La loi fédérale sur l'égalité (LEg) devant les tribunaux

Guide

Karine Lempen / Roxane Sheybani (édit.)

Avec les contributions de

Katia Berset / Helia Farman / Karine Lempen
Isabelle Monnin Vazquez / Jacopo Ograbek
Eva Schmid / Clara Schneuwly / Roxane Sheybani

EDITIONS JURIDIQUES LIBRES
FREIER JURISTISCHER VERLAG

La loi fédérale sur l'égalité (LEg) devant les tribunaux

Guide

Karine Lempen / Roxane Sheybani (édit.)

Avec les contributions de

Katia Berset / Helia Farman / Karine Lempen
Isabelle Monnin Vazquez / Jacopo Ograbek
Eva Schmid / Clara Schneuwly / Roxane Sheybani

UNIVERSITÉ DE GENÈVE
PÔLE BERENSTEIN DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE
Ordre des Avocats Genève
ASSOCIATION DES JURISTES PROGRESSISTES GENÈVE
Bureau de la promotion de l'égalité entre femmes & hommes et de prévention des violences domestiques
Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra
Département fédéral de l'intérieur DFI
Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG
Aides financières prévues par la loi sur l'égalité
EDITIONS JURIDIQUES LIBRES
FREIER JURISTISCHER VERLAG

Éditions juridiques libres (Freier juristischer Verlag)

Les Éditions juridiques libres (EJL | FJV) sont une maison d'édition juridique suisse fondée par un groupe de chercheurs en droit.

Sans but lucratif, les EJL publient des ouvrages scientifiques en allemand, français, italien et anglais à destination de tous les professionnels du droit suisse. Au sein de leurs collections, les EJL accueillent tout type d'ouvrage scientifique de qualité (monographie et thèse, ouvrage collectif, commentaire, revue, etc.), qu'il s'agisse des travaux de chercheurs indépendants ou issus d'institutions publiques de recherche.

Les ouvrages publiés aux EJL sont disponibles au format numérique, gratuitement et en intégralité (*open access*). Des exemplaires papier de leurs publications sont également disponibles au moyen d'un système d'impression à la demande.

Les EJL ont pour triple objectif d'améliorer l'accessibilité des publications juridiques, d'en réduire les coûts pour les institutions et les particuliers, ainsi que d'en améliorer le bilan écologique.

Toutes les publications des EJL | FJV sont en accès libre et gratuit sur

https://www.ejl-fjv.ch/

La présente œuvre est soumise à une licence Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0. L'utilisation, la reproduction, le partage de l'œuvre sont notamment autorisés à condition : (i) d'attribuer l'œuvre à son auteur ; (ii) de ne pas exploiter l'œuvre commercialement ; (iii) de ne pas effectuer de modifications de l'œuvre. Le logo « open access », créé par The Public Library of Science (PLoS), est soumis à une licence CC BY-SA 3.0. Les polices de caractères Roboto et Roboto Condensed, créées par Christian Robertson, sont soumises à une licence Apache 2.0.

Editions Juridiques Libres (Freier Juristischer Verlag)

Lausanne 2020

ISBN 978-2-88954-024-2 (print)
ISBN 978-2-88954-025-9 (PDF)

Avant-propos

L'idée de mettre à disposition des avocates et avocats un guide facilitant le recours à loi fédérale sur l'égalité (LEg) est née au sein du Réseau Droit, Genre et Sexualités. Depuis 2016, ce Réseau romand favorise le développement de recherches et de projets qui analysent le droit sous l'angle du genre et des sexualités.

Les discussions facilitées par le Réseau ont mis en évidence la nécessité d'améliorer les connaissances des praticiennes et praticiens en matière de discrimination fondée sur le genre. Par ailleurs, une étude réalisée à l'Université de Genève, sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), a montré que les particularités de la LEg sont encore insuffisamment connues au sein des barreaux et des tribunaux[1].

Initié par un groupe d'avocates et d'avocats, ce projet est le fruit d'une collaboration entre la Faculté de droit de l'Université de Genève, la Commission des droits de l'Homme de l'Ordre des Avocats de Genève (ODA) et l'Association des juristes progressistes du canton de Genève (AJP). Il est soutenu par le Bureau de promotion de l'égalité et de prévention des violences du canton de Genève (BPEV), avec une aide financière du BFEG.

Les soussignées souhaitent remercier en particulier la Prof. Djemila Carron, co-responsable du Réseau Droit, Genre et Sexualités avec M. Ferdinando Mi-

1 Voir l'analyse effectuée par K. Lempen et A. Volodер avec la collaboration de L. Jamet (citée en bibliographie).

randa. Dans le cadre de ses fonctions au Service égalité & diversité de l'Université de Genève, puis comme Directeur exécutif du Fonds Maurice Chalumeau de cette université, M. Miranda a contribué de façon significative à la mise en place du cadre rendant possible la réalisation du projet, en étroite collaboration avec Mmes Isabelle Monnin Vazquez et Anne Saturno, respectivement juriste et cheffe de projet au BPEV. La présente brochure ne serait pas ce qu'elle est sans les commentaires avisés de M. Thomas Thentz et de Mme Paulina Grosjean (BFEG).

L'écriture à plusieurs d'un texte juridique ayant vocation à être à la fois scientifique et orienté vers la pratique représente un défi que les personnes mentionnées sur la couverture ont relevé avec engagement, malgré des agendas professionnels par ailleurs très chargés. Qu'elles en soient chaleureusement remerciées.

Vingt-cinq ans après l'adoption de la LEg, ce guide offre une présentation inédite de cette loi avec des tableaux listant des moyens de preuve envisageables (« canevas d'entretien ») et proposant des conclusions susceptibles d'être formulées lors d'une demande en justice. Son originalité réside aussi dans le chapitre qu'il consacre à la question de la discrimination fondée sur l'identité de genre ou l'orientation sexuelle. L'accent est mis sur les rapports de travail de droit privé. Le document reflète l'état de la jurisprudence au 30 juin 2020.

Genève, juin 2020

Prof. Karine Lempen

Me Roxane Sheybani

Table des matières

Avant-propos **I**

I. Introduction **1**

II. Champ d'application **3**

III. Discrimination directe ou indirecte, mesures positives **5**

IV. Allègement du fardeau de la preuve **9**

A. Etape 1 9

B. Etape 2 10

C. Champ d'application 12

V. Loi sur l'égalité et procédure civile **13**

A. Conciliation 13

B. Procédure simplifiée 14

C. Gratuité 15

VI. Interdiction de discriminer durant toute la relation d'emploi 17

A. Embauche 17

1. Généralités 17

2. Canevas d'entretien 20

3. Démarches extra-judiciaires 24

4. Actions judiciaires 25

B. Rémunération 27

1. Généralités 27

2. Canevas d'entretien 31

3. Démarches extrajudiciaires 35

4. Actions judiciaires 35

C. Formation, promotion 37

1. Généralités 37

2. Canevas d'entretien 39

3. Démarches extrajudiciaires 42

4. Actions judiciaires 43

D. Licenciement 45

1. Généralités 45

2. Canevas d'entretien 49

3. Démarches extrajudiciaires 50

4. Actions judiciaires 51

E. Harcèlement sexuel 55

1. Généralités 55

2. Canevas d'entretien 59

3. Démarches extrajudiciaires 65
4. Actions judiciaires 67

VII. Interdiction de discriminer en raison de la maternité 71

A. Généralités 71
1. Embauche 71
2. Rémunération 73
3. Promotion et formation 73
4. Attribution des tâches, aménagement des conditions de travail, harcèlement 74
5. Résiliation des rapports de travail 76

B. Démarches extrajudiciaires et actions judiciaires 77

C. Canevas d'entretien 78

VIII. Interdiction de discriminer fondée sur l'identité de genre ou l'orientation sexuelle 89

A. Généralités 89
1. Applicabilité de la LEg 89
2. Protection de la personnalité 91

B. Canevas d'entretien 94

IX. Bibliographie 99

I. Introduction

Adoptée il y a vingt-cinq ans, la loi fédérale sur l'égalité[2] a pour « but de promouvoir *dans les faits* l'égalité entre femmes et hommes » (art. 1 LEg).

La loi concrétise le mandat constitutionnel de pourvoir à « l'égalité de droit et de fait » dans la vie professionnelle. En particulier, elle vise à faciliter l'application du « droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale » (art. 8 al. 3 Cst.).

Afin d'améliorer la mise en œuvre de ce droit, la LEg a été complétée par une nouvelle section, entrée en vigueur le 1er juillet 2020[3]. Selon les art. 13a ss LEg, « les employeurs qui occupent un effectif d'au moins 100 travailleurs » sont tenus d'analyser leur pratique salariale sous l'angle de l'égalité entre femmes et hommes puis de faire vérifier cette analyse par un organe indépendant[4]. L'Office fédéral de la justice a mis en ligne les réponses aux questions les plus fréquemment posées en lien avec cette révision[5].

La LEg s'interprète à la lumière des traités internationaux ratifiés par la Suisse, en particulier la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les

2 Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) du 24 mars 1995, RS 151.1.
3 Modification du 14 décembre 2018 de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, RO 2019 2815.
4 Ordonnance du 21 août 2019 sur la vérification de l'analyse de l'égalité des salaires, RO 2019 2819.
5 www.bj.admin.ch FAQ LEg.

formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDEF)[6], dont l'article 11 traite de l'emploi[7]. La Commission fédérale pour les questions féminines (CFQF) met à disposition sur son site Internet un « Guide sur l'utilisation de la CEDEF pour la pratique juridique », avec des exemples relatifs au droit du travail[8].

6 Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) du 18 décembre 1979, RS 0.108.

7 La Convention et son protocole facultatif font l'objet d'un commentaire, cité CCEDEF, édité par Maya Hertig Randall, Michel Hottelier et Karine Lempen.

8 www.efk.admin.ch Guide de la CEDEF.

II. Champ d'application

La LEg s'applique aux rapports de travail salariés soumis au droit privé ou au droit public (art. 2 LEg). L'action judiciaire fondée sur cette loi est dirigée contre la partie employeuse.

En principe[9], l'interdiction de discriminer déploie la même portée dans le secteur public et dans le secteur privé. Au niveau procédural, en revanche, les règles diffèrent. Alors que l'art. 13 traite des voies de droit dans les rapports de travail de droit public, les art. 8 à 10 ne s'appliquent que lorsque les rapports sont soumis au Code des obligations (CO). Les règles spéciales de procédure civile sont présentées au chapitre V.

L'art. 3 al. 1 LEg interdit la discrimination « à raison du sexe » ou d'une « grossesse ». Le chapitre VII *infra* est consacré aux discriminations fondées sur la maternité. Le chapitre VIII examine l'applicabilité de la LEg en cas de discrimination fondée sur l'identité de genre ou l'orientation sexuelle.

Les exemples donnés au chapitre VI montrent que l'interdiction de discriminer couvre toute la relation professionnelle, de l'acte de candidature à la résiliation des rapports de travail (art. 3 al. 2 LEg).

9 Voir cependant *infra* IV.B., p. 28 pour les explications données en lien avec la notion de discrimination salariale et VI.D., p. 46 pour la protection contre le licenciement à titre de représailles.

III. Discrimination directe ou indirecte, mesures positives

L'art. 3 al. 1 LEg interdit de discriminer les personnes salariées « à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale ou, s'agissant de femmes, leur grossesse ».

Une discrimination est **directe** lorsque la différence de traitement « se fonde explicitement sur le critère du sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à l'un des deux sexes et qu'elle n'est pas justifiée objectivement »[10].

Exemples

⇨ Une salariée est licenciée au motif qu'elle est devenue mère[11].

⇨ Une salariée n'est pas promue au motif qu'elle est une femme[12].

La discrimination est **indirecte** lorsque « le critère utilisé pourrait s'appliquer à l'un ou l'autre sexe, mais qu'il a ou peut avoir pour effet de désavantager une proportion considérablement plus élevée de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifié objectivement »[13].

10 Voir le message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, FF 1993 I 1163, 1210, qui mentionne par ex. le critère du temps partiel. Plus d'explications : CLEg-Lempen, art. 3 N 6-7.

11 Illustrations : TF, 4A_59/2019, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence/ TF GE 12.05.2020; www.leg.ch/jurisprudence GE 14.05.2018. Voir aussi la jurisprudence citée *infra* VII.A.5, pp. 76-77.

12 Illustration : www.leg.ch/jurisprudence GE 11.11.2009. Voir aussi la jurisprudence citée *infra* VI.C.1, p. 37.

13 FF 1993 I 1163, 1210. Plus d'explications : CLEg-Lempen, art. 3 N 8-12.

Exemples

⇨ Lors de la fixation du salaire, le fait d'accorder une importance disproportionnée au critère de l'*ancienneté* ou de l'*expérience professionnelle* est susceptible de discriminer indirectement les femmes qui, en moyenne, interrompent plus souvent que les hommes leur carrière pour se consacrer à l'éducation des enfants[14].

⇨ Le fait de prendre en considération les *absences liées au congé maternité* lors du calcul du nombre de mois non travaillés à partir duquel une évaluation des prestations – et donc une augmentation salariale – n'a pas lieu, est susceptible de discriminer indirectement les femmes[15].

En revanche, ne constituent pas une discrimination les **mesures positives**[16], à savoir, selon l'art. 3 al. 3 LEg, les « mesures appropriées visant à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes ».

Ainsi, la partie employeuse a la possibilité de prendre une mesure qui se réfère au sexe (par ex. l'adoption d'une règle de préférence en faveur des femmes), pour autant que cette démarche :

1. vise à réaliser l'égalité de fait entre femmes et hommes et
2. soit conforme au principe de proportionnalité[17].

La mesure positive revêt un caractère temporaire[18]. Sitôt que le déséquilibre constaté disparait, elle n'a plus lieu d'être.

14 ATF 142 II 49, c. 6.1 ; ATF 124 II 409, c. 9d.

15 Le Tribunal fédéral laisse la question ouverte dans un de ses rares arrêts se référant l'art. 11 CEDEF (TF, 8C_605/2016, commenté par Sattiva Spring, Analyse d'arrêt sur la discrimination indirecte). Selon l'ATF 144 II 354, c. 5.3.3, le fait d'indiquer sur le certificat de travail les absences liées à une maternité n'est pas contraire à la LEg.

16 Sur cette notion au sens de l'art. 3 al. 3 LEg : CLEg-Lempen, art. 3 N 38-49 ; Sattiva Spring, Mesures, pp. 291-301.

17 L'ATF 131 II 361, c. 7 précise que, dans le cadre des rapports de droit public, la mesure doit reposer sur une base légale suffisante lorsqu'elle prend la forme d'un quota rigide.

18 Voir l'art. 4 para. 1 CEDEF ; CCEDEF-Hertig Randall, art. 4 N 32-39.

Exemple

⇨ Lors du recrutement, un quota souple[19] selon lequel, *à qualifications égales, la préférence est donnée aux candidatures du sexe sous-représenté* dans l'unité concernée, respecte le principe de proportionnalité et ne viole pas l'interdiction de discriminer[20].

19 Voir CCEDEF-Hertig Randall, art. 4 N 57-58.

20 ATF 131 II 361, c. 5. Voir aussi TF, 8C_821/2016, c. 3.1 résumé sur www.leg.ch/jurisprudence/ TF GE 26.01.2018 et TAF, A-8105/2016, c. 5.4.1, résumé sur www.gleichstellungsgesetz.ch Eidg. Bundesverwaltung Fall 10.

IV. Allègement du fardeau de la preuve

Applicable dans les procédures civiles ou administratives[21], l'art. 6 LEg prévoit que « l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable ».

L'allègement du *fardeau de la preuve* prévu par cette disposition implique pour le tribunal d'effectuer, à l'issue de la procédure probatoire, une analyse en deux étapes, chacune exigeant un *degré de preuve* différent[22].

A. Etape 1

Dans un premier temps, la partie salariée doit rendre la discrimination vraisemblable.

Un degré de preuve réduit à la **simple vraisemblance** signifie que le tribunal « n'a pas à être convaincu du bien-fondé des arguments du travailleur ; il doit simplement disposer d'indices objectifs suffisants pour que les faits allégués présentent une certaine vraisemblance, sans devoir exclure qu'il puisse en aller différemment »[23].

21 CLEg-Bruchez, art. 13 N 27 ; KGlG-Steiger-Sackmann, art. 6 N 110.

22 ATF 144 II 65, c. 7 ; CLEg-Wyler, art. 6 N 10-12 ; KGlG-Steiger-Sackmann, art. 6 N 147-150 ; Bohnet, N 72-79.

23 ATF 130 III 145, c. 4.2. Sur la notion de vraisemblance : CLEg-Wyler, art. 6 N 8-9 ; Aubry Girardin, Problèmes, pp. 102-105 ; Bohnet, N 24-27, 51, 56-63.

Exemple (vraisemblance)

⇨ Le fait que Mme T. gagne moins[24] que son collègue masculin exerçant une fonction identique suffit à rendre la discrimination vraisemblable[25].

La partie employeuse dispose d'un droit à la contre-preuve, qu'il convient toutefois de n'admettre qu'avec réserve, sous peine de rendre inopérant le mécanisme prévu par l'art. 6 LEg[26].

Exemple (contre-preuve)

⇨ En réalité, les cahiers des charges de Mme T. et de son collègue masculin ne sont pas identiques, ni même équivalents. En effet, divers documents montrent de façon évidente que le collègue masculin assume des responsabilités supplémentaires[27].

Si la partie salariée ne parvient pas à rendre la discrimination vraisemblable, le tribunal la déboute de ses prétentions y relatives. En revanche, si elle y parvient, le fardeau de la preuve est renversé et il convient de passer à la seconde étape du raisonnement.

B. Etape 2

Lorsque la discrimination a été rendue vraisemblable, il incombe à la partie employeuse d'apporter la **preuve complète** que la différence de traitement repose sur des motifs objectifs[28].

24 La vraisemblance a été admise dans le cas d'une salariée rémunérée 15 à 25 % de moins que son collègue accomplissant le même travail (ATF 125 III 368, c. 4). Suivant les circonstances, un écart inférieur à 15% pourrait suffire à établir la vraisemblance : Aubry Girardin, Problèmes, pp. 103-104 ; Lempen, Discrimination, pp. 145-146 ; Bohnet N 122-128 ; *contra* Wyler/Heinzer, pp. 1134-1135.

25 Voir TF, 4A_261/2011, c. 3.3, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence/ TF VD 24.08.2011.

26 Klett, p. 1297 ; KGlG-Steiger-Sackmann, art. 6 N 137 ; Bohnet, N 73.

27 Exemple donné par Klett, p. 1297.

28 ATF 144 II 65, c. 4 et 7 ; 143 II 366, c. 2.3 ; 142 II 49, c. 6.2 ; 130 III 145, c. 4.2.

Exemple (preuve du contraire[29], motifs objectifs)

⇨ Le fait que Mme T. gagne moins que son collègue masculin exerçant une fonction identique s'explique par les connaissances techniques et linguistiques supplémentaires dont dispose ce dernier et qui sont particulièrement utiles à l'entreprise employeuse[30].

La partie salariée dispose d'un droit à la contre-preuve[31]. Si elle parvient à infirmer les allégations de la partie employeuse, la preuve des motifs objectifs ne sera pas admise et la discrimination sera prouvée.

En revanche, si la partie employeuse réussit à prouver que la différence de traitement repose sur des motifs objectifs, la partie salariée succombe[32].

△ Si le raisonnement du tribunal doit se faire en deux temps et apparaitre ainsi dans le jugement, le procès lui-même et l'administration des preuves ne sont pas scindés en deux phases[33]. Il n'y a donc pas de décision intermédiaire du tribunal sur la vraisemblance et les parties doivent invoquer tous les éléments de fait et moyens de preuve utiles avant la fin de l'échange d'écritures[34].

29 Klett, p. 1297 ; KGlG-Steiger-Sackmann, art. 6 N 46 ; Dietschy, N 595 ; Bohnet, N 73.
30 TF, 4A_261/2011, c. 3.3 et 3.4. Pour d'autres cas de discrimination salariale, voir *infra* VI.B.1, p. 29.
31 KGlG-Steiger-Sackmann, art. 6 N 146.
32 CLEg-Wyler, art. 6 N 10-11.
33 Voir Bruchez, p. 181 ; KGlG-Steiger-Sackmann, art. 6 N 147-148 ; Bohnet, N 74.
34 Bohnet, N 165.

C. Champ d'application

L'allègement du fardeau de la preuve prévu à l'art. 6 LEg s'applique à toutes les discriminations interdites par cette loi, à l'exception du harcèlement sexuel et de la discrimination à l'embauche.

La jurisprudence admet qu'un harcèlement sexuel[35] ou une discrimination à l'embauche[36] puissent être retenus sur la base d'un faisceau d'indices convergents et donc d'une « vraisemblance prépondérante » (la « simple vraisemblance » n'étant en revanche pas suffisante).

Les preuves à réunir sont exposées, pour chaque type de discrimination, au chapitre VI, dans les tableaux « canevas d'entretien ».

35 TF, 4A_544/2018, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence/ TF VD 29.08.2019 ; TF 4A_214/2006, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence/ TF GE 19.12.2006. Voir aussi CLEg-Lempen, art. 4 N 35 ; Aubry Girardin, Problèmes, pp. 107-108.

36 TF 8C_821/2016, c. 3.3, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence TF GE 26.01.2018. Voir aussi Dunand, pp. 50-52 ; Wyler/Heinzer, p. 1128.

V. Loi sur l'égalité et procédure civile

Le Code de procédure civile (CPC) prévoit des règles spéciales relatives aux litiges relevant de la LEg[37].

A. Conciliation

En principe, la procédure au fond est précédée d'une tentative de conciliation (art. 197 CPC). Toutefois, dans les litiges relevant de la LEg, la partie salariée peut décider d'y renoncer (art. 199 al. 2 let. c CPC).

L'autorité cantonale de conciliation[38] « se compose d'un président et d'une représentation paritaire d'employeurs et d'employés des secteurs privé et public, l'ensemble des représentants étant constitué d'un nombre égal d'hommes et de femmes » (art. 200 al. 2 CPC)[39].

Sa tâche consiste à trouver un accord entre les parties (art. 201 al. 1 CPC) et à les conseiller (art. 201 al. 2 CPC), gratuitement (art. 113 al. 2 let. a CPC)[40].

37 Pour un examen approfondi de la manière dont ces règles s'appliquent lorsque des prétentions relevant de la LEg sont invoquées en sus d'autres prétentions de droit du travail, voir Dietschy-Martenet, LEg et procédure, pp. 423-448.

38 Les adresses des autorités de conciliation sont publiées sur le site www.sks-coc.ch/membres. Voir aussi www.leg.ch/ procedure et www.gleichstellungsgesetz.ch/verfahrensabläufe.

39 Au sujet de la composition paritaire : Dietschy-Martenet, LEg et procédure, pp. 426-427.

40 Dietschy-Martenet, LEg et procédure, p. 427.

De façon générale, la procédure est introduite par une requête indiquant le nom des parties, l'objet du litige et les conclusions (art. 202 al. 1 et 2 CPC). L'audience a lieu dans les deux mois qui suivent la réception de la requête ou la fin de l'échange d'écriture (art. 203 al. 1 CPC). Si aucun accord n'est trouvé, l'autorité délivre une autorisation de procéder (art. 209 CPC).

Dans les litiges relatifs à la LEg, l'autorité de conciliation peut soumettre aux parties une proposition de jugement, indépendamment du montant de la valeur litigieuse (art. 210 CPC). Si une des parties s'oppose à cette proposition, l'autorité délivre une autorisation de procéder (art. 211 CPC).

B. Procédure simplifiée

La procédure simplifiée s'applique aux litiges relevant de la LEg quelle que soit la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 let. a CPC).

Le tribunal établit les faits d'office (art. 247 al. 2 let. a CPC). La procédure est régie par la **maxime inquisitoire sociale**. Le tribunal doit tenir compte des faits juridiquement pertinents même lorsque les parties ne les ont pas invoqués à l'appui de leurs conclusions. Néanmoins, les parties doivent collaborer activement en faisant les allégations et offres de preuve topiques[41]. Le tribunal admet des faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC).

Lorsque les prétentions LEg (procédure simplifiée) sont cumulées avec d'autres prétentions de droit du travail dont la valeur litigieuse dépasse CHF 30'000.- (procédure ordinaire) la doctrine admet, par soucis d'efficacité, que les différentes prétentions puissent être invoquées dans le cadre d'un seul procès[42]. La question de savoir si la procédure spéciale prévue en matière

41 TF, 4A_428/2016, c. 3.2.2.2; ATF 141 III 569, c. 2.3.2 (le tribunal n'est soumis qu'à une « obligation d'interpellation accrue »).

42 La Cour de justice du canton de Genève se rallie à cette position, malgré le texte de l'art. 90 let. b CPC selon lequel un cumul objectif d'actions n'est possible que lorsque les prétentions sont soumises à la même procédure (CAPH/155/2019. Un recours contre cet arrêt a été jugé irrecevable par le TF, 4A_522/2019).

de LEg doit s'appliquer à ce procès ou si, au contraire, celui-ci doit se dérouler en procédure ordinaire, est controversée[43].

C. Gratuité

En procédure de conciliation, il n'est pas alloué de dépens ni perçu de **frais judiciaires** (art. 113 al. 1 et 2 let. a CPC).

Pour ce qui est de la procédure au fond, les tribunaux cantonaux ne perçoivent aucun frais judiciaires (notamment ceux liés à une expertise judicaire) (art. 114 let. a CPC), sous réserve de témérité ou mauvaise-foi (art. 115 CPC). Les cantons peuvent prévoir des dispenses de frais plus larges (art. 116 al. 1 CPC)[44].

Devant le Tribunal fédéral, les frais sont fixés selon un tarif réduit, entre CHF 200.- et CHF 1'000.-, indépendamment de la valeur litigieuse (art. 65 al. 4 let. b LTF).

En cas de cumul de prétentions relevant de la LEg avec des prétentions de droit du travail dont la valeur litigieuse dépasse CHF 30'000.-, les frais judiciaires ne seront calculés que sur la base des prétentions non fondées sur la LEg[45].

43 Voir Dietschy-Martenet, LEg et procédure, p. 441 ; Wyler/Heinzer, p. 1138 (l'entier du litige est soumis à la procédure ordinaire) ; *contra* Aubry Girardin, Problèmes, pp. 113-114 (la procédure simplifiée prime dès lors que la LEg est invoquée, sous réserve de témérité). D'autres références figurent dans l'arrêt CAPH/155/2019, c. 3.

44 Voir par ex. l'art. 22a al. 2 de la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (LaCC) du 11 octobre 2012, RS/GE E 1 05.

45 Dietschy-Martenet, LEg et procédure, p. 446 ; Wyler/Heinzer, pp. 1137-1138.

VI. Interdiction de discriminer durant toute la relation d'emploi

Aux termes de l'art. 3 al. 2 LEg, l'interdiction de toute discrimination s'applique *notamment* à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et à la formation continue, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail.

En outre, l'art. 4 LEg interdit le harcèlement sexuel ou sexiste dans le monde professionnel.

Le présent chapitre traite de chacun de ces types de discrimination, à l'exception de celles dans l'attribution des tâches (p. ex. conduite de projets) et l'aménagement des conditions de travail (p. ex. durée du travail), qui sont abordées dans le chapitre VII relatif aux discriminations fondées sur la maternité.

A. Embauche

1. Généralités

L'interdiction de discriminer « à l'embauche » couvre toutes les étapes de la sélection du personnel, du dépôt de la candidature jusqu'à la décision finale sur l'engagement. Ainsi, à l'instar de l'art. 328b CO, l'art. 3 LEg s'applique aux entrevues avec les personnes candidates (grille d'entretien et questions[46] posées oralement ou par écrit) ainsi qu'aux différents tests d'aptitude[47].

46 Sur l'illicéité des questions relatives à la grossesse, la situation familiale, l'identité de genre ou l'orientation sexuelle, voir TF, 2C_103/2008, c. 6.2. et *infra* VII.A.1, pp. 72-73 et VIII.A.2, p. 92.

47 Dunand, pp. 42-44.

La discrimination « à l'embauche » diffère de celle « à la promotion » (à l'encontre d'une personne déjà au service de la partie employeuse)[48]. En effet, seul le second type de discrimination est couvert par l'allègement du fardeau de la preuve (art. 6 LEg)[49]. En outre, les actions à intenter ne sont pas les mêmes[50].

L'offre d'emploi n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 3 LEg. Toutefois, elle peut servir d'indice pour établir la « vraisemblance prépondérante »[51] d'un refus d'embauche discriminatoire[52].

L'interdiction de la discrimination **directe** à l'embauche signifie qu'en principe, le refus d'embauche ne saurait se fonder explicitement sur le critère du genre ou de la grossesse[53].

Exemple (Discrimination directe)

⇨ Une femme postule à un poste de réceptionniste dans un hôtel. Le directeur écarte la candidature en expliquant avoir déjà engagé assez de femmes pour travailler à la réception et chercher désormais un homme. L'hôtel est condamné à verser une indemnité de CHF 1'000.- pour refus d'embauche discriminatoire[54].

Exceptionnellement, la partie employeuse est fondée à refuser l'embauche en raison du genre de la personne si cette décision peut être qualifiée de mesure positive (art. 3 al. 3 LEg)[55] ou s'il apparait d'emblée que le travail à accomplir ne pourra l'être que par une personne d'un genre déterminé (p. ex.

48 CLEg-Lempen, art. 3 N 31.
49 Voir *supra* IV.C, p. 12.
50 Voir *infra* VI.A.4, pp. 25-26 et VI.C.4, pp. 43-45.
51 TF, 8C_821/2016, c. 3.3., résumé sur www.leg.ch/jurisprudence/ TF GE 26.01.2018. Voir *supra* IV.C, p. 12.
52 CLEg-Lempen, art. 3 N 13 ; CLEg-Dunand, art. 8 N 7.
53 CLEg-Lempen, art. 3 N 14.
54 Exemple donné par Dunand, pp. 36 et 69. Voir JAR 2015 503, résumé sur https://www.gleichstellungsgesetz.ch/ Kantonsgericht GR Fall 4.
55 Voir *supra* III, pp. 6-7.

interrogatoire d'une victime d'infraction contre l'intégrité sexuelle[56]). Dans chaque cas, il sied d'examiner si le refus est objectivement justifié ou si, au contraire, il reflète des stéréotypes de genre, que la loi sur l'égalité vise à éliminer[57] (par ex. la clientèle d'un service de livraison de pizzas à domicile préfère être servie par une femme en tenue courte).

Une discrimination à l'embauche peut aussi être **indirecte**, notamment lorsque le refus d'embauche est lié à des exigences de taille, d'âge limite ou à la situation familiale[58] (par ex. le fait d'être parent de jeunes enfants ou au bénéfice d'un partenariat enregistré au sens de la LPart).

En pratique, la plupart des refus d'embauche en raison de la situation familiale sont liés à la maternité (par ex. non-embauche des mères d'enfants en âge préscolaire)[59]. L'exemple qui suit est atypique. Tiré d'un cas réel, il illustre la diversité des situations susceptibles de tomber sous le coup de l'art. 3 LEg.

Exemple (Discrimination indirecte)

⇨ Un homme postule auprès d'une paroisse pour un poste de concierge et sacristain. Lors de l'entretien, il répond à des questions relatives à sa situation familiale et indique être marié à une femme dont la confession diffère de celle pratiquée au sein de la paroisse. Sa candidature est écartée. Devant l'autorité de conciliation, il invoque une discrimination fondée sur la situation familiale (art. 3 LEg). L'autorité lui donne raison et les parties s'entendent sur le versement d'une indemnité équivalent à un mois de salaire[60].

56 Selon l'art. 153 al. 1 CPP, « la victime d'une infraction contre l'intégrité sexuelle peut exiger d'être entendue par une personne du même sexe ».
57 Voir l'art. 5 CEDEF et l'art. 1 LEg ; CLEg-Lempen, art. 3 N 15-19.
58 CLEg-Lempen, art. 3 N 20-21.
59 Voir *infra* VII.A.1, pp. 71-72.
60 Résumé sur www.gleichstellungsgesetz.ch/ ZH Fall 142.

2. Canevas d'entretien

Politique de l'organisation[61]

Questions	*Exemples de preuves*
L'entreprise a-t-elle mis en place des mesures de prévention des discriminations fondée sur le genre, l'identité de genre ou l'orientation sexuelle ? L'entreprise a-t-elle adopté des mesures positives visant à promouvoir l'égalité dans les faits (art. 3 al. 3 LEg)?	Règlements, directives ou autres mesures internes Déclaration d'intention de la part de la direction Contexte professionnel (par ex. : au sein du personnel, certaines personnes dans la même situation familiale, ayant le même âge, etc.) Témoins Audit
Existe-t-il une convention collective de travail et, cas échéant, une mention explicite de l'égalité des chances ?	Convention collective de travail

Processus de recrutement

Questions	*Exemples de preuves*
Qu'indique l'offre d'emploi ?	Offre d'emploi
Selon quelles modalités avez-vous postulé (offre spontanée, via un portail de recrutement électronique, par téléphone)?	Dossier de candidature (lettre de motivation, CV, diplômes, etc.)

61 Questions permettant de comprendre le contexte dans lequel est survenu le refus d'embauche.

(suite)

Qui a répondu à votre candidature et comment ?	Réponse des membres de la hiérarchie ou des responsables RH Notes relatives à l'entretien téléphonique Témoins
Lors de l'entretien d'embauche, quelles questions portant sur vos « aptitudes » à exercer l'emploi (questions admissibles selon l'art. 328b CO) vous ont été posées ?	Notes prises par la personne candidate lors de l'entretien Notes prises par les responsables du recrutement (procès-verbal anonymisé) Échange de correspondances, courriels, SMS Témoins (toute personne présente lors du recrutement ou ayant recueilli le témoignage de la personne dont la candidature a été écartée)
En particulier, vous a-t-on posé des questions (illicites)[62] relatives à : – la volonté d'avoir des enfants ; – la grossesse, la contraception, la fréquence des relations sexuelles, la date des dernières règles, etc. – la garde de vos enfants / la manière dont vous allez pouvoir gérer travail et famille (notamment en cas de famille monoparentale) ; – la situation familiale ou amicale ; – l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre ? Quelles ont été vos réponses ?	Notes prises par la personne candidate lors de l'entretien Notes prises par les responsables du recrutement (procès-verbal anonymisé) Échange de correspondances, courriels, SMS Témoins (toute personne présente lors du recrutement ou ayant recueilli le témoignage de la personne dont la candidature a été écartée)

62 TF, 2C_103/2008, c. 6.2. Voir *infra* VII.A.1, pp. 72-73 et *infra* VIII.A.2, p. 92.

(suite)

Avez-vous exercé votre droit de refuser de répondre ou de mentir[63] à une ou plusieurs questions illicites ?	

Changements relatifs au poste à repourvoir

Questions	*Exemples de preuves*
Avez-vous obtenu une proposition d'embauche modifiée par rapport à l'offre initiale ? (par ex. : temps partiel alors que vous n'en avez pas fait la demande) Quelle est la teneur du projet de contrat ?	Proposition de contrat Échange de correspondances, courriels, SMS Témoins
Les conditions de travail offertes sont-elles les mêmes que celles dont bénéficiaient les personnes ayant occupé le poste auparavant ou occupant le même poste actuellement ?	Contrats de travail des personnes ayant occupé le poste auparavant ou occupant le même poste actuellement Témoins

63 CLEg-Lempen, art. 3 N 22-24 ; Dunand, p. 44 ; Perrenoud, Discriminations, pp. 80-81 ; Wyler/Heinzer, p. 414.

Refus d'embauche

Questions	*Exemples de preuves*
Avez-vous essuyé un refus d'embauche ? Vous a-t-on indiqué les motifs ?	Lettre de la personne candidate demandant une motivation écrite (art. 8 al. 1 LEg) Lettre de la partie employeuse indiquant les motifs (art. 8 al. 1 LEg) Autres correspondances, courriels, SMS Témoins
Quel est le profil de la personne dont la candidature a été retenue ?	Dossier de candidature de la personne engagée Notes prises par les responsables du recrutement (avec anonymisation) Témoins

Dommage/tort moral

Questions	*Exemples de preuves*
Quelles sont/ont été les conséquences du refus d'embauche, notamment sur votre état de santé ?	Certificats ou rapports médicaux Frais médicaux consécutifs au refus d'embauche et autres frais Expertise Témoins

3. Démarches extra-judiciaires

- **Demander la motivation écrite du refus d'embauche** (art. 8 al. 1 LEg)[64].
  - ⇨ Forme écrite conseillée
  - ⇨ Délai raisonnable selon les règles de la bonne foi
    - △ Attention : délai de péremption de 3 mois pour agir en justice (art. 8 al. 2 LEg).
- Sauvegarder l'offre d'emploi et le dossier de candidature.
- Cas échéant, consigner les comportements contradictoires des responsables du recrutement (par ex. : vif intérêt puis brusque changement d'attitude suite à la révélation de données relatives à la sphère privée, sans rapport avec l'aptitude à exercer l'emploi).
- Consulter le Bureau cantonal de l'égalité[65], un syndicat ou un autre service de consultation.
- Demander des conseils auprès des autorités paritaires de conciliation (art. 201 al. 2 CPC)[66].

64 Voir Dunand, pp. 54-55.
65 Liste des adresses sur www.equality.ch membres.
66 Les adresses des autorités de conciliation sont publiées sur le site www.sks-coc.ch membres. Voir *supra* V.A, pp. 13-14.

4. Actions judiciaires

En cas de discrimination à l'embauche, la loi sur l'égalité ne consacre aucun droit à l'engagement. Il n'est donc pas possible d'intenter les actions en prévention ou en cessation prévues par l'art. 5 al. 1 let. a et b LEg[67].

En revanche, une **indemnité** forfaitaire, punitive et réparatrice, d'au **maximum trois mois du salaire** auquel la personne « aurait vraisemblablement eu droit » peut être demandée sur la base de l'art. 5 al. 2 et 4, LEg[68], auquel renvoie l'art. 13 al. 2 LEg pour les rapports de travail de droit public[69].

L'action (requête de conciliation ou demande en justice) doit être intentée dans un **délai de trois mois** à compter du moment où le refus d'embauche a été communiqué, sous peine de péremption (art. 8 al. 2 LEg). Le délai court dès la réception de la notification du refus d'embauche[70].

Les **droits en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral sont réservés** par l'art. 5 al. 5 LEg. Ainsi, lorsque l'atteinte liée au refus d'embauche discriminatoire est grave au point qu'un montant de 3 mois de salaire (plafond prévu par l'art. 5 al. 4 LEg) ne suffirait pas à la réparer, la personne lésée peut agir en réparation du tort moral (art. 49 CO)[71].

67 CLEg-Aubert, art. 5 N 36-37.
68 Plus d'explications : CLEg-Aubert, art. 5 N 41-47 ; Dunand, pp. 60-64 ; Wyler/Heinzer, pp. 1128-1129.
69 CLEg-Bruchez, art. 13 N 39-44 ; Dunand, pp. 59-60.
70 Dunand, pp. 58-59. Au sujet du *dies a quo* lorsque le refus n'est pas formellement communiqué : Wyler/Heinzer, pp. 1128-1129.
71 Voir Dunand, p. 66 ; CLEg-Aubert, art. 5 N 75.

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

Préalablement

1. Ordonner à *[E]* de produire [*liste des pièces requises*[72]] ;
2. Auditionner les témoins [*futur·e·s collègues, médecin traitant, proches, etc.]* ;

Principalement

3. Condamner *[E]* à verser à *[T]* un montant de CHF *[au maximum trois mois de salaire brut*[73]*, part au 13e salaire comprise],* plus intérêts à 5% l'an dès le [*date du refus d'embauche*] ;
4. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

Subsidiairement

5. Condamner *[E]* à verser à *[T]* un franc symbolique[74] ;
6. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

Action en paiement de dommages-intérêts et/ou d'une indemnité pour tort moral (art. 41 ss CO et art. 5 al. 5 LEg)

1. Condamner *[E]* à verser à *[T]* un montant de CHF *[montant]* plus intérêts à 5% l'an dès le [*survenance du dommage*] ;
2. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

72 Voir *supra* VI.A.2, pp. 20-23.
73 Art. 5 al. 4 LEg.
74 ATF 131 II 631, c. 4. Une action en constatation (art. 5 al. 1 let. c LEg) est aussi envisageable : CLEg-Aubert, art. 5 N 20 ; Dunand, p. 65.

B. Rémunération

1. Généralités

L'interdiction de discriminer « dans la rémunération » prévue à l'art. 3 al. 2 LEg concrétise le principe constitutionnel du « salaire égal pour un travail de valeur égale » (art. 8 al. 3 Cst.).

Selon le Tribunal fédéral, « la notion de **rémunération** ne se limite pas au salaire au sens étroit. Elle englobe toute rémunération fournie en contrepartie du travail effectué, notamment les composantes sociales du salaire (allocations familiales et prestations versées durant le congé maternité) et les gratifications et bonus » (art. 322d CO)[75]. L'indemnité de départ (art. 339c CO) doit aussi être qualifiée de rémunération, compte tenu du lien de connexité étroit existant entre le travail accompli et le versement de l'indemnité[76]. En revanche, les rentes versées par les assurances sociales n'entrent pas dans cette notion[77].

L'expression « **discrimination salariale** » désigne les situations où, en présence d'un travail égal ou de *valeur égale,* la rémunération n'est pas égale, sans que cette différence de salaire ne soit objectivement justifiée[78].

L'art. 3 LEg interdit la discrimination *directe* (par. ex. rémunération inférieure versée aux femmes mariées) ou *indirecte*[79] (par ex. pondération excessive de la variable « ancienneté »)[80].

75 TF, 8C_605/2016, c. 6.2 qui se réfère à CLEg-Aubry Girardin, art. 3 N 20.

76 Appellationsgericht du canton de Bâle-Ville ZB.2013.33 du 26.03.2014, c. 3.1, cité par Lempen, Discrimination, pp. 138-139 et résumé sur www.gleichstellungsgesetz.ch/ TF BS Fall 49.

77 Au sujet du salaire perçu durant un congé de maternité, voir CLEg-Aubry Girardin, art. 3 N 20-21 et note 51.

78 ATF 144 II 65, c. 4.1.

79 Voir les définitions exposées *supra* III, pp. 5-6. Voir aussi CLEg-Aubry Girardin, art. 3 N 26 ; Lempen, Discrimination, pp. 139-140.

80 Voir *supra* III, p. 6, l'exemple donné en lien avec l'ATF 142 II 49, c. 6.1. Sur le potentiel discriminatoire du critère de l'« ancienneté » : Pärli/Oberhausser, N 140-153, 233.

Une discrimination peut résider « dans la fixation du salaire d'une personne déterminée lorsqu'il est comparé à celui d'autres personnes du sexe opposé ayant une position semblable dans l'entreprise »[81]. Dans le secteur public, une discrimination peut, de surcroît, résulter de la manière dont une profession qualifiée de typiquement féminine, ou masculine, est classée par rapport à une profession typiquement attribuée au genre opposé ou à une profession dite neutre[82].

Le concept de « **travail de valeur égale** » permet de comparer non seulement des activités similaires ou identiques, mais aussi – en lien avec la discrimination indirecte – des occupations différentes[83] (par ex. le travail effectué par le personnel soignant d'un hôpital et celui réalisé par la police)[84].

Selon la jurisprudence fédérale, « si l'équivalence entre les diverses fonctions d'une même entreprise ne saute pas aux yeux ou si elle n'est pas établie par d'autres modes de preuve, les tribunaux cantonaux doivent ordonner des **expertises** »[85]. Les parties disposent ainsi d'un véritable droit à l'expertise judiciaire[86]. La mise en œuvre de ce droit peut poser des difficultés en pratique (recherche de la personne experte à mandater, choix de la méthode, etc.)[87].

La comparaison s'opère « **auprès d'un seul et même employeur**, car il ne saurait être question, sauf circonstances spéciales, de procéder à des comparaisons entre plusieurs entreprises, communes ou cantons, qui ont des sys-

81 ATF 130 III 145, c. 4.2.

82 CLEg-Aubry Girardin, art. 3 N 22 ss ; Lempen, Discrimination, pp. 137, 141-143. Voir l'ATF 141 II 411, c. 6 et 7 (la profession d'enseignant au primaire est devenue typiquement féminine). Voir aussi l'ATF 143 II 366 au sujet de cette même affaire, résumée sur www.gleichstellungsgesetz.ch/ TF AG Fall 49.

83 ATF 144 II 65, c. 4.1.

84 Voir CLEg-Aubry Girardin, art. 3 N 23, qui se réfère à TF, 8C_31/2009, c. 5.2 et à l'ATF 136 II 393, c.11.1, 11.3.

85 ATF 133 III 545, c. 4.2. L'expertise doit être fiable (TF, 4A_77/2007, c. 4.2.1). Voir BFEG, Mémento.

86 Aubry Girardin, Problèmes, p. 109.

87 Plus d'explications : Aubry Girardin, Problèmes, pp. 110-111 ; Bruchez, pp. 183-188 ; Sattiva Spring, Discrimination salariale, pp. 196-197 ; Wyler/Heinzer, pp. 1139-1140. Voir aussi Bieri, pp. 819 ss, à propos des expertises utilisant un modèle de régression.

tèmes de rémunération totalement indépendants les uns des autres »[88]. Elle peut s'effectuer avec une personne précédemment[89] ou ultérieurement[90] employée par la même entité[91].

L'**allègement du fardeau de la preuve** exposé plus haut (art. 6 LEg)[92] s'applique dans les procès pour discrimination salariale.

Selon le Tribunal fédéral, la comparaison avec un seul collègue « de sexe opposé » suffit à rendre vraisemblable la discrimination. Une fois cette étape franchie, il incombe à la partie employeuse d'apporter « la preuve stricte que la différence de traitement repose sur des facteurs objectifs »[93]. Parmi ces motifs, figurent notamment ceux qui influent sur la valeur même du travail, comme la formation[94], l'ancienneté dans l'entreprise, la qualification, l'expérience professionnelle[95], le domaine concret d'activité, les prestations effectuées, les risques encourus[96], le rendement[97], le cahier des charges[98], les tâches effectivement confiées[99], etc.[100].

Le tribunal examine dans quelle mesure les motifs invoqués « influent véritablement » sur la prestation de travail. Il arrive qu'un motif objectif ne justifie qu'une partie de la différence salariale et que l'écart salarial doive être réduit conformément au principe de proportionnalité[101].

88 ATF 130 III 145, c. 3.1.2. A ce sujet : CLEg-Aubry Girardin, art. 3 N 25 ; KGlG-Freivogel, art. 3 N 90-91.
89 ATF 130 III 145, c. 4.2 in fine.
90 TF, 4A_614/2011, c. 3.2 résumé sur www.gleichstellungsgesetz.ch/ TF BL Fall 42.
91 Lempen, Discrimination, pp. 138-139.
92 Voir *supra* IV, pp. 9-12.
93 TF, 4A_449/2008, c. 3.1.
94 ATF 130 III 145, c. 5.2 ; ATF 127 III 207, c. 3c. Voir aussi : ATF 139 I 161 c. 4.
95 Voir ATF 142 II 49, TF, 4A_614/2011 ou TAF, A-6754/2016 (comparaisons avec le successeur du poste).
96 Voir ATF 136 II 393 et ATF 143 II 366 (classifications salariales des emplois dans la fonction publique).
97 ATF 125 III 368, c. 5.
98 ATF 130 III 145, c. 5.2 ; TF, 2A_730/2006, c. 6 ; TF, 8D_5/2018, c. 5.2.
99 TF, 2A.730/2006, c. 6.
100 Voir CLEg-Aubry Girardin, art. 3 N 31-48 ; CLEg-Wyler, art. 6 N 30-31. Sur le critère du « marché du travail » : Geiser, Rechtsfertigungsgründe, pp. 163-173.
101 TF, 4A_261/2011, c. 3.2. Voir Aubry Girardin, Problèmes, pp. 106-107.

△ Le seul fait qu'une analyse (p. ex. auto-analyse effectuée conformément aux nouveaux art. 13a ss LEg[102]) ait conclu au respect du principe de l'égalité salariale au niveau de l'entreprise ne saurait permettre à cette dernière de prouver, dans le cadre d'une procédure judiciaire, l'inexistence de la discrimination salariale alléguée sur le plan individuel[103].

△ L'application à une partie du personnel du salaire minimal prévu par une convention collective de travail ne constitue pas un motif propre à justifier une différence salariale fondée sur le genre au sein d'une entreprise[104].

102 Voir *supra* I, p. 1.

103 En effet, l'analyse réalisée au niveau global ne permet pas d'apprécier la manière concrète dont les salaires des membres du personnel sont fixés individuellement. Voir Marti Whitebread, pp. 235 s.

104 Voir CLEg-Wyler, art. 6 N 32 ; Bruchez, Droit collectif - art. 358 CO, N 13-14.

2. Canevas d'entretien

Travail de valeur égale / Différence de salaires

Questions	*Exemples de preuves*
Quel est votre titre ? En quoi consiste votre cahier des charges, selon votre contrat de travail ?	Interrogatoire/déposition des parties Contrat de travail Témoins (collègues, responsables RH) Organigramme
Concrètement, quelles sont les responsabilités, les tâches et/ou les exigences inhérentes à votre poste ?	Interrogatoire/déposition des parties Témoins (collègues, responsables RH) Échange de correspondances, courriels, SMS Publications, références, certificat de travail Directives, règlements ou autres mesures internes à l'entreprise Organigramme Expertise[105]
Quel est votre salaire ? Comprend-il une part variable ? Bénéficiez-vous de gratifications ? Bénéficiez-vous d'avantages en nature ? (par ex. vacances)	Interrogatoire/déposition des parties Témoins (collègues, responsables RH) Échange de correspondances, courriels, SMS Contrat de travail Fiches de salaire

105 ATF 133 III 545, c. 4.

(suite)

Est-ce que des collègues du genre opposé ont : – le même titre que vous et perçoivent un salaire supérieur ; – le même cahier des charges que vous et perçoivent un salaire supérieur ; – les mêmes responsabilités, tâches ou exigences à respecter que vous et perçoivent un salaire supérieur ? Entre ces collègues du genre opposé qui perçoivent un salaire supérieur et vous-même existe-t-il une différence de formation, d'ancienneté dans l'entreprise, de qualification, d'expérience professionnelle, de domaine concret d'activité, de prestations effectuées, de risques encourus, de rendement ?	Interrogatoire/déposition des parties Témoins (collègues, responsables RH) Organigramme Rapports d'activité, évaluations annuelles Diplômes, certificats de travail Expertise
Par rapport à ces collègues du genre opposé effectuant un travail égal ou de valeur égale au vôtre, recevez-vous : – un salaire plus bas ; – une gratification différente ? Votre fonction est-elle moins bien classée au sein de l'échelle de traitement que celle exercée par les collègues en question ?	Interrogatoire/déposition des parties Témoins (collègues, responsables RH) Contrats de travail Fiches de salaire Statistiques de l'entreprise Pratique salariale de l'entreprise (échelle des salaires et grille d'augmentation, comparateurs de salaires) Certification (par ex. EQUAL-SALARY[106]) ou auto-analyse (par ex. avec l'outil LOGIB[107]) Expertise

106 Pour plus d'explications : www.equalsalary.org/ certification.
107 Outil disponible sur www.ebg.admin.ch/ outil LOGIB.

Motifs objectifs

Questions	*Exemples de preuves*
Avez-vous demandé une justification de la différence salariale que vous avez constatée ? Quelle a été la réaction des responsables RH ou de votre hiérarchie ? Après votre demande, avez-vous remarqué un changement d'attitude de la hiérarchie et/ou des collègues à votre égard ? Avez-vous été découragée ou subi des pressions pour abandonner votre démarche ?	Interrogatoire/déposition des parties Échange de correspondances, courriels, SMS
La justification qui vous a été donnée par les responsables RH ou la hiérarchie est-elle basée sur des motifs objectifs tels qu'une différence au niveau de la formation, de l'ancienneté, de la qualification, de l'expérience professionnelle, du domaine concret d'activité, des prestations effectuées, des risques encourus, du rendement, du cahier des charges, des tâches effectivement confiées, etc. ? Parmi les motifs invoqués, la partie employeuse mentionne-t-elle des suppléments versés en raison du travail de nuit, d'horaires flexibles, du travail en équipe (par ex : rotations) ou encore le résultat de négociations précontractuelles ?	Interrogatoire/déposition des parties Témoins (collègues, responsables RH) Contrats de travail Statistiques de l'entreprise Pratique salariale de l'entreprise (échelle des salaires et grille d'augmentation, comparateurs de salaires) Expertise

(suite)

Est-ce que [insérer le motif objectif identifié, par ex. les meilleures connaissances linguistiques] apporte une réelle plus-value à la prestation de travail[108] ?	Interrogatoire/déposition des parties Témoins (collègues, responsables RH, membres de la hiérarchie) Rapports d'activité Statistiques Pratique salariale de l'entreprise (échelle des salaires et grille d'augmentation, comparateurs de salaires) Expertise

108 TF, 4A_261/2011, c. 3.2.

3. Démarches extrajudiciaires

- Dénoncer les pratiques à l'inspection cantonale du travail[109] (art. 54 LTr).
- Consulter une organisation (par ex. syndicat) susceptible d'intenter une action parallèlement ou à la place de la personne salariée concernée (art. 7 LEg, 89 CPC).
- Consulter le Bureau cantonal de l'égalité[110] ou un autre service de consultation.
- Consulter les ressources disponibles sur la Plateforme égalité salariale (Bureau fédéral de l'égalité)[111].
- Demander des conseils auprès des autorités paritaires de conciliation (art. 201 al. 2 CPC)[112].

4. Actions judiciaires

En cas de discrimination salariale, les **actions en prévention et en cessation de la discrimination** (art. 5 al. 1 let. a-b LEg) visent à obtenir, pour le futur, le versement d'un salaire non discriminatoire[113].

Pour ce qui est du passé, l'**action en paiement du salaire dû** (art. 5 al. 1 let. d LEg) permet de demander la différence entre le salaire reçu et le salaire non

109 Liste des adresses sur iva-ch.ch/ inspection du travail. A Genève, l'inspection du travail est habilitée à contrôler le respect de l'égalité salariale par les entreprises tenues de se conformer aux « Usages », au sens des art. 23 à 26A de la loi sur l'inspection et les relations de travail (LIRT) du 12 mars 2004 (RS/GE J 1 05), notamment dans le cadre de l'attribution d'un marché public.

110 Liste des adresses sur www.equality.ch membres.

111 Voir : www.ebg.admin.ch/ plateforme égalité salariale.

112 Les adresses des autorités de conciliation sont publiées sur le site www.sks-coc.ch membres. Voir *supra* V.A, pp. 13-14.

113 CLEg-Aubert, art. 5 N 29.

discriminatoire. Le **délai de prescription est de cinq ans** (art. 128 ch. 3 et 131 CO)[114].

Action en paiement du salaire dû (art. 5 al. 1 let. d LEg)

Préalablement

1. Ordonner une expertise [*analytique/de régression*] de la politique salariale de [*E*] ;
2. Ordonner à [*E*] de produire tous les documents utiles à la détermination des salaires des employé·e·s, notamment [*contrats, cahier des charges, etc.*] ;

Principalement

3. Condamner [*E*] à verser en mains de [*T*] un montant brut de CHF [*montant équivalent au salaire dû mais non perçu dès le début de la discrimination salariale et jusqu'au dépôt de la requête*], sous déduction des charges légales et conventionnelles, avec intérêts à 5% l'an à dès le [*début de la discrimination*] ;
4. Condamner [*E*] à adapter le salaire dû à [*T*], s'élevant à CHF [*montant du salaire sans discrimination*] et ce dès le [*dépôt de la requête*] ;
5. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

Une éventuelle **action en constatation** (art. 5 al. 1 let. c LEg) intentée par une organisation (art. 7 LEg) n'interrompt pas la prescription de l'action individuelle en paiement des arriérés de salaire fondée sur l'art. 5 al. 1 let. d LEg[115].

114 Voir CLEg-Aubert, art. 5 N 32-33.
115 ATF 138 II 1, c. 4.3.

Une action en constatation (art. 5 al. 1 let. c LEg) peut aussi être intentée par la personne salariée alléguant une discrimination. Elle est toutefois subsidiaire aux actions en prévention ou en cessation (art. 5 al. 1 let. a-b LEg)[116].

En outre, l'art. 5 al. 5 LEg réserve la possibilité de demander des dommages-intérêts ou la réparation du tort moral lorsque la gravité de l'atteinte le justifie.

C. Formation, promotion

1. Généralités

L'art. 3 LEg interdit de discriminer directement ou indirectement[117], notamment sur le plan de la formation, de la formation continue et de la promotion.

Exemple (Discrimination directe lors de la promotion)

⇨ L'unique femme d'un département se trouve la seule à ne pas être promue à la tête d'une unité, malgré le fait que son travail a donné entière satisfaction et qu'elle a été mieux formée que ses collègues[118].

Exemple (Discrimination indirecte dans l'accès à la formation continue)

⇨ L'entreprise qui ne rembourse les frais de formation de son personnel que lorsque le module ou séminaire se déroule en-dehors des horaires de travail, notamment en fin de journée, est susceptible de discriminer indirectement les femmes qui, de nos jours encore, assument nettement plus de tâches domestiques que les hommes[119].

116 CLEg-Aubert, art. 5 N 21.
117 Voir *supra* III, pp. 5-6.
118 ATF 127 III 207, c. 6 résumé sur www.leg.ch/jurisprudence/ TF VD 19.01.2001. Autres illustrations : KGlG-Freivogel, art. 3 N 55 ; CLEg-Lempen, art. 3 N 32.
119 Voir les exemples donnés par KGlG-Freivogel, art. 3 N 51 ou CLEg-Lempen, art. 3 N 30.

Alors que le mécanisme prévu par l'art. 6 LEg[120] est inopérant en cas de discrimination « à l'embauche »[121], l'allègement du fardeau de la preuve s'applique lors de discrimination « à la promotion » ou « à la formation ».

Lorsqu'une **discrimination dans la formation ou le perfectionnement professionnel** a pu être établie, la partie salariée est fondée à exiger le rétablissement d'une situation conforme au droit.

Par exemple, la personne employée peut solliciter l'accès à et/ou le financement de la formation qui lui a été refusée. Elle peut aussi demander à être libérée de son obligation de prester durant la prochaine formation dispensée, de façon à pouvoir y participer.

Dans l'hypothèse où il ne serait plus possible de suivre la formation (souhaitée ou équivalente) dans un délai raisonnable, la personne salariée peut prétendre à la réparation du dommage lié au refus de formation[122].

Un perfectionnement professionnel est souvent lié à une promotion et/ou à une augmentation de salaire. Dans le cas où les membres du personnel qui ont pu bénéficier de la formation ont été promus et/ou ont reçu une augmentation de salaire, la personne discriminée peut exiger, en sus de la formation, la promotion et/ou le salaire dont elle aurait bénéficié si elle n'avait pas subi de discrimination. La demande peut être assortie d'un effet rétroactif à la date où la personne lésée aurait, selon toute vraisemblance, été promue et/ou mieux rémunérée[123].

Lorsqu'une **discrimination dans la promotion** est prouvée, la personne dont la candidature a été écartée peut exiger l'annulation de la décision de non-promotion ainsi que le versement du salaire non versé consécutivement. Le salaire sera dû avec effet rétroactif à la date à laquelle la personne salariée aurait vraisemblablement dû être promue[124].

120 Voir *supra* IV, pp. 9-12.
121 Voir *supra* VI.A, pp. 17 ss.
122 KGlG-Freivogel, art. 3 N 52.
123 KGlG-Freivogel, art. 3 N 53-54.
124 KGlG-Freivogel, art. 3 N 57.

2. Canevas d'entretien

Formation ou perfectionnement professionnel

Questions	*Exemples de preuves*
Les formations et les possibilités de perfectionnement professionnel sont-elles proposées dans la même mesure : – aux hommes et aux femmes ; – aux personnes employées à temps plein et à temps partiel ; – au personnel de tous les secteurs de l'entreprise ?	Témoins (collègues, membres de la hiérarchie, responsables RH) Directives, règlements ou autres mesures internes à l'entreprise
Votre entreprise prend-elle en charge les frais de formation ? Est-ce le cas pour tout le personnel ?	
Les formations ont-elles lieu pendant ou en dehors des heures de travail ?	
Votre entreprise accorde-t-elle des jours de congé pour effectuer des formations ?	Témoins (collègues, membres de la hiérarchie, responsables RH) Directives, règlements ou autres mesures internes à l'entreprise
Avez-vous demandé à suivre une formation ?	Témoins (collègues, membres de la hiérarchie, responsables RH) Echange de correspondances, courriels, SMS
Quels motifs de refus vous ont été communiqués ?	

(suite)

La formation demandée était-elle payante ?	Témoins (collègues, membres de la hiérarchie, responsables RH) Echange de correspondances, courriels, SMS Informations/documents relatifs à la formation sollicitée
Est-ce qu'une autre personne employée a pu bénéficier de la même formation récemment ?	
Cette personne a-t-elle été promue après avoir suivi cette formation ?	
A-t-elle bénéficié d'une augmentation de salaire suite à cette formation ?	

Promotion

Questions	*Exemples de preuves*
Une promotion vous a-t-elle été promise[125] ?	Témoins (collègues, membres de la hiérarchie, responsables RH) Echange de correspondances, courriels, SMS
Quelle différence de qualification y a-t-il entre vous et la personne promue à votre place[126] ?	Témoins (collègues, membres de la hiérarchie, responsables RH) Echange de correspondances, courriels, SMS Certificat de travail Diplômes Interrogatoire/déposition des parties

125 Voir l'ATF 130 III 145, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence/ TF VD 22.12.2003.
126 Voir l'ATF 127 III 207, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence/ TF VD 19.01.2001.

(suite)

Quels motifs vous ont été communiqués suite au refus de promotion ?	Témoins (collègues, membres de la hiérarchie, responsables RH) Echange de correspondances, courriels, SMS
Quelle est la proportion d'hommes et de femmes aux postes de cadre dans l'entreprise ?	
Quel est l'âge moyen des personnes occupant des postes de cadre ?	
Quel âge ont les personnes promues au sein de l'entreprise ?	Témoins (collègues, membres de la hiérarchie, responsables RH) Interrogatoire / déposition des parties
Une femme enceinte ou en âge de le devenir a-t-elle déjà été promue ?	
Une personne travaillant à temps partiel a-t-elle déjà été promue ?	
Le partage des postes de cadres (*top-sharing*) sont-ils possibles au sein de l'entreprise ?	
Quelles sont les qualifications requises pour bénéficier d'une promotion ? S'agit-il de qualifications traditionnellement propres aux hommes (par ex. un grade militaire)[127] ?	Témoins (collègues, membres de la hiérarchie, responsables RH) Interrogatoire/déposition des parties Directives, règlements ou mesures internes de l'entreprise Expertise Données sur l'entreprise

127 KGlG-Freivogel, art. 3 N 56 ; CLEg-Lempen, art. 3 N 33.

(suite)

Les critères de promotion sont-ils pertinents eu égard au travail à effectuer ?	Témoins (collègues, membres de la hiérarchie, membres RH) Interrogatoire/déposition des parties Expertise

3. Démarches extrajudiciaires

- Demander la motivation du refus de formation et/ou de promotion, forme écrite conseillée.
- Dénoncer les pratiques à l'inspection cantonale du travail[128] (art. 54 LTr).
- Consulter une organisation (par ex. syndicat) susceptible d'intenter action parallèlement ou à la place de la personne salariée concernée (art. 7 LEg, 89 CPC).
- Consulter le Bureau cantonal de l'égalité[129] ou un autre service de consultation.
- Demander des conseils auprès des autorités paritaires de conciliation (art. 201 al. 2 CPC)[130].

128 Liste des adresses sur iva-ch.ch/ inspection du travail.
129 Liste des adresses sur www.equality.ch membres.
130 Les adresses des autorités de conciliation sont publiées sur le site www.sks-coc.ch membres. Voir *supra* V.A, pp. 13-14.

4. Actions judiciaires

Action en prévention (art. 5 al. 1 let. a LEg, art. 261 et 266 CPC)

1. Interdire à [*E*] toute violation de la LEg à l'encontre de [*T*], plus spécifiquement concernant [*préciser la formation ou promotion au centre de la discrimination*], sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP ;

2. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

Action en cessation (art. 5 al. 1 let. b LEg, art. 261 et 266 CPC)

1. Interdire à [*E*] toute violation de la LEg à l'encontre de [*T*], plus spécifiquement concernant [*préciser la formation ou promotion au centre de la discrimination*], sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP ;

2. Ordonner à [*E*], sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP, de cesser toute discrimination à l'encontre de [*T*], plus spécifiquement concernant [*préciser la formation ou promotion au centre de la discrimination*] ;

3. Ordonner à [*E*], sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP, d'accorder l'accès à la formation [*préciser la formation*] à [*T*] aux mêmes conditions que les autres membres du personnel ayant bénéficié de ladite formation ;

   [*alternativement*]

3. Ordonner à [*E*], sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP, de promouvoir [*T*] au poste de [*préciser le poste ou nouveau cahier des charges*] ;

4. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

Action en constatation (art. 5 al. 1 let. c LEg)[131] **(art. 7 LEg, organisations)**

1. Constater l'existence d'une violation par [*E*] de la LEg à l'encontre de [*T*], plus spécifiquement concernant [*préciser la formation ou promotion au centre de la discrimination*] ;
2. Interdire à [*E*] toute violation de la LEg à l'encontre de [*T*], sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP ;
3. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

Action en paiement du salaire dû (art. 5 al. 1 let. d LEg)[132]

Préalablement

1. Ordonner une expertise [*analytique/de régression*] de la politique salariale de [*E*] ;
2. Ordonner à [*E*] de produire tous les documents utiles à la détermination des salaires des membres du personnel tels que [*contrats, cahier des charges, etc.*] ;

Principalement

3. Condamner [*E*] à verser en mains de [*T*] un montant brut de CHF [*montant équivalent au salaire dû mais non perçu dès le début de la discrimination salariale consécutive à la discrimination dans la formation ou promotion et jusqu'au début de la procédure*], sous déduction des charges légales et conventionnelles, avec intérêts à 5% l'an dès le [*début de la discrimination*] ;
4. Condamner [*E*] à adapter le salaire dû à [*T*] et dire que le salaire s'élève à un montant brut de CHF [*montant du salaire sans discrimination*] dès le [*début de la procédure*] ;
5. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

131 Action subsidiaire aux actions en prévention ou cessation.
132 Voir *supra* VI.B.4, pp. 35-36.

Action en paiement de dommages-intérêts et/ou d'une indemnité pour tort moral (art. 41 ss CO et art. 5 al. 5 LEg)

L'art. 5 al. 5 LEg réserve la possibilité de demander le versement de dommages-intérêts et la réparation du tort moral lorsque la gravité de l'atteinte le justifie.

1. Condamner [*E*] à verser à [*T*] un montant de CHF [*montant*] plus intérêts à 5% l'an dès le [*survenance du dommage*] ;
2. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

D. Licenciement

1. Généralités

La loi sur l'égalité interdit le **licenciement discriminatoire** signifié « à raison du sexe » ou de la « grossesse » (art. 3 LEg). Le mécanisme d'allègement du fardeau de la preuve exposé plus haut trouve application (art. 6 LEg)[133].

Exemples (licenciement discriminatoire)

⇨ Lors d'une restructuration, une entreprise décide de se séparer en priorité des femmes mariées (discrimination directe).

⇨ Lors d'une restructuration, une entreprise décide de se séparer en priorité du personnel engagé à temps partiel (groupe dans lequel la proportion de femmes est nettement plus élevée que le pourcentage de femmes parmi le personnel engagé à plein temps), sans motifs objectifs (discrimination indirecte)[134].

133 Voir *supra* IV, pp. 9-11.

134 Plus de développements : KGIG-Freivogel, art. 3 N 62-69 et références citées ; CLEg-Lempen, art. 3 N 36-37 et références citées.

En outre, la loi sur l'égalité interdit le **licenciement à titre de représailles**, à savoir le licenciement signifié sans « motif justifié » à une personne qui a fait valoir de bonne foi son droit à ne pas être discriminée sur la base de son sexe (art. 10 LEg).

Exemple (licenciement à titre de représailles)

⇨ Une médecin-cheffe de clinique se plaint d'être discriminée en tant que femme par son supérieur hiérarchique. Peu après cette réclamation, l'hôpital met fin aux rapports de travail. L'employeur ne parvient pas à prouver que le licenciement reposait sur un « motif justifié » au sens de l'art. 10 LEg[135].

L'art. 10 LEg s'applique uniquement aux rapports de travail soumis au CO. De façon inédite en droit privé, il permet d'obtenir l'**annulation** du licenciement.

L'application de l'art. 10 LEg est subordonnée à la réalisation de **cinq conditions**.

a. Licenciement

La partie employeuse doit avoir **résilié le contrat de travail**. L'art. 10 LEg ne s'applique pas en cas de contrat de durée déterminée, ou lorsque la partie employée refuse le transfert des rapports de travail (art. 333 CO)[136].

b. Réclamation portée à la connaissance d'un organe compétent

Le licenciement doit faire suite à une **réclamation** relative à une discrimination interdite par la LEg, comme par ex. la dénonciation d'un harcèlement sexuel ou d'une discrimination salariale. La plainte doit être formulée de **bonne foi**, sans nécessairement être fondée[137]. La bonne foi est présumée. Il

135 Illustration : www.gleichstellungsgesetz.ch/ Berne Fall 111 ; affaire commentée par Lempen, Evolution pp. 88-89.
136 Wyler/Heinzer, p. 842 ; KGIG-Riemer-Kafka/Ueberschlag, art. 10 N 7.
137 CLEg-Aubert, art. 10 N 5.

appartient à la partie employeuse de prouver l'abus de droit manifeste[138]. En revanche, il incombe à la partie salariée de prouver que ses doléances ont été portées – par elle-même ou par des tiers – à la **connaissance de la hiérarchie ou d'un autre organe compétent au sein de l'entreprise**[139].

La notion d'organe « compétent » peut englober par ex. le service du personnel, l'infirmerie, le secrétariat de direction, etc. En principe, la plainte adressée à de simples collègues ne suffit pas[140].

c. Lien de causalité

La causalité est présumée dès lors que la résiliation suit la réclamation[141].

d. Absence de motif justifié

Le licenciement ne doit pas reposer sur un **motif justifié**; cette notion est plus large que celle de « juste motif » (337 CO)[142]. Il peut s'agir par ex. de retards fréquents de la partie salariée, de difficultés économiques ou d'une réorganisation. Il incombe à la partie employeuse de prouver que la résiliation repose sur un motif justifié. L'art. 10 LEg consacre donc un renversement du fardeau de la preuve[143].

e. Période de protection

Le **licenciement doit être notifié dans une des périodes de protection** définies par l'art. 10 al. 2 LEg.

La première période couvre les **démarches internes à l'entreprise**. Elle commence le jour où la réclamation est portée à la connaissance de la partie

138 Favre Moreillon, p. 191.
139 Dans ce sens : CLEg-Aubert, art. 10 N 8 ; Lempen, Evolution pp. 88-89 et références citées.
140 Wyler/Heinzer, p. 842 ; CLEg-Aubert, art. 10 N 8-10.
141 Favre Moreillon, p. 191.
142 TF, 4A_35/2017, c. 4.6, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence/ TF FR 31.5.2017.
143 Wyler/Heinzer, p. 843.

employeuse et termine le jour où cette dernière prend position expressément ou par actes concluants[144].

Dès la clôture des démarches internes, commence une deuxième période de protection qui s'étend sur un « semestre » (art. 10 al. 2 *in fine* LEg).

Le dépôt d'une requête de **conciliation** ouvre une troisième période. La protection s'étend pendant toute la procédure de conciliation au sens des art. 202 ss CPC[145].

Si la procédure de conciliation aboutit sur une transaction, cette dernière déclenche une quatrième période qui se termine un semestre plus tard[146]. Lorsque la tentative de conciliation a échoué, la doctrine est divisée sur la question du point de départ du délai semestriel : date de l'autorisation de procéder[147] ou échéance du délai de 3 mois prévu par l'art. 209 al. 3 CPC[148].

En cas d'**action judiciaire**, la partie employée est protégée durant toute la procédure. Lorsque le dernier arrêt est rendu, une ultime période de protection commence à courir pendant un semestre. La doctrine est à nouveau divisée s'agissant du *dies a quo* de ce délai : issue du délai de recours[149] ou date de notification du dispositif de l'arrêt[150].

144 En cas de silence de la partie employeuse, voir Wyler/Heinzer, p. 844.
145 CLEg-Aubert, art. 10 N 21-22.
146 Wyler/Heinzer, p. 844.
147 Wyler/Heinzer, pp. 844-845 ; CLEg-Aubert, art. 10 N 24 ; Favre Moreillon, p. 195.
148 KGlG-Riemer-Kafka/Ueberschlag, art. 10 N 28.
149 Wyler/Heinzer, p. 845 ; KGlG-Riemer-Kafka/Ueberschlag, art. 10 N 30 ; Favre Moreillon, p. 196.
150 CLEg-Aubert, art. 10 N 31.

2. Canevas d'entretien

Questions	*Exemples de preuves*
Quand et comment votre licenciement a-t-il été notifié ? Quels étaient les motifs donnés par la partie employeuse ? Avez-vous demandé que les motifs soient communiqués par écrit ? Avez-vous fait opposition à votre licenciement et contesté les motifs indiqués ? Quand et comment ? Avez-vous reçu une réponse de la partie employeuse ? Quels sont les motifs réels du licenciement selon vous ? Quelle était votre situation personnelle avant le licenciement ? Y a-t-il eu un changement récent dans votre vie (par ex. grossesse, maternité, coming out / outing[151]) ? A votre avis, existe-il un lien entre ce changement et votre licenciement ?	Echange de correspondances (notamment : lettre de licenciement, lettre avec les motifs de licenciement, lettre d'opposition au licenciement) Contrat de travail (y compris avenants) Témoins Interrogatoire/déposition des parties Directives, règlements ou autres mesures internes à l'entreprise Convention collective de travail Données disponibles sur l'entreprise : – Pourcentage d'hommes/femmes/-mères travaillant au sein de l'entreprise (données ventilées par genre ou par situation familiale sur la ou les personnes licenciées et les personnes non licenciées) ; – Pourcentage d'hommes/femmes/-mères travaillant au même poste que la personne licenciée ; – Si licenciement collectif : pourcentage d'hommes/femmes/mères travaillant dans les postes supprimés Expertise Certificats de travail Rapports d'évaluation

151 Voir *infra* VIII.A.2, p. 92.

(suite)

Avant votre licenciement, avez-vous été victime d'une discrimination sur la base du genre (harcèlement sexuel, discrimination salariale, etc.) dans les relations de travail ?	Echange de correspondance, courriels, SMS Toute preuve écrite sur les démarches entamées pour faire valoir ses droits en lien avec une discrimination
Dans l'affirmative, avez-vous adressé à la hiérarchie ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise une plainte à ce sujet ? Avez-vous déposé une requête auprès d'une autorité de conciliation ou d'un tribunal ?	Témoins (collègues, médecins, proches ou toute personne ayant recueilli le témoignage de la personne salariée) Interrogatoire/déposition des parties
Quelles sont/ont été les conséquences du licenciement sur votre état de santé ?	Certificats et rapports médicaux Frais médicaux consécutifs au licenciement Expertise Témoins (collègues, médecins, proches ou toute personne ayant recueilli le témoignage de la personne salariée) Interrogatoire/déposition des parties

3. Démarches extrajudiciaires

- Mettre la partie employeuse en demeure d'accepter les services de la personne licenciée (art. 324 CO).
- Demander la motivation écrite du congé (335 al. 2 CO).
- S'il s'agit d'un licenciement discriminatoire (art. 3 LEg) : faire opposition durant le délai de congé (art. 9 LEg et 336b CO)[152].

152 Voir CLEg-Dunand, art. 9 N 15-34.

- S'il s'agit d'un licenciement à titre de représailles (art. 10 LEg) et que la partie salariée souhaite obtenir une indemnité en lieu et place de l'annulation du congé (art. 10 al. 4 LEg) : faire opposition durant le délai de congé (art. 9 LEg et 336b CO).

  △ Si la partie salariée souhaite obtenir l'annulation du congé (art. 10 al. 1 LEg), il est nécessaire de saisir l'autorité de conciliation ou le tribunal durant le délai de congé (art. 10 al. 3 LEg). Il ne suffit pas de faire opposition.

- Dénoncer le cas à l'inspection cantonale du travail[153] (art. 54 LTr).

- Consulter le Bureau cantonal de l'égalité[154], un syndicat ou un autre service de consultation.

- Demander des conseils auprès des autorités paritaires de conciliation (art. 201 al. 2 CPC)[155].

4. Actions judiciaires

En cas de **licenciement discriminatoire** au sens de l'art. 3 LEg dans le cadre de rapports soumis au CO, la partie salariée ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité monétaire[156]. De nature à la fois punitive et réparatrice, l'**indemnité** prévue par l'art. 5 al. 2 LEg peut s'élever au **maximum** à un montant correspondant à **six mois du salaire** de la personne licenciée (art. 5 al. 4 LEg). Les droits en **dommages-intérêts et réparation du tort moral** sont réservés (art. 5 al. 5 LEg)[157].

153 Liste des adresses sur iva-ch.ch/ inspection du travail.
154 Liste des adresses sur www.equality.ch membres.
155 Les adresses des autorités de conciliation sont publiées sur le site www.sks-coc.ch membres. Voir *supra* V.A, pp. 13-14.
156 Lorsque les rapports de travail sont régis par le droit public, l'annulation du licenciement peut être demandée via une action en cessation fondée sur l'art. 5 al. 1 let. b LEg.
157 Plus d'explications : CLEg-Aubert, art. 5 N 69 ss.

S'agissant de la procédure, l'art. 9 LEg renvoie à l'art. 336b CO. Ainsi, la partie salariée doit faire **opposition au congé par écrit** au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé (336b al. 1 CO), puis agir en justice **dans les 180 jours à compter de la fin du contrat** (art. 336b al. 2 CO).

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

Préalablement

1. Ordonner à [*E*] de produire [*lister avec précision tous les documents utiles à la détermination du congé discriminatoire*] ;
2. Auditionner les témoins [collègues, médecin traitant, proches, etc.] ;

Principalement

3. Condamner [*E*] à verser à [*T*] un montant de CHF [*montant, au maximum six mois de salaire brut, part au 13^{e} compris*] plus intérêts à 5% l'an dès le [*date de fin des rapports de travail*] ;
4. Ordonner à [*E*] la remise d'un certificat de travail à [*T*] portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite ;
5. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

Action en paiement de dommages-intérêts et/ou en réparation du tort moral (art. 41 ss CO et 5 al. 5 LEg)

L'art. 5 al. 5 LEg réserve la possibilité de demander, cumulativement aux indemnités monétaires, le versement de dommages-intérêts et la réparation du tort moral lorsque la gravité de l'atteinte le justifie.

1. Condamner [*E*] à verser à [*T*] un montant de CHF [*montant*] plus intérêts à 5% l'an dès le [*date de survenance du dommage*] ;
2. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

En cas de **licenciement à titre de représailles (art. 10 LEg)**, il est possible de demander soit l'annulation du licenciement et la réintégration dans l'entreprise (art. 10 al. 1 LEg), soit une indemnité au sens de l'art. 336a CO (art. 10 al. 4 LEg).

S'agissant de l'**annulation**, la **saisine de l'autorité de conciliation ou du tribunal** doit intervenir **dans le délai de congé** (art. 10 al. 3 LEg). Le non-respect de ce délai entraîne la perte définitive du droit de demander l'annulation. En cas de licenciement avec effet immédiat sans juste motif, la personne licenciée doit agir dans le délai de congé que la partie employeuse aurait dû respecter[158].

La procédure s'étendant en général sur plusieurs mois, il est possible de conclure, à titre de mesures provisionnelles (art. 261 ss CPC), au « **réengagement provisoire** » pour la durée de la procédure (art. 10 al. 3 LEg). Il incombe à la partie salariée de rendre vraisemblable que les conditions d'annulation sont réalisées[159]. Le tribunal ne saurait la prononcer d'office[160].

Pour ce qui est de l'**indemnité**, elle peut être demandée en tout temps, y compris en cours de procédure. Même devant le Tribunal fédéral, il est possible de **modifier ses conclusions** et de choisir une indemnité monétaire au sens de l'art. 336a CO en lieu et place de l'annulation du congé et de la réintégration[161].

158 Wyler/Heinzer, p. 846.
159 Favre Moreillon, p. 197.
160 Voir CLEg-Aubert, art. 10 N 40.
161 CLEg-Aubert, art. 10 N 45.

Action en annulation du congé (art. 10 LEg)

Par mesure superprovisionnelle, avant audition des parties

1. Ordonner le réengagement provisoire de [*T*] pour la durée de la procédure ;

Par mesure provisionnelle, après audition des parties

2. Ordonner le réengagement provisoire de [*T*] pour la durée de la procédure ;

Par mesure ordinaire

3. Annuler la résiliation des rapports de travail donnée par [*E*] à l'égard de [*T*] ;
4. Réintégrer [*T*] dans sa position de [*poste de travail de T*] ;
5. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

Action en paiement d'une indemnité en lieu et place de l'action en annulation du congé durant le procès (art. 10 al. 4 LEg et art. 336a CO)

Plafond fixé à six mois de salaire brut, 13ème compris (336a CO ou art. 5 al. 4 LEg).

1. Condamner [*E*] à verser à [*T*] un montant de CHF [*montant équivalent au maximum à six mois de salaire brut*] plus intérêts à 5% l'an dès le [*date du licenciement*] ;
2. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

Action en dommages-intérêts et en réparation du tort moral (art. 41 ss CO, 5 al. 5 LEg)

L'art. 5 al. 5 LEg réserve la possibilité de demander, cumulativement aux indemnités monétaires, le versement de dommages-intérêts et la réparation du tort moral lorsque la gravité de l'atteinte le justifie.

1. Condamner [E] à verser à [T] un montant de CHF [montant] plus intérêts à 5% l'an dès le [*date de survenance du dommage*].

2. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

E. Harcèlement sexuel

1. Généralités

Le harcèlement sexuel ou sexiste dans les relations de travail constitue une atteinte à la personnalité (art. 328 CO) et à la santé (art. 6 LTr) ainsi qu'une forme particulière de discrimination « à raison du sexe » (art. 3 LEg).

L'art. 4 LEg définit le harcèlement sexuel comme un :

⇨ comportement **discriminatoire**

La conduite porte atteinte au droit à l'égalité, **sans nécessairement être en rapport avec la sexualité**[162].

⇨ **importun**

La question n'est pas tant de savoir dans quel état d'esprit se trouvait la personne qui harcèle, mais bien plutôt d'établir la façon dont son comportement a été **ressenti** eu égard aux circonstances du cas d'espèce[163].

162 TF, 4A_544/2018, c. 3.1 et 7, résumé sur : www.leg.ch/jurisprudence/ TF VD 29.08.2019.

163 Plus d'explications : CLEg-Lempen, art. 4 N 9-11. Voir TF, 4A_178/2010 (courriels misogynes adressés à l'employée d'un Evêché). Voir toutefois : TF, 4A_18/2018 où le Tribunal nie le caractère harcelant de l'appellation Mistinguett sans s'interroger sur le ressenti de la travailleuse ainsi surnommée. Arrêt résumé sur www.leg.ch/jurisprudence/ TF VD 21.11.2018 et critiqué par Sattiva Spring, Analyse d'arrêt Mistinguett.

⇨ de caractère **sexuel ou fondé sur l'appartenance sexuelle**

Les propos **sexistes** entrent dans la notion de harcèlement sexuel[164]. Le fait de traiter les femmes en général de « salopes » est interdit par l'art. 4 LEg, quel que soit le contexte professionnel (bistrot de quartier[165] ou université), quand bien même la personne s'étant sentie harcelée n'était pas la cible des propos ou aurait elle-même recouru à vocabulaire grossier.

⇨ qui porte **atteinte à la dignité de la personne**

Quel que soit son genre.

⇨ sur son **lieu de travail**[166]

Ou **à l'occasion des relations de travail**, par ex. lorsqu'un supérieur hiérarchique harcèle sa subordonnée par téléphone ou sur les réseaux sociaux alors que celle-ci se trouve à son domicile en période d'incapacité de travail[167].

⇨ **notamment** le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle.

La liste est exemplative. La création d'un **environnement de travail hostile**, par ex. via l'affichage de photographies à connotation sexuelle ou la diffusion de courriels contenant des caricatures ou des plaisanteries sexistes, tombe aussi sous le coup de l'art. 4 LEg[168].

Le harcèlement sexuel peut revêtir diverses **formes**, dont certaines sont aussi interdites par le Code pénal (par ex. art. 189, 190, 193, 198 CP[169]).

164 ATF 126 III 395.
165 TF, 4C.187/2000.
166 Sur le « lieu de travail » à l'ère numérique en lien avec le harcèlement : Lempen, Le devoir de fidélité, pp. 17-22.
167 TF, 4A_544/2018, résumé sur : www.leg.ch/jurisprudence/ TF VD 29.08.2019 et commenté par Houdrouge/Major.
168 TF, 4C.289/2006.
169 TF, 6B_69/2019, c. 2.

Exemples[170]

- ⇨ remarques scabreuses et équivoques émises à propos de l'apparence physique de collègues ;
- ⇨ propos et plaisanteries sexistes sur les caractéristiques sexuelles, le comportement sexuel et l'orientation sexuelle d'individus ;
- ⇨ exhibition sur le lieu de travail de matériel pornographique, qu'il soit affiché au mur ou laissé en évidence ;
- ⇨ invitations importunes à caractère sexuel manifeste adressées à des collègues ;
- ⇨ contacts physiques non désirés ;
- ⇨ pratiques consistant à suivre des collègues à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise ;
- ⇨ avances assorties de promesses d'avantages ou de menaces de représailles ;
- ⇨ agressions sexuelles, contraintes sexuelles ou viols.

Comme déjà exposé[171], l'allègement du fardeau de la preuve prévu par l'art. 6 LEg ne s'applique pas en cas de harcèlement sexuel. Toutefois, la jurisprudence admet qu'un harcèlement puisse être établi au moyen d'un **faisceau d'indices convergents** (« vraisemblance prépondérante ») par ex. sur la base de témoignages indirects émanant de proches ou du corps médical[172].

La **partie employeuse a l'obligation de protéger son personnel** contre les actes de harcèlement sexuel commis par la hiérarchie, des collègues ou des personnes tierces (art. 4 LEg, 328 CO, 6 LTr, 2 OLT 3).

170 Voir SECO, annexe du commentaire de l'art. 2 OLT3, p. 302-F.
171 Voir *supra* IV.C, p. 12.
172 TF, 4A_544/2018, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence/ TF VD 29.08.2019 ; TF 4A_214/2006, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence/ TF GE 19.12.2006.

Son **devoir de diligence** comporte deux aspects[173]. Aux termes de l'art. 5 al. 3 LEg, la partie employeuse doit :

- **« prévenir »** les actes, de façon générale

  Exemples

  ⇨ déclarer le principe de non-tolérance du harcèlement[174] ;

  ⇨ informer le personnel sur ce qu'est le harcèlement sexuel, les procédures à disposition des victimes et des témoins et les sanctions prévues[175] ;

  ⇨ désigner une « personne de confiance » à laquelle les personnes concernées peuvent s'adresser pour des conseils ou du soutien[176].

- **« mettre fin »** à un cas concret dont elle avait ou aurait dû avoir connaissance[177]

  Exemples

  ⇨ mener une enquête interne afin de vérifier le bien-fondé des allégations ;

  ⇨ cas échéant, réparer et sanctionner.

Le harcèlement sexuel constitue une violation grave du devoir de fidélité (art. 321 CO) et peut justifier un licenciement avec effet immédiat, parfois sans avertissement préalable[178].

173 Plus d'explications : CLEg-Lempen, art. 4 N 22-34.

174 Pour une liste des mesures préconisées, voir SECO, annexe du commentaire de l'art. 2 OLT3, p. 302-G-H. Voir aussi le guide rédigé par Ducret.

175 SECO, annexe du commentaire de l'art. 2 OLT3, p. 302-H.

176 TF, 2C_462/2011, commenté par Dunand/Tornare pp. 29 s..

177 TF, 4C.289/2006.

178 Voir TF, 4A_105/2018, résumé sur : www.leg.ch/jurisprudence/ TF FR 10.10.2018 (avertissement préalable non nécessaire). Voir toutefois TF, 4A_124/2017, résumé sur : www.leg.ch/jurisprudence/ TF VD 31.1.2018 (le licenciement aurait dû être précédé d'un avertissement). Pour une analyse critique de cet arrêt, voir Sattiva Spring, Propos grossiers.

2. Canevas d'entretien

Lien avec le travail/l'entreprise

Questions	*Exemples de preuves*
Quand avez-vous commencé à travailler dans l'entreprise ? Quelle est votre fonction ? Pouvez-vous décrire la composition de votre équipe (hiérarchie directe, collègues, cas échéant, personnes subordonnées)?	Interrogatoire des parties Contrat de travail Témoins (collègues, responsables RH, membres de la hiérarchie) Organigramme

Politique de l'entreprise

Questions	*Exemples de preuves*
Quelle est l'atmosphère générale dans l'entreprise à l'égard des femmes et des hommes ?	Interrogatoire des parties Témoins (collègues, responsables RH)
Existe-t-il un dispositif contre le harcèlement ? Existe-t-il une procédure de plainte avec des rôles clairement définis ? Une personne de confiance a-t-elle été désignée ? A l'interne de l'entreprise ou à l'externe ? Dans le cas où la personne de confiance est interne à l'entreprise, quelle fonction occupe-t-elle ?	Directives, règlements ou autres mesures internes à l'entreprise

(suite)

Le personnel a-t-il été informé de la politique de l'entreprise en matière de harcèlement et/ou du mécanisme de plainte et de ses conséquences ? La hiérarchie a-t-elle suivi une formation sur le harcèlement sexuel ?	Interrogatoire des parties Témoins (collègues, responsables RH, membres de la hiérarchie) Échange de correspondances, courriels, SMS
L'entreprise a-t-elle fait une déclaration de principe selon laquelle elle ne tolère pas le harcèlement sexuel ? La déclaration a-t-elle été portée à la connaissance de l'ensemble du personnel ? De façon régulière ou seulement au moment de l'engagement ?	Interrogatoire des parties Témoins (collègues, responsables RH, membres de la hiérarchie) Directives, règlements ou mesures internes de l'entreprise (par ex. un code de conduite)
Le personnel a-t-il été impliqué dans l'élaboration de ces normes internes à l'entreprise ?	Interrogatoire des parties Témoins (collègues, responsables RH, membres de la hiérarchie) Directives, règlements ou mesures internes de l'entreprise

Comportement à caractère sexuel/sexiste

Questions	*Exemples de preuves*
Avez-vous subi un ou plusieurs des comportements suivants : – remarques désobligeantes ; – plaisanteries sexistes ; – propositions inappropriées ; – atteinte à l'intégrité physique ; – menaces, contraintes ; – promesses d'avantage ?	Interrogatoire des parties Témoins (collègues, proches, toute personne ayant recueilli le témoignage de la personne salariée) Échange de correspondances, courriels, SMS Journal des faits

(suite)

Avez-vous été témoin des faits suivants sur votre lieu de travail : – photos/affiches sexistes ou dont le contenu met mal à l'aise ou crée un climat hostile ; – échanges de courriels/SMS/MMS provoquant chez vous un sentiment de gêne ; – plaisanteries, commentaires ou conversations scabreuses provoquant chez vous un sentiment de gêne (même s'ils ne portaient pas sur vous en particulier)?	Interrogatoire des parties Témoins (collègues, proches, toute personne ayant recueilli le témoignage de la personne salariée) Échange de correspondances, courriels, SMS Photographies prises dans l'entreprise[179] Journal des faits
Est-ce que d'autres collègues ont signalé des comportements sexistes (passé/présent)? Si vous travaillez dans un environnement avec une clientèle, est-ce que ces comportements sexistes ont également touché cette dernière ?	Interrogatoire des parties Témoins (collègues)
Qui sont les personnes auteures des comportements à caractère sexuel ou sexiste ? Les membres de la hiérarchie ? Des collègues ? Le personnel d'entreprises mandatées ? La clientèle de l'entreprise ?	Interrogatoire des parties Témoins (collègues, proches, toute personne ayant recueilli le témoignage de T) Échange de correspondances, courriels, SMS Journal des faits
Ces comportements sexistes émanent-ils d'une seule personne ou d'un groupe ?	Interrogatoire des parties Témoins (collègues)

179 TF, 6B_ 1356/2016, c. 3.

(suite)

La ou les personnes occupent-elles un poste à responsabilité ?	Interrogatoire des parties Témoins (collègues, responsables RH, membres de la hiérarchie)

Le lieu du comportement sexiste

Questions	*Exemples de preuves*
Les faits sont-ils survenus sur votre lieu de travail et/ou au cours de votre travail/pendant des déplacements professionnels ?	Interrogatoire des parties Témoins (collègues, proches, toute personne ayant recueilli le témoignage de la personne salariée)
Les faits ont-ils eu lieu ailleurs qu'au travail : – dans un bar, par ex. lors de la soirée de boîte ; – devant les locaux ; – sur les réseaux sociaux ?	Interrogatoire des parties Témoins (collègues, proches, toute personne ayant recueilli le témoignage de la personne salariée)

La prise en compte du ressenti et de l'atteinte à la dignité de la personne

Questions	*Exemples de preuves*
Les faits ont-ils eu un impact sur votre santé mentale ou physique ?	Certificats ou rapports médicaux Interrogatoire des parties Témoins (médecins, psychiatres, psychologues, proches, toute personne ayant recueilli le témoignage de la personne salariée)

(suite)

Ces atteintes à votre santé ont-elles entraîné une ou plusieurs absences au travail ?	Certificats ou rapports médicaux Interrogatoire des parties Témoins (médecins, psychiatres, psychologues, proches, toute personne ayant recueilli le témoignage de la personne salariée)

Prise en charge par la hiérarchie ou par les collègues

Questions	*Exemples de preuves*
Avez-vous informé votre hiérarchie des comportements précités ? En avait-elle connaissance par un autre biais ? La pratique était-elle si répandue que la direction devait en avoir connaissance ? Quelles ont été les démarches entreprises par votre hiérarchie suite à sa prise de connaissance des faits précités ? Votre hiérarchie a-t-elle entendu de manière formelle la personne mise en cause ? Un procès-verbal de cet entretien a-t-il été établi ? Une décision a-t-elle été prise à l'encontre de la personne mise en cause (blâme, avertissement, suspension, etc.)?	Interrogatoire des parties Témoins (collègues, responsables RH, membres de la hiérarchie) Procès-verbal des entretiens Décision à l'encontre de la personne mise en cause (blâme, avertissement, suspension, etc.) Échange de correspondances, courriels, SMS

(suite)

Avez-vous fait l'objet d'un traitement différent suite à la dénonciation ? Par vos collègues ? Par les membres de la hiérarchie ? De quels actes s'agissait-il : – des critiques infondées sur l'activité effectuée ou sur le comportement général ; – un refus de promotion ; – une augmentation ou diminution de la charge de travail ; – une modification du cahier des charges ou de poste ; – toute autre pression ?	Interrogatoire des parties Témoins (collègues, responsables RH, membres de la hiérarchie) Échange de correspondances, courriels, SMS Certificat de travail Rapports d'évaluation du travail
Quelles ont été les démarches effectuées par votre hiérarchie au niveau de l'entreprise ? L'existence du dispositif de prévention et de gestion du harcèlement a-t-elle été signalée ou rappelée à l'ensemble du personnel ? Des mesures pour se doter d'un dispositif *ad hoc* ont-elles été prises ?	Interrogatoire des parties Témoins (collègues, membres RH, membres de la hiérarchie) Rapports d'entretien ou d'enquête

Résiliation des rapports de travail

Questions	*Exemples de preuves*
Les rapports de travail ont-ils été résiliés ? Dans l'affirmative, voir aussi *supra* VI.D (relatif au licenciement).	Interrogatoire des parties Témoins (collègues, responsables RH, membres de la hiérarchie) Échange de correspondances, courriels, SMS

3. Démarches extrajudiciaires

- Consulter les ressources mises en ligne par le Bureau fédéral de l'égalité[180] et le SECO[181].
- Consulter le Bureau cantonal de l'égalité[182], un syndicat ou un autre service de consultation.
- Demander des conseils auprès des autorités paritaires de conciliation (art. 201 al. 2 CPC)[183].
- Dénoncer les pratiques à l'inspection cantonale du travail[184] (art. 54 LTr).
- Mettre la partie employeuse en demeure (art. 324 CO).

  △ Pareille démarche risque d'entraîner un licenciement pour abandon de poste (art. 337d CO), notamment si la personne salariée n'offre pas clairement ses services.

180 Voir www.harcelementsexuel.ch.
181 Voir https://www.seco.admin.ch/ harcèlement sexuel.
182 Liste des adresses sur www.equality.ch membres.
183 Les adresses des autorités de conciliation sont publiées sur le site www.sks-coc.ch membres. Voir *supra* V.A, pp. 13-14.
184 Liste des adresses sur iva-ch.ch/ inspection du travail.

Proposition de courrier (mise en demeure)

Depuis le [date], je suis victime de harcèlement sexuel de la part de X. Ces faits se sont produits à [date] et [lieu].
Les faits précités ont eu un impact sur ma santé psychique /physique et je ne suis aujourd'hui plus en mesure de venir travailler [sur le lieu précis du harcèlement ou, selon la structure, sur le lieu de travail ; joindre certificat médical].
La plainte adressée le [date] au service RH étant restée sans suites, je dois me résoudre à vous mettre en demeure de prendre les mesures adéquates afin de garantir la protection de ma personnalité [mettre exemples de mesures, réorganisation des horaires, déplacement de la personne accusée, etc.].
Tant que des mesures de protection n'auront pas été prises, il ne me sera pas possible, pour des raisons de santé, de revenir travailler dans les mêmes conditions qu'actuellement.
Je reste à votre entière disposition pour continuer à effectuer les tâches qui m'incombent depuis mon domicile (ou autre bureau) dans la mesure du possible.

– Résiliation immédiate pour justes motifs (art. 337, 337b, 49 CO).

Proposition de courrier

Je fais suite à [réunion / plainte interne / mise en demeure].
A ce jour, je constate qu'aucune mesure adéquate n'a été prise afin de remédier aux actes de harcèlement graves et / ou répétés dont je suis victime.
Par conséquent, je dois me résoudre à résilier mon contrat de travail avec effet immédiat, pour justes motifs, au sens de l'art. 337 CO.
Compte tenu de ce qui précède, je sollicite le versement des montants suivants (sous réserve d'amplification ultérieure) :
- (CHF) à titre de salaire dû pendant le délai ordinaire de congé ;
- (CHF) à titre de réparation du dommage subi ;
- (CHF) à titre de tort moral.

4. Actions judiciaires

En cas de harcèlement sexuel, les **actions en prévention, cessation ou en constatation** de l'atteinte (art. 5 al. 1 let. a à c LEg) peuvent être intentées.

En outre, la partie employeuse peut devoir **répondre du préjudice matériel ou moral** causé :

1. par autrui : responsabilité en raison du harcèlement commis par un auxiliaire (art. 101 CO)[185] ;
2. par son propre fait : violation de son obligation de diligence (art. 97, 328 CO, 4 LEg), en personne ou par le biais de ses organes (art. 55 al. 2 CC)[186].

Le délai pour agir en justice est de **dix ans** (art. 127 CO) à partir du dernier acte portant atteinte à la personnalité (art. 328 CO)[187].

Selon l'art. 5 al. 3 LEg, le tribunal peut condamner la partie employeuse au versement d'une **indemnité maximale de six mois de salaire *moyen* suisse** (à ne pas confondre avec le salaire *médian* suisse, moins élevé), « à moins que l'employeur ne prouve qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut équitablement exiger de lui pour prévenir ces actes ou y mettre fin ». Lorsque le harcèlement émane de la personne employeuse ou de ses organes (art. 55 CC), cette preuve libératoire ne peut jamais être apportée[188].

L'**indemnité pour harcèlement sexuel prévue par l'art. 5 al. 3 LEg** revêt une nature à la fois punitive et réparatrice. A titre exceptionnel, lorsque cette indemnité ne suffit pas à réparer le préjudice, elle peut être **cumulée avec une indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 49 CO** (art. 5 al. 5 LEg)[189].

185 TF, 4C.343/2003, c. 4.
186 Voir Lempen, Responsabilité, pp. 245-256 ; Wyler/Heinzer, pp. 397-404.
187 Jaton/Sattiva Spring, p. 34.
188 TF, 4A_330/2007, c. 4.3, résumé sur www.gleichstellungsgesetz.ch/ SG Fall 17.
189 Voir TF, 4A_330/2007, c. 4.3, résumé sur www.gleichstellungsgesetz.ch/ SG Fall 17, et aussi CAPH/98/2016, résumé sur : www.leg.ch/jurisprudence/ GE 24.5.2016 ; CLEg-Aubert, art. 5 N 75.

Action en prévention/cessation du harcèlement (art. 5 al. 1 let. a-b LEg, 28a CC)

Variante 1 :

1. Interdire à [*E*] de [*par ex. afficher images sexistes/pornographiques*] ;
2. Ordonner [*par ex. le retrait immédiat des images affichées à…*] ;
3. Prononcer ces mesures/cette interdiction sous la menace des peines de l'art. 292 CP ;
4. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

Variante 2 :

1. Ordonner à [*E*] de prononcer à l'encontre de [*X*] [*prendre des mesures contre la personne dont émane le harcèlement, par ex. infliger un blâme/une sanction, modifier son lieu ou ses horaires de travail*] ;
2. Prononcer ces mesures/cette interdiction sous la menace des peines de l'art. 292 CP ;
3. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

Variante 3 :

1. Ordonner à [*E*] d'adopter un règlement / code de conduite [*éventuellement avec proposition de contenu de dispositions*] ;
2. Prononcer ces mesures/cette interdiction sous la menace des peines de l'art. 292 CP ;
3. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

Variante 4 :

1. Ordonner à [*E*] d'adopter ou de désigner un organe pour recevoir les plaintes du personnel en matière de harcèlement sexuel ;
2. Prononcer cette mesure sous la menace des peines de l'art. 292 CP ;
3. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

Action en constatation du harcèlement sexuel (art. 5 al. 1 let. c LEg, 28a CC)

1. Dire et constater que [*T*] a été victime de harcèlement sexuel au sein de [*E*], du fait de sa ou son collègue [*X*], durant la période de [*dates*] ;
2. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

Action en vue du versement d'une indemnité pour harcèlement sexuel (art. 5 al. 3 LEg)

1. [*choisir une des variantes de l'action en prévention / cessation du harcèlement ou action en constatation du harcèlement sexuel*] ;
2. Prononcer cette mesure/cette interdiction sous la menace des peines de l'art. 292 CP ;
3. Condamner [*E*] à verser en mains de [*T*] la somme nette de CHF [*montant (n.b. : calculé sur la base du salaire moyen suisse)*] avec intérêts à 5% l'an à partir de [*date médiane / survenance du fait dommageable*] ;
4. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

Action en paiement de dommages-intérêts et/ou d'une indemnité pour tort moral (art. 41 ss CO, 5 al. 5 LEg)

1. Condamner *[E]* à verser à *[T]* un montant de CHF *[montant]* plus intérêts à 5% l'an dès le [*survenance du dommage*] ;
2. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

VII. Interdiction de discriminer en raison de la maternité

A. Généralités

Les art. 11 para. 2 CEDEF[190] et 3 al. 1 LEg interdisent les discriminations directes ou indirectes fondées sur la grossesse ou la maternité (notamment via les critères de « l'état civil » ou de « la situation familiale » auxquels se réfère cette seconde disposition).

L'interdiction couvre toute la relation d'emploi, de l'embauche à la résiliation des rapports de travail (art. 3 al. 2 LEg), de sorte qu'il convient de se référer aux explications données au chapitre précédent.

Le présent chapitre complète ces explications en abordant, pour chaque étape de la relation de travail, des questions qui se posent plus particulièrement en lien avec les discriminations fondées sur la maternité.

1. Embauche[191]

A l'embauche, la discrimination peut être **directe**. En particulier, le fait de ne pas engager une femme au motif qu'elle est sur le point d'accoucher est contraire à l'art. 3 al. 1 et 2 LEg[192]. De même, un ou une responsable du re-

190 Voir CCEDEF-Lempen, art. 11 N 84-100 ; Perrenoud, pp. 511-513. Sur l'applicabilité directe de l'art. 11 para. 2 CEDEF, voir l'ATF 137 I 305, c. 3.2. Voir aussi Convention OIT n° 183 sur la protection de la maternité du 15 juin 2000, RS 0.822.728.3.

191 Voir *supra* VI.A, pp. 17 ss.

192 ATF 146 V 210, c. 5.2.

crutement qui écarte d'emblée les candidatures de femmes avec des enfants en bas-âge sur la base du stéréotype selon lequel celles-ci ne sont pas en mesure d'effectuer des heures supplémentaires ou des horaires irréguliers, commet une discrimination directe[193].

La discrimination peut aussi être **indirecte** et résulter notamment du choix de critères de sélection susceptibles de désavantager une proportion nettement plus élevée de femmes que d'hommes : par ex. un âge limite (sachant que les femmes ont généralement besoin, en raison de la répartition inégalitaire des tâches domestiques, de plus de temps que les hommes pour accomplir le même parcours)[194].

Lors de l'**entretien d'embauche**, les **questions** relatives à une grossesse, à un projet d'enfants, à la situation familiale, etc. sont, en principe, interdites (art. 328 CO et 328b CO)[195]. Si de telles questions sont posées, la personne candidate a le droit de ne pas y répondre ou de mentir sans que ce mensonge puisse ensuite justifier une invalidation du contrat ou un licenciement (état de légitime défense au sens de l'art. 52 al. 1 CO)[196].

Des questions relatives à la grossesse sont exceptionnellement licites dans les cas où il apparaît d'emblée que le travail ne pourra pas être effectué par une femme enceinte, notamment lorsque l'engagement est limité à une période déterminée, afin de faire face à une situation particulière (par ex. nécessité de remplacer un membre du personnel au bénéfice d'un congé), et que l'interdiction d'occuper la travailleuse couvrirait toute la durée des rapports de travail[197]. En pareille hypothèse, la candidate interrogée au sujet

193 CLEg-Lempen, art. 3 N 21 ; Dunand, p. 46 ; Perrenoud, Discriminations, p. 79. Illustrations : www.gleichstellungsgesetz.ch/ SO Fall 6 ; www.gleichstellungsgesetz.ch/ ZH Fall 281.
194 CLEg-Lempen, art. 3 N 20.
195 TF, 2C_103/2008, c. 6.2 ; CLEg-Lempen, art. 3 N 22 ; Dunand, p. 44 ; Ueberschlag, Die Anstellungsdiskriminierung, N 484-507.
196 CLEg-Lempen, art. 3 N 22 ; Dunand, p. 44 ; Perrenoud, pp. 699 ss ; Ueberschlag, Die Anstellungsdiskriminierung, N 484-507 ; Wyler/Heinzer, pp. 412-414.
197 FF 1993 I 1163, 1211 s. ; Wyler/Heinzer, p. 413 ; CLEg-Lempen, art. 3 N 23 ; Perrenoud, Discriminations, p. 75 ; Dunand, pp. 41 ss.

d'une grossesse doit répondre conformément à la vérité. Elle a par ailleurs l'obligation d'en informer spontanément la partie employeuse[198].

Au demeurant, le Tribunal fédéral considère qu'il n'existe **aucune obligation d'annoncer une grossesse**, ni lors des pourparlers précontractuels, ni durant le temps d'essai, ni après[199].

2. Rémunération[200]

La **prise en considération des absences liées au congé maternité** lors du calcul du nombre de mois non travaillés à partir duquel une évaluation des prestations – et donc une augmentation salariale – n'a pas lieu, est susceptible de discriminer indirectement les femmes[201].

De même, la pratique consistant à placer dans une classe salariale inférieure une travailleuse qui a demandé à baisser son taux d'activité suite à une grossesse, sans changement de poste, pourrait s'avérer indirectement discriminatoire sur le plan de la rémunération[202].

3. Promotion et formation[203]

Le fait de refuser à une travailleuse l'accès à une position plus élevée ou à une formation continue au motif que celle-ci attend un enfant constitue une

198 CLEg-Lempen, art. 3 N 24 ; Perrenoud, pp. 707-714 ; Ueberschlag, Die Anstellungsdiskriminierung, N 508 ss.
199 Voir TF, 4A_594/2018, c. 5 et l'ATF 135 III 349, où l'abus de droit est réservé mais admis de façon restrictive (en l'espèce, l'annonce de la grossesse un mois après la fin des rapports de travail n'était pas abusive).
200 Voir *supra* VI.B, pp. 27 ss.
201 Voir TF, 8C_605/2016, commenté par Sattiva Spring, Analyse d'arrêt sur la discrimination indirecte ; Giauque, p. 159 ; Perrenoud, Discriminations, p. 87.
202 Illustration : www.gleichstellungsgesetz.ch/ BL Fall 41.
203 Voir *supra* VI.C, pp. 37 ss.

discrimination **directe** dans la promotion[204] ou le perfectionnement professionnel[205].

Lorsqu'une travailleuse se trouve empêchée de participer à un cours de formation en raison d'absences liées à sa grossesse, la partie employeuse devrait lui offrir la possibilité de le suivre à son retour[206].

Le fait de ne pas promouvoir le personnel travaillant à temps partiel peut s'avérer **indirectement** discriminatoire à l'égard des mères, particulièrement nombreuses à réduire leur taux d'activité pour des raisons familiales.

4. Attribution des tâches, aménagement des conditions de travail, harcèlement

S'agissant de l'aménagement des conditions de travail, la discrimination peut résider dans la **prolongation** de la durée légale ou conventionnelle du **temps d'essai** (art. 335b al. 3 CO) en raison d'absences liées à une grossesse[207].

Un **code de conduite** (art. 321d CO) imposant un uniforme impossible à porter pour les femmes enceintes ou interdisant à celles-ci de se montrer devant la clientèle revêt un caractère discriminatoire[208].

Le **harcèlement sexuel ou sexiste** en raison de la grossesse est prohibé par l'art. 4 LEg (par ex. attouchements non désirés sur le ventre, remarques sur la taille de la poitrine ou la prise de poids, propos du type « elle va encore nous pondre un œuf »)[209].

204 CLEg-Lempen, art. 3 N 32. Illustration : www.leg.ch/jurisprudence/ VD 06.08.2003.
205 CLEg-Lempen, art. 3 N 29 ; Giauque, pp. 160-161.
206 Giauque, pp. 160-161.
207 Eu égard au caractère exhaustif de la liste figurant à l'art. 335b al. 3 CO. Voir Streiff/Von Kaenel/Rudolph, art. 335b N 13 ; CLEg-Lempen, art. 3 N 27 ; Perrenoud, Discriminations, p. 85 ; TAF, A-4284/2007, c. 5.3.
208 Perrenoud, Discriminations, p. 85 ; Giauque, p. 158.
209 Voir *supra* VI.E, pp. 55 ss. La partie employeuse qui exerce une pression sur une travailleuse afin de l'amener à décider d'interrompre sa grossesse viole l'art. 328 CO : TF, 4A_495/2007, c. 6.2, cité par Perrenoud, pp. 680-681.

Le fait de **contraindre une travailleuse à réduire son taux d'occupation** en raison de sa maternité constitue une discrimination directe[210]. Il en va de même du non-respect, en raison d'une grossesse, d'un accord prévoyant une augmentation de pourcentage[211].

Le fait de **changer soudainement les modalités de retour au travail en fin de congé de maternité** et d'agir ainsi de façon contraire aux assurances données à la travailleuse (par ex. quant à la possibilité de réduire son taux d'activité ou de prendre un congé sans solde immédiatement après la fin du congé maternité), a été considéré discriminatoire[212].

Une « modification unilatérale ou inattendue » du statut d'une personne salariée sans lien avec les besoins de l'entreprise, l'organisation du travail, ou des manquements de sa part, est propre à entraîner une grave atteinte à la personnalité (art. 328 CO)[213]. Une discrimination directe dans l'attribution des tâches peut résulter d'une **modification du cahier des charges** en lien avec une grossesse (par ex. direction de projets retirée ou affectation à un poste moins intéressant au retour du congé maternité)[214].

Rappelons que la protection spéciale instaurée par le **droit public** (art. 35 ss LTr) impose certains aménagements des conditions de travail pour les femmes enceintes, accouchées et allaitantes[215]. Lorsqu'elle fixe les heures de travail et de repos, la partie employeuse doit tenir compte des responsabilités familiales assumées par les membres de son personnel (art. 36 LTr).

210 CCEDEF-Lempen, art. 11 N 52. L'art. 11 para 1. let. c CEDEF (interprété à la lumière de la Convention OIT nº 175, art. 9-10) prohibe la contrainte au temps partiel. Le recours à cette modalité doit être librement choisie et ne saurait entraîner de discriminations à l'égard des femmes.

211 Illustration : www.gleichstellungsgesetz.ch/ ZH Fall 392.

212 Illustration : www.gleichstellungsgesetz.ch/ ZH Fall 400.

213 TF, 4A_595/2018, c. 3.1. Une telle modification peut constituer un juste motif de démission avec effet immédiat.

214 Giauque, p. 158; Perrenoud, Discriminations, p. 85. Illustration : www.gleichstellungsgesetz.ch/ ZH Fall 400.

215 Pour plus d'informations, voir SECO, Maternité - Protection des travailleuses, pp. 10 ss; Perrenoud, pp. 714 ss, 1063 ss.

5. Résiliation des rapports de travail[216]

Est constitutive d'une **discrimination directe** la résiliation des rapports de travail en raison de la maternité, d'une grossesse réelle ou supposée, ou d'un désir d'enfant[217].

- Durant la période d'essai : la protection contre le licenciement en temps inopportun ne s'applique pas (art. 336c CO *a contrario*) de sorte que la résiliation déploie ses effets. Elle peut cependant être contestée en raison de son caractère discriminatoire (art. 3 LEg)[218], selon la procédure prévue à l'article 9 LEg (qui renvoie à l'art. 336b CO).
- Après la période d'essai : le licenciement notifié durant une grossesse et pendant les 16 semaines qui suivent l'accouchement est nul, même si la partie employeuse ignorait que son employée était enceinte[219] (art. 336c al. 1 let. c).
- Après les 16 semaines post-accouchement : le licenciement n'est pas nul, mais peut être constitutif d'une discrimination selon l'art. 3 LEg et être contesté selon la procédure prévue à l'art. 9 LEg (art. 336b CO)[220].

La procédure pour s'opposer à un licenciement discriminatoire au sens de l'art. 3 al. 2 LEg est expliquée plus haut[221]. La partie employeuse est susceptible de devoir verser une indemnité pouvant s'élever jusqu'à six mois de salaire (art. 5 al. 2 LEg).

216 Voir *supra* VI.D, pp. 45 ss.
217 CLEg-Lempen, art. 3 N 35 ; Perrenoud, Discriminations, p. 75, 89.
218 Perrenoud, Discriminations, pp. 89-90. Illustration : www.leg.ch/jurisprudence/ VS 27.04.2018.
219 ATF 135 III 349.
220 Illustrations : www.leg.ch/jurisprudence/ GE 06.12.2017 ; www.gleichstellungsgesetz.ch/ ZH Fall 384. Voir cependant TF, 4A_395/2010, c. 5.2, soulignant qu'un licenciement intervenu après un congé maternité ne constitue pas « ipso facto […] une discrimination à raison du sexe ».
221 Voir *supra* VI.D.3-4, pp. 50-52.

L'allègement du fardeau de la preuve prévu par l'art. 6 LEg s'applique[222]. La proximité temporelle entre le retour du congé maternité et le licenciement est à prendre en considération[223] , ainsi que la façon de mettre fin à la relation de travail[224].

Exemple (licenciement discriminatoire)

⇨ Le licenciement est signifié le jour du retour de congé maternité. La salariée rend vraisemblable (6 LEg) l'existence d'un licenciement discriminatoire contraire à l'art. 3 LEg. L'employeuse ne parvient pas à prouver que le licenciement repose sur des motifs objectifs. En effet, l'allégation, a posteriori, des lacunes professionnelles de la salariée apparait comme un moyen de dissimuler le motif réel du licenciement, à savoir la maternité. L'employeuse est condamnée au versement d'une indemnité équivalent à 4 mois de salaire sur la base de l'art. 5 al. 2 LEg[225].

Si le licenciement est en réalité un congé de rétorsion au sens de l'art. 10 LEg, son annulation peut être demandée aux conditions et selon la procédure exposée précédemment[226].

B. Démarches extrajudiciaires et actions judiciaires

Afin de savoir quelles démarches extrajudiciaires entreprendre et quelles actions judiciaires intenter en cas de discrimination fondée sur la maternité, il convient de se référer aux explications données au chapitre VI en lien avec les différents aspects de la relation d'emploi[227].

222 Voir *supra* IV, pp. 9-11.

223 Perrenoud, Discriminations, pp. 89-91. Illustrations : TF, 4A_59/2019, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence/ TF GE 12.05.2020 ; www.sentenzeparita.ch/ TI 07.05.2018, arrêt résumé par Lempen, Evolution, p. 87. Voir aussi CAPH/31/2010, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence/ GE 16.03.2010.

224 Perrenoud, pp. 1270 s. Illustration : www.leg.ch/jurisprudence/ NE 09.09.2011.

225 www.sentenzeparita.ch/ TI 07.05.2018, arrêt résumé par Lempen, Evolution, p. 87.

226 Voir *supra* VI.D.3-4, pp. 51 et 53.

227 Voir aussi le Manuel InforMaternité : https://www.informaternite.ch/manuel_inforMaternite (consulté le 02.02.2020).

C. Canevas d'entretien

Politique de l'entreprise

Questions	*Exemples de preuves*
L'entreprise a-t-elle adopté des directives ou des règlements sur l'égalité entre les sexes ?	Directives, règlements ou mesures internes à l'entreprise
Y a-t-il une convention collective de travail et, si oui, mentionne-t-elle explicitement l'égalité entre les sexes ?	Convention collective de travail
L'entreprise a-t-elle adopté des mesures afin de promouvoir l'égalité entre les sexes et/ou la conciliation des vies professionnelle et privée (temps partiel, annualisation ou flexibilité du temps de travail, *jobsharing*, télétravail, etc.) (art. 3 al. 3 et 14 LEg)? Exemples : – Existe-t-il une crèche d'entreprise, des congés parentaux sont-ils prévus ? – Le droit de s'absenter jusqu'à trois jours en cas de maladie de l'enfant (art. 36 al. 3 LTr) est-il respecté/rémunéré ? – Avez-vous été informée des dispositions légales en matière de protection de la maternité ? Y a-t-il d'autres parents d'enfants en bas-âge dans l'entreprise ? Quelle est l'attitude générale des responsables hiérarchiques à l'égard des parents ?	Directives, règlements ou mesures internes à l'entreprise Contrats de travail Témoins Comportements contradictoires adoptés par la partie employeuse (par ex : discours favorables à l'égalité des chances et refus systématique de promouvoir les femmes « en âge de procréer ») Contexte (par ex : situation d'autres employées dans la même tranche d'âge, avec de jeunes enfants, etc.) Expertise

Embauche	
(i) Situation personnelle	
Questions	*Exemples de preuves*
Êtes-vous enceinte ? Souhaitez-vous devenir mère ? Êtes-vous mère ? L'avez-vous exprimé lors du processus d'embauche ? La hiérarchie peut-elle déduire votre grossesse de votre situation personnelle, de votre âge ou de demandes que vous auriez faites ?	Témoins (collègues, médecins, proches, toute personne présente lors de l'entretien ou toute autre personne ayant recueilli le témoignage de la travailleuse) Échange de correspondances, courriels, SMS Journal des faits Certificats ou rapports médicaux
(ii) Processus de recrutement : offre d'emploi, entretiens, etc.	
Qu'indique l'offre d'emploi ?	Offre d'emploi
Comment avez-vous postulé ?	Lettre de motivation CV
Qui a répondu à votre candidature et comment ?	Témoins Correspondances de la hiérarchie ou des responsables RH Notes relatives à l'entretien téléphonique

(suite)

Lors de l'entretien d'embauche, quelles questions vous a-t-on posées : – questions sur vos aptitudes à remplir l'emploi ; – questions nécessaires à l'exécution du contrat de travail ?	
En particulier, les questions suivantes ont-elles été posées : – questions relatives à la volonté d'avoir des enfants ; – questions relatives à la situation familiale/état civil/mariage/union ou à l'orientation sexuelle ; – questions sur les modes de garde à disposition ; – questions afin de savoir si vous êtes enceinte, sur votre moyen de contraception, sur la fréquence des relations sexuelles, sur la date des dernières règles, etc. ? Quelles ont été vos réponses ?	Témoins Journal des faits Notes prises par la personne candidate lors du recrutement Notes prises par la hiérarchie ou les responsables RH lors du recrutement (avec anonymisation) Échange de correspondances, courriels, SMS
Avez-vous exercé votre droit de ne pas répondre ou de mentir à une ou plusieurs questions illicites ?	
Avez-vous parlé de vos souhaits d'enfants ou de mariage à des personnes tierces ?	

(iii) Changements de l'offre d'emploi en cours de recrutement	
Avez-vous reçu une offre d'embauche modifiée par rapport à l'offre initiale ? Vous a-t-on proposé un temps partiel alors que vous n'en avez pas fait la demande ?	Témoins Proposition de contrat Échange de correspondances, courriels, SMS
Quel est le contenu du projet de contrat ?	
Les conditions de travail indiquées dans l'offre sont-elles les mêmes que celles des autres personnes qui occupent ou qui occupaient le même poste ?	Témoins Contrats de travail des autres personnes employées Expertise
(iv) Refus d'embauche	
Avez-vous essuyé un refus d'embauche ? Vous a-t-on indiqué une raison ? Aviez-vous reçu une promesse d'engagement qui a été retirée après l'annonce de votre grossesse ? Le processus d'engagement s'est-il arrêté au moment de l'annonce de votre grossesse alors que vous aviez passé un premier entretien ?	Témoins Lettre de demande de motivation à la direction ou aux responsables RH Lettre de la hiérarchie ou des responsables RH indiquant les motifs de refus d'embauche (art. 8 al. 1 LEg) Journal des faits Échange de correspondances, courriels, SMS
Quel est le profil de la personne retenue pour occuper le poste ?	Témoins Dossier de candidature de la personne retenue Notes prises par la hiérarchie ou les responsables RH lors du recrutement de la personne retenue (avec anonymisation)

Pendant les rapports de travail

(i) Annonce de la grossesse/projet d'adoption/projets familiaux

Questions	*Exemples de preuves*
Quand est-ce que votre employeuse ou employeur a eu connaissance de votre grossesse/volonté d'avoir/d'adopter un enfant ou d'entreprendre des démarches de procréation assistée/FIV ? Quelle a été la réaction de votre hiérarchie suite à l'annonce de votre grossesse/projet d'adoption ? Dans quelles conditions s'est déroulée l'annonce de votre grossesse/projet d'adoption ?	Interrogatoire des parties Témoins Échange de correspondances, courriels, SMS Certificats ou rapports médicaux

(ii) Durant la grossesse

Avez-vous bénéficié d'un aménagement[228] des conditions ou de votre temps de travail pendant votre grossesse ? Avez-vous bénéficié de mesures de protection de votre santé pendant votre grossesse ?	Cahier des charges Témoins Certificats ou rapports médicaux Échange de correspondances, courriels, SMS
Quel était votre état de santé pendant la grossesse ?	

228 Voir en particulier les art. 35-35b LTr, art. 60-65 OLT 1 et l'Ordonnance du DEFR sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité (OProMa) du 20 mars 2001, RS 822.111.52.

(suite)	
Avez-vous dû vous absenter du travail pendant la grossesse ?	
Au sein du personnel, y-a-t-il eu des remarques concernant vos absences ou votre état de santé pendant la grossesse ?	
(iii) Congé maternité	
Combien de temps avez-vous été absente ?	Échange de correspondances, courriels, SMS
Avez-vous eu des contacts avec votre hiérarchie ou vos collègues durant votre congé maternité ?	Témoins
À votre initiative ? Dans quel contexte ?	Échange avec les membres de la hiérarchie ou les responsable RH
À quel sujet avez-vous été sollicitée ?	Nouveau contrat de travail
Votre congé maternité a-t-il donné lieu à un remplacement ?	

(iv) Retour au travail après le congé maternité

Avez-vous été pressée par votre hiérarchie de revenir au travail durant votre congé maternité ? Si oui, à quel moment après l'accouchement ? Si vous avez accepté, étiez-vous parfaitement d'accord de reprendre le travail ou vous sentiez-vous obligée de revenir[229] ?	Interrogatoire des parties Échange de correspondances, courriels, SMS Témoins
Comment s'est déroulé votre retour ?	Interrogatoire des parties Échange de correspondances, courriels, SMS Témoins
Votre hiérarchie a-t-elle posé des questions sur l'organisation de votre travail au retour du congé maternité ? Avez-vous été conviée à un entretien lors de votre retour ?	Témoins Échange de correspondances, courriels, SMS

229 L'occupation de la travailleuse est interdite durant les huit semaines qui suivent l'accouchement ; une occupation pour les huit semaines suivantes est subordonnée à son consentement (art. 35a al. 3 LTr). Il en va de même pendant la durée de l'allaitement, soit au maximum pendant la première année de vie de l'enfant (art. 35a al. 1-2 LTr et art. 60 al. 2 OLT 1).

(suite)

Votre poste de travail a-t-il été déplacé? Votre cahier des charges, vos conditions de travail, votre salaire ont-t-ils été modifiés, même officieusement ? Si oui, quels étaient les motifs de ces modifications ? En particulier : – La responsabilité de certains dossiers vous a-t-elle été retirée ? – Les conditions de travail (horaires, vacances, pauses, salaire) ont-elles changé ? Si oui, facilitent-elles ou au contraire compliquent-elles votre vie de famille (par ex. : réunion en fin de journée)? – Avez-vous subi des remarques désobligeantes, des sous-entendus, des allusions, des reproches ou des insultes en lien avec votre maternité (notamment votre départ en congé maternité)? Avez-vous été contrainte de réduire votre taux d'occupation ? Avez-vous demandé à réduire votre taux d'occupation ou un aménagement particulier ? Si oui, cela vous a-t-il été accordé ? Si non, ce refus était-il accompagné de commentaires désobligeants ? Comment la réponse était-elle motivée ? Le comportement de la hiérarchie a-t-il ensuite changé ?	Cahier des charges Interrogatoire des parties Échange de correspondances, courriels, SMS Témoins

(suite)

Avez-vous été absente du travail après votre congé maternité ? Avez-vous reçu des remarques négatives de votre hiérarchie quant à ces absences ?	Témoins Certificats ou rapports médicaux Échange de correspondances, courriels, SMS
Vous a-t-on refusé l'accès à une formation ou une promotion en raison de votre maternité ou de votre occupation à temps partiel ?	Échange de correspondances, courriels, SMS Témoins Expertise
Vous a-t-on demandé, même sur le ton de la plaisanterie, de ne pas retomber enceinte ? Vous a-t-on mise en garde ou menacée de représailles en cas de nouvelle grossesse ?	Certificats ou rapports médicaux Témoins
Comment ont été traitées les autres travailleuses dans des situations analogues ?	Témoins Expertise
(v) Allaitement	
Avez-vous été informée des dispositions légales en matière d'allaitement (art. 35a LTr, 60, 62 et 64 OLT 1)?	Directives, règlements ou mesures internes à l'entreprise Échange de correspondances, courriels, SMS
Votre entreprise dispose-t-elle d'un endroit calme pour allaiter/tirer le lait ?	Témoins

(suite)

Avez-vous allaité votre bébé au retour du congé maternité ? Si oui, pendant combien de temps ? Avez-vous demandé des pauses/congés d'allaitement ? Cela vous a-t-il été accordé ? Quelle a été la réaction et la réponse de votre hiérarchie ? Quels arguments ont été avancés ? Le comportement de vos responsables hiérarchiques/collègues a-t-il changé de manière négative ?	Témoins Échange de correspondances, courriels, SMS Rapports d'entretien d'évaluation

Résiliation des rapports de travail

Questions	*Exemples de preuves*
Dans quelle situation se trouvait votre entreprise au moment du licenciement (restructuration, etc.)?	Témoins Échange de correspondances, courriels, SMS Échange avec la hiérarchie ou les responsables RH
Quand avez-vous été licenciée ? De quelle façon la résiliation a-t-elle été signifiée ? Dans quelles circonstances avez-vous dû quitter l'entreprise ?	
Quels sont les motifs invoqués ?	

Dommage / Tort moral

Questions	*Exemples de preuves*
Quelles sont/ont été les conséquences du traitement subi sur votre : – état de santé ; – situation financière ; – famille ; – capacité de gain ; – etc.	Témoins (collègues, personnel médical délié du secret professionnel, proches) Certificats ou rapports médicaux Frais médicaux consécutifs à l'atteinte et autres frais ou pertes Expertise

VIII. Interdiction de discriminer fondée sur l'identité de genre ou l'orientation sexuelle

A. Généralités

1. Applicabilité de la LEg

Interdites par l'art. 8 al. 2 Cst.[230], les discriminations fondées sur l'identité de genre[231] ou l'orientation sexuelle sont néanmoins courantes dans le monde du travail[232].

La question se pose de savoir si ces discriminations sont aussi prohibées par les art. 8 al. 3 Cst. et 3 al. 1 LEg. En effet, interprétée à la lumière de l'art. 5 CEDEF, la LEg vise la suppression des stéréotypes négatifs liés au genre dans le cadre des relations de travail. Or, de tels stéréotypes nuisent aux personnes

230 ATF 145 II 153, c. 4.6.3, avec les références.

231 Expérience intime et personnelle du genre, profondément vécue par tout être humain, en adéquation partielle ou totale avec le sexe légal (ou genre) assigné à la naissance.

232 Voir Parini, "Être LGBT au travail" sur : diversite-au-travail.ch/ Être LGBT au travail. Parmi les personnes ayant participé à cette étude (n=1097), 29.5 % mentionnent avoir subi des propos et gestes obscènes sur leur lieu de travail, 21.8% un outing, 20.4% du harcèlement sexuel et entre 16% et 19% une mise à l'écart d'événements sociaux informels ou une mise en doute des compétences professionnelles. Les lesbiennes sont particulièrement touchées.

qui, consciemment ou non, s'écartent des normes de genre, notamment les personnes trans*[233] et/ou homosexuelles[234].

Dans un arrêt du 5 avril 2019 relatif à une plainte pour refus d'embauche discriminatoire, le Tribunal fédéral a jugé que l'**art. 3 LEg** s'applique aux discriminations fondées sur **l'orientation sexuelle** uniquement dans les cas où, au sein d'une entité employeuse, les femmes homosexuelles sont discriminées par rapport aux hommes homosexuels (ou inversement)[235].

Critiqué[236], cet arrêt montre que le Tribunal fédéral demeure attaché à une conception traditionnelle de la discrimination « à raison du sexe » présupposant une comparaison entre les catégories binaires « femme » ou « homme ». Notons que, même en suivant cette logique, le Tribunal fédéral aurait pu parvenir à un résultat opposé. En effet, un employé homosexuel et une employée hétérosexuelle sont tous deux attirés par les hommes. Si l'employeuse de ces deux personnes décide de licencier uniquement l'employé au seul motif qu'il aime les hommes, elle discrimine ce dernier par rapport à l'employée et viole ainsi l'art. 3 LEg. En pareille hypothèse, en effet, la résiliation n'est pas motivée par le genre de la personne aimée mais directement par le genre de la personne employée[237].

Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur l'applicabilité de l'**art. 3 LEg** aux discriminations fondées sur l'**identité de genre**. Dans son arrêt susmentionné du 5 avril 2019, notre Haute Cour se réfère toutefois à la doctrine considérant que de telles discriminations sont couvertes par l'interdiction de discriminer « à raison du sexe »[238]. Les autorités cantonales de conciliation compétentes

233 Personne dont le genre légal assigné à la naissance de façon binaire (femme ou homme) ne correspond pas ou pas complètement à son identité de genre.

234 Voir Lempen/Volodер, Entwicklungen, pp. 86-87, avec les références ; CCEDEF-Cottier, art. 5 N 21-28.

235 ATF 145 II 153, c. 4.

236 Voir Hotz, p. 10 ss ; Sattiva Spring, LEg et homosexuels, pp. 9 ss ; Geiser, p. 1190 ; Tschentscher, pp. 670-671.

237 Voir décision de la Cour suprême des Etats Unis du 15 juin 2020, Bostock v. Clayton County, Georgia, 590 U. S. (2020), slip op. at 9-10.

238 ATF 145 II 153, c. 4.3.6 (art. 8 al. 2 Cst.) et 4.4.1 (art. 3 LEg). Voir aussi la doctrine citée par Lempen/Volodер, Entwicklungen, p. 86 note 47.

en matière de LEg[239] ont traité plusieurs affaires où il était question d'une discrimination liée à la transidentité (embauche[240], harcèlement[241], licenciement[242]).

Enfin, le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de confirmer que l'**art. 4 LEg**[243] prohibe les actes de **harcèlement transphobes et/ou homophobes**. Les commentaires de la LEg s'expriment dans ce sens[244]. Par ailleurs, le commentaire du SECO relatif aux art. 6 LTr et 2 OLT3, mentionne les « propos et plaisanteries sexistes sur les caractéristiques sexuelles, le comportement sexuel et l'orientation sexuelle d'individus » parmi les formes du harcèlement sexuel[245]. Notons que les injures homophobes sur le lieu de travail tombent aussi sous le coup de l'art. 177 CP[246]. A l'avenir, de tels comportements sont aussi susceptibles d'être condamnés en application de la nouvelle version de l'art. 261bis CP, entrée en vigueur le 1er juillet 2020[247].

2. Protection de la personnalité

Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, *« l'identité ou l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 de la Convention [européenne des droits*

239 Les adresses des autorités de conciliation sont publiées sur le site www.sks-coc.ch/membres.

240 Voir www.gleichstellungsgesetz.ch/ ZH Fall 165.

241 Voir www.gleichstellungsgesetz.ch/ ZH Fall 344.

242 Voir www.gleichstellungsgesetz.ch/ BE Fall 141 ; www.gleichstellungsgesetz.ch/ ZH Fall 383.

243 Voir *supra* VI.E, pp. 55 ss.

244 KGlG-Kaufmann, art. 4 N 58 ; CLEg-Lempen, art 4 N 18, auquel se réfère un jugement du Tribunal des prud'hommes de Genève, JTPH/233/2016, c. 14, résumé sur : www.leg.ch/jurisprudence/ GE 16.6.2016. Voir aussi : www.gleichstellungsgesetz.ch/ AG Fall 65.

245 Voir SECO, annexe du commentaire de l'art. 2 OLT3, p. 302-F.

246 Voir TF, 6B_673/2019, c. 3.

247 A titre de comparaison, voir la jurisprudence relative à l'art. 261bis CP dans le cadre professionnel recensée sur le site de la Commission fédérale contre le racisme CFR/Recueil de cas juridiques/Droit pénal.

de l'Homme] »[248]. L'identité de genre et l'orientation sexuelle font partie intégrante de la personnalité[249].

Ainsi, en cas de discrimination fondée sur l'identité de genre ou l'orientation sexuelle, les dispositions générales relatives à la protection de la personnalité et à la protection des données (par ex., art. 328, 328b et 336 CO) peuvent être invoquées[250].

Durant tout le processus de **recrutement** (sélection des dossiers, entretiens d'embauche, tests, etc.), l'art. 328b CO interdit à la partie employeuse de traiter des données qui portent atteinte à la sphère privée et sont sans lien avec les aptitudes de la personne candidate à exercer l'emploi[251]. Ainsi, lors des pourparlers précontractuels, les questions relatives à l'identité de genre ou à l'orientation sexuelle sont illicites[252].

Les réponses à de telles questions ne sauraient être recherchées via la consultation de **moteurs de recherche** (Google, etc.) à propos de la personne candidate ou au moyen de pressions exercées sur elle afin qu'elle communique ses identifiants de connexion sur un réseau social privé. De telles pratiques sont problématiques sous l'angle de l'art. 328b CO et des principes généraux de protection des données (notamment : licéité, bonne-foi, proportionnalité, finalité, reconnaissabilité et consentement, art. 4 LPD)[253].

Ni les responsables hiérarchiques, ni les collègues n'ont le droit de dévoiler à des tiers des informations relatives à l'identité de genre ou à l'orientation sexuelle d'une personne sans l'accord explicite de cette dernière (***Outing***). La partie employeuse n'est pas autorisée à mentionner de tels éléments dans le

248 ACEDH Garçon et Nicot c. France, Requêtes n^{os} 79885/12, 52471/13 et 52596/13, 6 avril 2017, §92 faisant référence à ACEDH Van Kück c. Allemagne, Requête n^{o} 35968/97, 12 septembre 2003, §69 ; ACEDH Schlumpf c. Suisse, Requête n^{o} 29002/06, 8 janvier 2009, §77, et ACEDH Y.Y. c. Turquie, Requête n^{o} 14793/08, 10 mars 2015, §56.

249 Principes de Jogjakarta, principe 3, p. 12, consultables sous : yogyakartaprinciples.org.

250 Une violation des art. 14 CEDH et 8 CEDH est invoquée dans l'affaire Oleynik c. Russie, Requête n^{o} 4086/18 (communiquée le 5 février 2020). Le requérant allègue un refus d'embauche fondé sur l'orientation sexuelle.

251 TF, 2C_103/2008, c. 6.2 ; *supra* VI.A.1, p. 17 et VII.A.1, p. 72.

252 Baur/Rossinelli, N 2 ss ; Hertig Randall/Carron/Vallier/Zimmermann, pp. 27-30. Sur les critères du « sexe » et de l'« orientation sexuelle » comme « données sensibles » au sens de l'art. 3 LPD : Lempen, Protection des données, pp. 274-276, 280.

253 Lempen, Protection des données, pp. 282-284, avec les références.

certificat de travail (art. 330a CO)[254]. Une personne trans* a le droit d'utiliser un **prénom d'usage**[255] dans le cadre de son travail, indépendamment d'un éventuel changement officiel de prénom[256]. Le certificat de travail devrait indiquer le prénom et le genre souhaités par la personne concernée.

Les art. 328 CO et 6 LTr exigent de la partie employeuse qu'elle crée un **environnement de travail** respectueux de la personnalité[257]. Les responsables hiérarchiques doivent dès lors s'abstenir de donner des **directives** (art. 321d CO) **relatives à l'apparence** (vêtement, accessoires, coupe de cheveux, etc.) visant à assigner une personne employée à un genre non souhaité[258]. En outre, le personnel d'encadrement doit veiller à ce que le climat de travail soit exempt de **harcèlement** transphobe ou homophobe[259].

Un milieu de travail « inclusif et ouvert à la diversité en raison de l'orientation sexuelle, l'identité et l'expression de genre[260] »[261], passe aussi par un **aménagement des locaux** (art. 29-32 OLT3) qui permette à une personne trans* d'utiliser les vestiaires, douches ou toilettes[262] de son genre (ressenti et vécu) et non du genre qui lui est assigné[263].

Enfin, un licenciement fondé sur l'identité de genre ou l'orientation sexuelle est abusif (art. 336 CO)[264]. La découverte d'une transidentité ou d'une orientation homosexuelle ne saurait être invoquée comme un juste motif de licenciement avec effet immédiat (art. 337 CO)[265].

254 Hertig Randall/Carron/Vallier/Zimmermann, pp. 31-32 ; Baur/Rossinelli, N 40-45.
255 Voir l'ATF 143 III 3, c. 3.4.1.
256 Voir www.gleichstellungsgesetz.ch/ ZH Fall 226 ; www.gleichstellungsgesetz.ch/ TG Fall 17. Voir aussi Markarian, pp. 24 ss, consultable sur : www.unige.ch/egalite/ rapport de stage académique droits LGBT.
257 Voir Roux, pour un guide recensant les bonnes pratiques en la matière : diversite-au-travail.ch/ Travailler la diversité.
258 Hertig Randall/Carron/Vallier/Zimmermann, p. 33.
259 Voir l'art. 4 LEg et *supra* VII.A.1, p. 91.
260 Manière dont une personne exprime des codes socialement construits comme féminins, masculins, androgynes ou autres dans un contexte donné.
261 Markarian, intitulé.
262 Illustration : www.gleichstellungsgesetz.ch/ TG Fall 17.
263 Markarian, pp. 41-42.
264 Illustration : www.leg.ch/jurisprudence/ GE 16.6.2016.
265 Parmi d'autres : Baur/Rossinelli, N 31-39.

B. Canevas d'entretien

Embauche

Questions	*Exemples de preuves*
Lors de l'entretien d'embauche, vous a-t-on posé des questions sur votre orientation sexuelle ou votre identité de genre ?	Interrogatoire des parties Témoins Lettre de la hiérarchie indiquant les motifs du refus d'embauche

Durant les rapports de travail

Questions	*Exemples de preuves*
Votre hiérarchie a-t-elle révélé sans votre consentement explicite votre identité de genre ou votre orientation sexuelle (*outing*)? Avez-vous fait l'objet de pressions pour révéler ou ne pas révéler votre identité de genre ou votre orientation sexuelle ?	Interrogatoire des parties Témoins Échange de correspondances, courriels, SMS
A-t-on exigé de vous une certaine attitude (vêtement, accessoires, coupe de cheveux, prénom, etc.) typique du genre assigné ?	Interrogatoire des parties Témoins Échange de correspondances, courriels, SMS Directives, règlements ou mesures internes à l'entreprise
Avez-vous l'impression de ne plus exister (invisibilisation) pour la clientèle suite à votre *coming out* ou à un *outing* que vous auriez subi ?	

(suite)

Votre hiérarchie vous traite-t-elle différemment en raison de votre identité genre ou orientation sexuelle ?	Interrogatoire des parties Témoins Échange de correspondances, courriels, SMS Certificat de travail Rapports d'évaluation du travail
Avez-vous été témoin des faits suivants sur votre lieu de travail : – photos/affiches sexistes ou dont le contenu met mal à l'aise ou crée un climat hostile[266] ; – échanges de courriels qui ont provoqué chez vous un sentiment de gêne ; – plaisanteries, commentaires ou conversations sur les personnes trans* ou homosexuelles (de façon générale ou en lien avec une personne spécifique) qui ont provoqué chez vous un sentiment de gêne (même s'ils ne portaient pas sur vous en particulier)?	Interrogatoire des parties Témoins Échange de correspondances, courriels, SMS Journal des faits

266 Voir *supra* VI.E.1, pp. 55-57.

(suite)

Subissez-vous, sur votre lieu de travail, de manière systématique et répétée des : – remarques ou agissements hostiles liés à votre identité genre ou votre orientation sexuelle et qui vous isolent socialement ; – commentaires grossiers ou embarrassants, plaisanteries déplacées, remarques désobligeantes, sous-entendus, allusions, reproches ou insultes en lien avec votre identité de genre ou votre orientation sexuelle ?	Interrogatoire des parties Témoins Échange de correspondances, courriels, SMS Publications sur les réseaux sociaux Photographies/vidéos effectuées dans l'entreprise[267] Journal des faits
Vos conditions de travail sont-elles inadaptées (par ex. toilettes binaires et interdiction d'utiliser les toilettes du genre ressenti et vécu)?	Interrogatoire des parties Témoins Échange de correspondances, courriels, SMS
Avez-vous dénoncé ces agissements à votre hiérarchie ou aux responsables RH ?	Interrogatoire des parties Témoins Échange de correspondances, courriels, SMS
Quelle a été la réaction de la hiérarchie ?	Interrogatoire des parties Témoins Échange de correspondances, courriels, SMS

267 Voir toutefois l'art. 179^{quater} CP et TF, 6B_ 1356/2016, c. 3 non publié in ATF 144 I 37.

Résiliation des rapports de travail

Questions	*Exemples de preuves*
Vous-a-t-on communiqué les raisons de votre licenciement ? Quels étaient les motifs invoqués ?	Interrogatoire des parties Témoins Lettre de licenciement, respectivement document indiquant les motifs de résiliation
Quel était le réel motif selon vous ?	
Dans l'hypothèse où ce qui vous est reproché correspond à la réalité, pensez-vous que ce fait « ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise » (art. 336 al. 1 let. a CO)?	Interrogatoire des parties Témoins Lettre de licenciement, respectivement document indiquant les motifs de résiliation Échange de correspondances, courriels, SMS
Avez-vous fait opposition au congé ?	
Combien de temps s'est écoulé entre votre *coming out*, ou l'*outing* que vous avez subi, et le licenciement ?	
Le licenciement a-t-il été notifié suite à des périodes d'incapacité de travail liées à votre dysphorie (par ex : absence pour opération(s))?	Interrogatoire des parties Témoins Échange de correspondances, courriels, SMS

IX. Bibliographie

Aubert Gabriel/Lempen Karine (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, Slatkine, Genève 2011 (cité : CLEg-Auteur).

Aubry Girardin Florence, Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg, in : J-P. Dunand/K. Lempen/P. Mahon (édit.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Schulthess, Genève/Zürich/Bâle 2016, pp. 95-117 (cité : « Aubry Girardin, Problèmes »).

Baur François E./Rossinelli Michel, Droit du travail et de la fonction publique, in : A. Ziegler/M. Montini/E. Copur (édit.), Droit LGBT, Helbing, Bâle 2015, pp. 513-553.

Bieri Laurent, La preuve d'une discrimination salariale fondée sur le sexe à l'aide de méthodes de régression, PJA 2019, pp. 819-831.

Bohnet François, Avis de droit - La vraisemblance au sens de l'article 6 de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes au regard de la jurisprudence fédérale, Université de Neuchâtel, sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité BFEG, 2018.

Bruchez Christian, Réflexions sur l'action judiciaire individuelle pour discrimination salariale, in : J-P. Dunand/K. Lempen/P. Mahon (édit.), L'égalité entre

femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Schulthess, Genève/Zürich/Bâle 2016, pp. 179-190.

Bruchez Christian, L'art. 358 CO, in : A. Andermatt/D. Bianchi/C. Bruchez et al. (édit.), Droit collectif du travail, Helbing, Bâle 2009, pp. 225-252 (cité : « Bruchez, Droit collectif - art. 358 CO »).

Bureau fédéral de l'égalité (BFEG), Mémento sur les expertises judiciaires en matière de discrimination salariale, Berne 2008 (cité : « BFEG, Mémento »).

Dietschy-Martenet Patricia, Loi sur l'égalité et procédure civile : un accès facilité ou complexifié à la justice ?, RDS 5/2017, pp. 423-448 (cité : « Dietschty-Martenet, LEg et procédure »).

Dietschy Patricia, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Helbing, Bâle, Université de Neuchâtel 2011.

Ducret Véronique, Pour une entreprise sans harcèlement sexuel : un guide pratique, 2e éd., Georg, Genève 2008.

Dunand Jean-Philippe, L'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité (LEg), in : J-P. Dunand/K. Lempen/P. Mahon (édit.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Schulthess, Genève/Zürich/Bâle 2016, pp. 35-71.

Dunand Jean-Philippe/Tornare Sandrine, L'obligation de l'employeur de prévenir les conflits interpersonnels (sources, concrétisation et responsabilité), in : J-P. Dunand/P. Mahon (édit.), Conflits au travail – prévention, gestion, sanctions, Schulthess, Genève/Zürich/Bâle 2015, pp. 29-72.

Favre Moreillon Marianne, Les différents types de licenciements en droit du travail, Helbing, Bâle 2019.

Geiser Thomas, Die Objektiven Rechtsfertigungsgründe für eine Lohndiskriminierung und ihr Beweis, in : J-P. Dunand/K. Lempen/P. Mahon (édit.), L'éga-

lité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Schulthess, Genève/Zürich/Bâle 2016, pp. 159-174 (cité : « GEISER, Rechtsfertigungsgründe »).

GEISER Thomas, Rechtsprechungspanorama Arbeitsrecht – Ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts aus den Jahren 2018/2019, PJA 2019, pp. 1186-1197.

GIAUQUE Christian, Interdiction de discriminer en raison de la grossesse, in : R. WYLER (édit.), Panorama II en droit du travail : Recueil d'études réalisées par des praticiens, Stämpfli, Berne 2012, pp. 153-164.

HERTIG RANDALL Maya/CARRON Djemila/ZIMMERMANN Nesa/VALLIER Camille, Les droits des personnes LGBT – Law Clinic UNIGE, Faculté de droit, Université de Genève, Genève 14 juin 2018.

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 – Commentaire, Schulthess, Genève/Zürich 2019 (cité : « CCEDEF-AUTEUR »).

HOTZ Sandra, Auf dem Weg zur Gleichstellung der Geschlechter?, RSJ 116/2020, pp. 3-18.

HOUDROUGE Rayan/MAJOR Marie, Harcèlement sexuel caractérisé et méthodes d'audition des témoins ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_544/2018, Newsletter DroitDuTravail.ch, janvier 2020.

JATON Laure/SATTIVA SPRING Christine, Brochure – La loi sur l'égalité vous protège, Lausanne 2011.

KAUFMANN Claudia/STEIGER-SACKMANN Sabine (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Helbing, Bâle 2009 (cité : « KGlG-AUTEUR »).

KLETT Kathrin, Richterliche Prüfungspflicht und Beweiserleichterung, PJA 2001, pp. 1293-1298.

LEMPEN Karine, La discrimination salariale au regard de la jurisprudence récente (2011-2015), in : J-P. DUNAND/K. LEMPEN/P. MAHON (édit.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Schulthess, Genève/Zürich/Bâle 2016, pp. 135-157 (cité : « LEMPEN, Discrimination »).

LEMPEN Karine, Le devoir de fidélité de la personne salariée à l'ère numérique, RDS 1/2019, pp. 11-36 (cité : « LEMPEN, Le devoir de fidélité »).

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, Schulthess Genève/Zürich/Bâle 2006 (cité : « LEMPEN, Responsabilité »).

LEMPEN Karine, L'évolution de la protection contre le licenciement abusif : avancées en faveur des seniors et des mères, PJA 2019, pp. 78-89 (cité : « LEMPEN, Evolution »).

LEMPEN Karine, Protection des données et discrimination lors de la procédure de recrutement, in : J-P. DUNAND/P. MAHON (édit.), La protection des données dans les relations de travail, Schulthess, Genève/Zürich/Bâle 2017, pp. 269-286 (cité « LEMPEN, Protection des données »).

LEMPEN Karine/VOLODER Aner, Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, RSJ 114/2018, pp. 81-89 (cité : « LEMPEN/VOLODER, Entwicklungen »).

LEMPEN Karine/VOLODER Aner avec la collaboration de Laetitia JAMET, Rapport de recherche – Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2015), Université de Genève, sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité BFEG, Berne 2017.

MARKARIAN Quentin, Rapport de stage académique – Vers un milieu d'étude et de travail inclusif et ouvert à la diversité en raison de l'orientation sexuelle, l'identité et l'expression de genre à l'Université de Genève, Law Clinic sur les

droits des personnes vulnérables et le Service égalité de l'Université de Genève, Genève mars 2018 (à consulter sur : www.unige.ch/egalite/ rapport de stage académique droits LGBT).

Marti Whitebread Claudio, Egalité salariale entre femmes et hommes : état des lieux, in : J-P. Dunand/K. Lempen/P. Mahon (édit.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Schulthess, Genève/Zürich/Bâle 2016, pp. 223-238.

Parini Lorena, Être LGBT au travail – résultats d'une recherche en Suisse, Institut des Études genre de l'Université de Genève et Fédération Genevoise des Associations LGBT, Genève 2014 (à consulter sur : diversite-au-travail.ch/ Être LGBT au travail).

Pärli Kurt/Oberhausser Camill, Diskriminierungsfreie Messung der Lohngleichheit, Jusletter 25 novembre 2019.

Perrenoud Stéphanie, La protection contre les discriminations fondées sur la maternité selon la LEg, in : J-P. Dunand/K. Lempen/P. Mahon (édit.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Schulthess, Genève/Zürich/Bâle 2016, pp. 73-94 (cité : « Perrenoud, Discriminations »).

Perrenoud Stéphanie, La protection de la maternité - Etude de droit suisse, international et européen, Stämpfli, Berne 2015.

Roux Delphine, Brochure – Travailler la diversité, Guide des questions lesbiennes, gay, bisexuelles et trans* (LGBT) en contexte professionnel, Fédération genevoise des associations LGBT, Genève octobre 2019, (à consulter sur : diversite-au-travail.ch/ Travailler la diversité).

Sattiva Spring Christine, Egalité des sexes et mesures positives : la voie difficile de l'égalité effective, in : J-P. Dunand/K. Lempen/P. Mahon (édit.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 :

20 ans d'application de la LEg, Schulthess, Genève/Zürich/Bâle 2016, pp. 279-303 (cité : « Sattiva Spring, Mesures »).

Sattiva Spring Christine, Egalité entre hommes et femmes : discrimination indirecte : analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_605/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch, septembre 2017 (cité : « Sattiva Spring, Analyse d'arrêt sur la discrimination indirecte »).

Sattiva Spring Christine, La discrimination salariale dans le canton de Vaud : problèmes choisis, in : J-P. Dunand/K. Lempen/P. Mahon (édit.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Schulthess, Genève/Zürich/Bâle 2016, pp. 191-198 (cité : « Sattiva Spring, Discrimination salariale »).

Sattiva Spring Christine, Le TF verrouille la porte d'entrée de la LEg aux homosexuels – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_594/2018, Newsletter DroitDuTravail.ch, juillet 2019 (cité : « Sattiva Spring, LEg et homosexuels »).

Sattiva Spring Christine, Mistinguett ne fait pas fantasmer le TF ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_18/2018 du 21 novembre 2018, Newsletter DroitDuTravail.ch, avril 2019 (cité : « Sattiva Spring, Analyse d'arrêt Mistinguett »).

Sattiva Spring Christine, Propos grossiers et sexistes : l'inconfortable position de l'employeur - Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_127/2017, Newsletter DroitDuTravail.ch, avril 2018 (cité : « Sattiva Spring, Propos grossiers »).

Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), Annexe au commentaire de l'art. 2 OLT 3, Berne 2014 (à consulter sur : https://www.seco.admin.ch/Arbeitsgesetz und Verordnungen - Wegleitung 3 ARGV).

Streiff Ullin/Von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, Arbeitsvertrag : Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 7e éd., Schulthess, Zürich 2012.

TSCHENTSCHER Axel, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2018 und 2019, ZBJV 10/2019, pp. 663-730.

UEBERSCHLAG Jakob, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG) – Unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, Schulthess, Genève/Zürich/Bâle 2009, pp. 225-237, (cité : « UEBERSCHLAG, Die Anstellungsdiskriminierung »).

WYLER Rémy/HEINZER Boris, Droit du travail, 4e éd., Stämpfli, Berne 2019.

Karine Lempen / Roxane Sheybani (édit.)

La loi fédérale sur l'égalité (LEg) devant les tribunaux

Guide

Destiné en premier lieu aux avocates et avocats, ce guide vise à faciliter les actions judiciaires fondées sur la loi fédérale sur l'égalité (LEg) en présentant ses spécificités de façon à la fois synthétique et didactique.

Le lecteur ou la lectrice à court de temps y trouvera rapidement diverses références à la jurisprudence récente, des canevas d'entretien ainsi que des tableaux listant des moyens de preuve et des conclusions susceptibles d'être formulées lors d'une demande en justice. L'originalité de ce guide réside aussi dans le chapitre qu'il consacre aux moyens d'action en cas de discrimination fondée sur l'identité de genre ou l'orientation sexuelle.

Paru vingt-cinq ans après l'adoption de la LEg, cet ouvrage est le fruit d'une collaboration entre l'Université de Genève, l'Ordre des Avocats de Genève, l'Association des juristes progressistes du canton de Genève et le Bureau de promotion de l'égalité et de prévention des violences du canton de Genève. Sa réalisation a été rendue possible grâce aux aides financières du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes.

Toutes nos publications sont en accès libre et gratuit sur
Alle unsere Publikationen sind frei erhältlich unter

www.ejl-fjv.ch

ISBN 978-2-88954-024-2 (print)
ISBN 978-2-88954-025-9 (PDF)

OPEN ACCESS

ISBN 978-2-88954-024-2
9 782889 540242 >