correspondant à six mois de ce salaire (art. 5 al. 4 *in fine* LEg).

Une personne qui a fait l'objet d'un licenciement discriminatoire fondé sur le sexe peut parfaitement réclamer, en plus de l'indemnité de licenciement discriminatoire, une indemnité pour un harcèlement sexuel subi avant le licenciement¹⁹⁰. Il s'agit en effet, dans une telle hypothèse, de prétentions fondées sur des circonstances différentes¹⁹¹. L'admission d'un cumul entre les indemnités fondées sur l'art. 5 al. 2 et 3 LEg permet de reconnaître la double humiliation subie par une personne salariée harcelée, puis licenciée¹⁹².

C. Prétentions fondées sur des dispositions contractuelles plus favorables

Dans le régime du CO, l'art. 336a CO, qui fixe l'indemnité pour licenciement abusif à six mois de salaire au maximum, est absolument impératif (cf. art. 361 CO). La question de savoir si les parties à un contrat de travail ou à une CCT ont la possibilité d'étendre la protection prévue dans la loi, et dans quelle mesure, n'a pas trouvé de réponse certaine à ce jour¹⁹³.

Dans le régime de la LEg, la situation juridique est plus claire. En effet, en vertu de l'art. 5 al. 5, 2^e phrase, LEg, sont réservées « les prétentions découlant de dispositions contractuelles plus favorables aux travailleurs ». Il en résulte que la loi autorise expressément les parties à convenir d'un régime de protection plus favorable aux personnes employées¹⁹⁴. L'art. 5 LEg est ainsi de nature relativement impératif¹⁹⁵.

¹⁸⁹ Commentaire LEg-AUBERT, N 57 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 1200.

¹⁹⁰ DUNAND et al., N 228a.

¹⁹¹ TF 4A_47/2022 du 23 novembre 2022, c. 5.2.2.3 ; Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 67 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 1207.

¹⁹² LEMPEN, *Le harcèlement sexuel*, 264 s.

¹⁹³ MEIER, 365 ss ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 856.

¹⁹⁴ GREMPER/HENSCH, N 9.21.

¹⁹⁵ SUBILIA/DUC, art. 5 N 2.

Comme le soulignait le Conseil fédéral dans son message relatif à la LEg, la réserve de l'art. 5 al. 5 LEg concerne tant les dispositions contenues dans des contrats de travail, que celles contenues dans des CCT¹⁹⁶.

Ainsi, il serait possible de prévoir dans un accord entre les parties au contrat de travail ou une CCT qu'en cas de licenciement discriminatoire fondé sur le sexe, l'indemnité due à la personne licenciée soit supérieure à six mois de salaire, voire des restrictions au droit de licencier (nullité du licenciement, par exemple)¹⁹⁷. En pratique, nous n'avons toutefois pas connaissance de l'existence de telles clauses.

V. Conclusion

Selon diverses études, les dispositions de la LEg restent encore largement méconnues, même de certains juges et avocats¹⁹⁸. Par exemple, la distinction entre les notions de licenciement discriminatoire et de licenciement représaillies¹⁹⁹ ou le rapport entre les indemnités prévues par le CO et la LEg ne leur est pas familier²⁰⁰.

Même si de nombreuses formations ou des campagnes d'information et de sensibilisation sont régulièrement proposées, certains litiges relatifs à des discriminations fondées sur le sexe sont encore traités comme des litiges ordinaires relevant du CO²⁰¹. Une telle pratique est problématique puisqu'elle prive la partie salariée de l'allègement du fardeau de la preuve de l'art. 6 LEg²⁰².

¹⁹⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1215.

¹⁹⁷ K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 61.

¹⁹⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport relatif à l'évaluation*, 3082 ; LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, 31 s. Voir aussi AUBRY GIRARDIN, 98.

¹⁹⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport relatif à l'évaluation*, 3077.

²⁰⁰ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.35.

²⁰¹ AUBRY GIRARDIN, 100 s. ; LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.35.

²⁰² LEMPEN, *L'évolution de la protection*, 87.

Pourtant, selon le principe *jura novit curia*, codifié à l’art. 57 CPC, dès l’instant où une conclusion est motivée de manière suffisante, le juge est tenu d’appliquer le droit d’office, sans se limiter aux motifs avancés par les parties²⁰³. Le tribunal doit donc apprécier les prétentions d’une partie en tenant compte de tous les fondements juridiques envisageables²⁰⁴. Ainsi, si une personne employée fait valoir des prétentions en raison d’un licenciement discriminatoire fondé sur le sexe, le tribunal devrait appliquer la LEG d’office, en sa qualité de *lex specialis*, même si la partie licenciée a invoqué l’art. 336 CO²⁰⁵.

Il ne faut cependant pas oublier que les conclusions des parties fixent les limites dans lesquelles le tribunal de première instance peut appliquer le droit²⁰⁶. Ainsi, si la personne licenciée conclut à ce que la partie employeuse soit condamnée à lui verser une indemnité pour licenciement abusif au sens de l’art. 336 CO, le tribunal ne peut, de sa propre initiative, convertir cette conclusion en une condamnation fondée sur un licenciement discriminatoire au sens de la LEG²⁰⁷.

Nous avons vu que le régime de la LEG relatif à la protection contre un licenciement discriminatoire comportait au moins trois avantages pour les personnes licenciées par rapport à celui du congé abusif du CO : allègement du fardeau de la preuve, droit de réclamer des dommages-intérêts en sus de l’indemnité de licenciement discriminatoire et possibilité de prévoir des clauses plus favorables.

Il nous semble toutefois que ces règles ou potentialités offertes par la LEG n’ont pas encore été utilisées de manière optimale. Nous reprendrons donc ces trois questions avec quelques propositions.

Il résulte de plusieurs études que les tribunaux ont de la peine à distinguer les deux étapes de raisonnement relatif à l’allègement du fardeau de la preuve

²⁰³ Cf. BOHNET, art. 57 N 1.

²⁰⁴ TF 5A_696/2019 du 19 juin 2020, c. 3.

²⁰⁵ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.36.

²⁰⁶ TF 4A_534/2018 du 17 janvier 2019, c. 5 s. ; TF 4D_62/2014 du 19 janvier 2015, c. 5 ; BOHNET, *CPC*, art. 57 N 1.

²⁰⁷ TF 4A_47/2022 du 23 novembre 2022, c. 5.3.2. Il est donc préférable, dans les conclusions, de se limiter à indiquer le montant réclamé, afin de permettre, cas échéant, au tribunal d’appliquer le droit d’office, dans les limites de la maxime de disposition.

(vraisemblance prépondérante de la discrimination et preuve du motif objectif justificatif)²⁰⁸. D'ailleurs, dans certaines jurisprudences, l'assouplissement de la preuve prévu à l'art. 6 LÉg n'est pas mis en œuvre d'une manière rigoureuse. En particulier, la notion de vraisemblance est parfois appliquée avec trop de rigueur²⁰⁹.

Ainsi, en pratique, il ne nous paraît pas toujours plus aisé de convaincre le juge de l'existence d'un licenciement discriminatoire fondé sur la LÉg (malgré les règles légales de la vraisemblance et du renversement du fardeau de la preuve), que de l'existence d'un licenciement abusif au sens du CO (application de la règle jurisprudentielle de la preuve par indices).

Nous sommes d'avis que l'existence d'un licenciement au retour d'un congé maternité devrait en soi être suffisant pour retenir le caractère vraisemblable d'une discrimination²¹⁰. Par ailleurs, les tribunaux ne devraient pas reconnaître trop facilement l'existence du caractère non-discriminatoire du licenciement²¹¹.

De même, par manque de connaissance des dispositions de la LÉg, il est fréquent que des mandataires professionnels, ne fassent pas valoir toutes les prétentions possibles en faveur de leur mandante²¹². Ainsi, il est très rare que la personne licenciée de manière discriminatoire se prévale de l'art. 5 al. 5 LÉg devant les tribunaux cantonaux ou le Tribunal fédéral²¹³. Malgré les difficultés liées à la preuve du dommage et du lien de causalité, la personne licenciée devrait évaluer systématiquement les possibilités de réclamer, en sus de l'indemnité de licenciement discriminatoire, des prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, selon la réserve de l'art. 5 al. 5 LÉg.

Enfin, comme nous l'avons vu, les CCT ne contiennent pas de clauses améliorant le régime légal en faveur des personnes licenciées de manière discriminatoire en raison de leur sexe. Pourtant, plusieurs CCT contiennent

²⁰⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport relatif à l'évaluation*, 3075 s. ; LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.24.

²⁰⁹ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence fédérale*, N 4.26.

²¹⁰ WYLER/HEINZER/WITZIG, 1219.

²¹¹ Cf., dans ce sens, SATTIVA SPRING, 4 s.

²¹² CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport relatif à l'évaluation*, 3082.

²¹³ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.30. LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence fédérale*, N 4.34.

des règles relatives à la protection contre le licenciement de certaines catégories de personnes employées, telles que les personnes âgées ou celles exerçant une activité syndicale²¹⁴. Il serait possible de s'en inspirer.

Finalement, les actrices et les acteurs de la mise en œuvre de la protection contre le licenciement discriminatoire fondé sur le sexe peuvent se référer et s'inspirer des dispositions de la CEDEF (art. 11 § 2 let. a et b)²¹⁵, ainsi que de plusieurs conventions de l'OIT²¹⁶, instruments ratifiés par la Suisse, qui préconisent des mesures concrètes de protection des congés maternité et d'interdiction des licenciements fondés sur le sexe²¹⁷.

Bibliographie

ACHERMANN JONAS, Einsprache gemäss Art. 336b OR : erhöhte Vorsicht geboten !, DTA (2023), 140 ss.

AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : Commentaire LEg-AUTEUR/AUTEURE).

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg, in : Dunand/Lempen/Mahon (édit.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996–2016 : 20 ans d'application de la LEg, Genève/Zurich/Bâle 2016, 95 ss.

BOHNET FRANÇOIS, CPC augmenté, Neuchâtel 2025.

BRUCHEZ CHRISTIAN/MANGOLD PATRICK/SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Commentaire du contrat de travail, 4^e éd., Lausanne 2019.

²¹⁴ DUNAND, *Droit collectif du travail*, 34 ss.

²¹⁵ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997 (CEDEF ; RS 0.108). Cf. Commentaire CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 84 ss.

²¹⁶ Notamment l'art. 8 de la Convention OIT n° 183 sur la protection de la maternité du 15 juin 2000, entrée en vigueur pour la Suisse le 4 juin 2015 (C183 ; RS 0.822.728.3). Cf. Commentaire CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 10 s. ; LEMPEN, *Les Conventions*, 205 s.

²¹⁷ SATTIVA SPRING, 4 s. Voir la contribution de KARINE LEMPEN dans le présent ouvrage.

COSSALI SAUVAIN MONIQUE, La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, in : Aubert (édit.), Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1999, 57 ss.

DIETSCHY PATRICIA, Droit du travail et procédure civile, Bâle 2023.

DUNAND JEAN-PHILIPPE, La fin du contrat de travail (causes d'extinction et protection contre les congés), in : Dupont/Mahon (édit.), La fin des rapports de travail, Genève/Zurich/Bâle 2021, 1 ss (cité : *La fin du contrat*).

DUNAND JEAN-PHILIPPE, Droit collectif du travail et liberté syndicale en Suisse (origine et évolution), in : Défago et al. (édit.), Le droit collectif du travail, Bâle 2025, 1 ss (cité : *Droit collectif du travail*).

DUNAND JEAN-PHILIPPE et al., Droit du travail, 2^e éd., Bâle 2024.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/ZIMMERMANN CAMILLE (édit.), Commentaire Stämpfli du contrat de travail, Berne 2022 (cité : CS-AUTEUR/AUTEURE).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/WITZIG AURÉLIEN, La Suisse et l'Organisation internationale du travail (OIT) – Fondamentaux et portée pratique, Bâle 2022.

FACINCANI NICOLAS et al. (édit.), Gleichstellungsgesetz, Stämpfli Handkommentar, Berne 2022 (cité : SHK GIG-AUTEUR/AUTEURE).

GLOOR WERNER, L'opposition au congé : des conditions supplémentaires à sa validité – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_59/2023, Newsletter DroitDuTravail.ch juin 2023.

GREMPER PHILIPP/HENSCH ANGELA, Diskriminierende Entlassung, in : Münch/Metz (édit.), Stellenwechsel und Entlassung, Bâle 2012, 251 ss.

HENSCH ANGELA, Gleichstellungsgesetz und Mutterschaftsschutz, in : Portmann/von Kaenel (édit.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2018, 5 ss.

HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELIER MICHEL/LEMPEN KARINE (édit.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son protocole facultatif, Genève/Zurich/Bâle 2019 (cité : Commentaire CEDEF-AUTEUR/AUTEURE).

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2^e éd., Bâle 2009 (cité : K GIG-AUTEUR/AUTEURE).

LEMPEN KARINE, L'évolution de la protection contre le licenciement abusif, PJA (2019), 78 ss (cité : *L'évolution de la protection*).

LEMPEN KARINE, Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur – Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne, thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2006 (cité : *Le harcèlement sexuel*).

LEMPEN KARINE, Les Conventions de l'OIT sur la maternité (n° 183) et le travail domestique (n° 189), in : Wyler/Meier/Marchand (édit.), Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Genève/Zurich/Bâle 2015, 201 ss (cité : *Les Conventions*).

LEMPEN KARINE, Protection des données et discrimination lors de la procédure de recrutement, in : Dunand/Mahon (édit.), La protection des données dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2017, 269 ss (cité : *Protection des données*).

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004–2015), Rapport de recherche sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2017 (cité : *Analyse de la jurisprudence cantonale*).

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Analyse de la jurisprudence fédérale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004–2019), Rapport de recherche sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2021 (cité : *Analyse de la jurisprudence fédérale*).

MEIER ANNE, Améliorations de la protection contre le licenciement abusif dans les CCT et *de lege ferenda*, in : Hummer/Dietschy/Witzig (édit.), Du prétoire à l'auditoire : perspectives transversales en droit du travail – Mélanges en l'honneur du Professeur Rémy Wyler, Berne 2025, 363 ss.

PERRENOUD STÉPHANIE, La protection contre les discriminations fondées sur la maternité selon la LEg, in : Dunand/Lempen/Mahon (édit.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996–2016 : 20 ans d'application de la LEg, Genève/Zurich/Bâle 2016, 73 ss.

PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, Kommentar zu den Art. 319–362 OR, in : Widmer Lüchinger/David (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BaK 2020).

PORTMANN WOLFGANG/WILDHABER ISABELLE/RUDOLPH ROGER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 5^e éd., Zurich/Saint-Gall 2024 (cité : *Schweizerisches Arbeitsrecht*).

SATTIVA SPRING CHRISTINE, Un licenciement non arbitraire, mais probablement critiquable ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_479/2021, *DroitDuTravail.ch*, janvier 2023.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, *Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012.

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

VON KAENEL ADRIAN, Neure Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Kündigungsschutz, in : Müller/Pärli/Wildhaber (édit.), *Arbeit und Arbeitsrecht – Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag*, Zurich/Saint-Gall 2017, 481 ss.

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS/WITZIG AURÉLIEN, *Droit du travail*, 5^e éd., Berne 2024.

Documents officiels

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 24 février 1993 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, FF 1993 I 1163 ss (cité : *Message LEg*).

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 15 février 2006 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 la forme de postulat le 21 juin 2002, FF 2006 III 3061 (cité : *Rapport relatif à l'évolution*).