



Article scientifique

Article

2020

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le droit à la réintégration suite à un congé de rétorsion : défis liés à la
mise en oeuvre dans le secteur privé et public

Lempen, Karine; Salem, Rachel

How to cite

LEMPEN, Karine, SALEM, Rachel. Le droit à la réintégration suite à un congé de rétorsion : défis liés à la mise en oeuvre dans le secteur privé et public. In: Droit du travail, 2020, n° 2, p. 97–110.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:140147>

Le droit à la réintégration suite à un congé de rétorsion

Défis liés à la mise en œuvre dans le secteur privé et public

Prof. Karine Lempen*/Me Rachel Salem**

En cas de congé-vengeance suite à une plainte pour discrimination liée au genre, les art. 10 et 5 al. 1 let. b LEg permettent d'obtenir en justice le maintien des rapports de travail. Lorsqu'un tribunal ordonne la réintégration suite à un congé de rétorsion, la partie employeuse a-t-elle le droit de libérer de son obligation de prester la personne « réintégrée » et se limiter à verser son salaire ? Le présent article examine la question dans le contexte du droit privé ou public et arrive à la conclusion que la protection contre les congés-vengeance prévue par la LEg fonde un droit à une occupation effective, quelle que soit la profession exercée et la nature des rapports de travail considérés.

Im Fall einer Rache Kündigung, die im Anschluss an eine Beschwerde wegen einer Geschlechtsdiskriminierung erfolgt, ist aufgrund der Art. 10 und 5 Abs. 1 lit. b GLG eine gerichtlich angeordnete Weiterführung des Arbeitsverhältnisses möglich. Ordnet ein Gericht die Wiedereinstellung nach einer Rache Kündigung an, so stellt sich die Frage, ob die arbeitgebende Person eine Freistellung aussprechen und sich auf die Lohnfortzahlung beschränken darf. Der vorliegende Beitrag geht dieser Frage im Licht des privaten und öffentlichen Rechts nach und gelangt zum Schluss, dass der durch das GLG gewährte Schutz gegen Rache Kündigungen einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung gewährt, unabhängig vom ausgeübten Beruf und der Art des Arbeitsverhältnisses.

Table de matière

- I. Introduction
- II. En droit privé
 - 1. Le régime général
 - a) Aucun droit à la réintégration suite à un congé-représailles (336 al. 1 let. d CO)
 - b) Aucun droit à une occupation effective, sauf exceptions
 - 2. Le régime spécial prévu par la loi sur l'égalité
 - a) Les conditions d'application de l'art. 10 LEg
 - b) Vers un droit à une occupation effective?
- III. En droit public
 - 1. Le régime général
 - a) La diversité des régimes prévus par les statuts
 - b) Les assouplissements au principe de la réintégration issus de la jurisprudence
 - 2. Le régime spécial de la loi sur l'égalité
 - a) L'art. 5 al. 1 let. b LEg
 - b) La loi sur l'égalité et son articulation avec les lois sur le personnel
- IV. Conclusion

I. Introduction

Il y a quelques années, l'Obergericht du canton de Zurich a ordonné à une entreprise non seulement de réengager, mais aussi d'occuper effectivement une femme cadre qui avait été libérée contre son gré de son obligation de travailler, à trois reprises: durant sa grossesse, suite à son licenciement au retour du congé maternité et enfin après un ordre judiciaire de réintégration provisoire¹.

* Professeure à l'Université de Genève. Le présent article trouve son origine dans un exposé présenté lors d'un séminaire bilingue des spécialistes FSA en droit du travail le 8 novembre 2019 à Neuchâtel. Les auteurs remercient Helia Farman, étudiante-stagiaire à la Faculté de droit, d'avoir relu ce texte avec soin.

** Collaboratrice auprès de l'étude Ochsner et Associés à Genève.

¹ Au sens de l'art. 10 al. 3 LEg. OGer ZH, LA 100034-0/U du 11 septembre 2011, discuté *infra* II.2.b.

Plus récemment, la Cour suprême du canton de Berne a confirmé une décision annulant le licenciement signifié par l'Hôpital universitaire de Berne à une médecin-chef de clinique qui s'était plainte, auprès du Rectorat de l'Université de Berne, du fait que son supérieur hiérarchique, professeur à la Faculté de médecine, la discriminait en raison du genre et faisait obstacle à sa carrière académique².

A la lumière de ces jurisprudences, le présent article s'intéresse au droit à la réintégration après un congé de rétorsion et à sa difficile mise en œuvre dans les secteurs privé et public.

Une première partie relative au droit privé (II.) rappelle que le Code des obligations ne prévoit aucun droit à la réintégration suite à un congé-représailles (1.a). En principe, la personne salariée ne peut exiger d'être effectivement occupée (1.b). La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg)³ aménage un régime spécial habilitant la partie employée à agir en justice pour demander l'annulation d'un congé de rétorsion (2.a). Lorsque la réintégration est ordonnée par un tribunal, la question du droit à une occupation effective mérite une analyse spécifique (2.b).

La deuxième partie met en perspective la première en examinant la situation sous l'angle du droit public (III.). De nos jours, les lois sur le personnel de la Confédération et des cantons prévoient des systèmes très différents en cas de congé-représailles, si bien que la réintégration de la personne abusivement licenciée ne constitue plus nécessairement la règle (1). Le régime spécial instauré par la loi sur l'égalité devrait toutefois toujours permettre à la personne victime d'un congé-vengeance de prétendre à sa réintégration, sur la base de l'art. 5 al. 1 let. b LEg (2).

II. En droit privé

1. Le régime général

a) Aucun droit à la réintégration suite à un congé-représailles (336 al. 1 let. d CO)

Le droit suisse du travail consacre la liberté de résilier le contrat (art. 335 al. 1 CO), de sorte qu'un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier pour être valable⁴. Le droit fondamental de chaque partie de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO)⁵. Est notamment abusif le congé-représailles, à savoir le congé donné par une partie parce que l'autre fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 let. d CO).

Le caractère abusif de la résiliation ne la rend pas pour autant inefficace. La personne abusivement licenciée ne peut prétendre qu'à une indemnisation monétaire, correspondant au maximum à six mois de salaire (art. 336a al. 2 CO). Au début des années quatre-vingt, le Conseil fédéral a refusé de prévoir un droit à la réintégration au motif que « [l]a prolongation des rapports de travail contre la volonté d'une partie est inopportune, voire irréalisable »⁶.

b) Aucun droit à une occupation effective, sauf exceptions

En vertu de son pouvoir de donner des instructions (art. 321d CO), la partie employeuse a, en principe, le droit de libérer le personnel de son obligation de prester (« Freistellung »)⁷, pour autant que cet ordre ne soit pas purement chicanier⁸.

² OGer BE, ZK 18 152 du 2 juillet 2018.

³ RS 151.1.

⁴ ATF 131 III 535, consid. 4.1.

⁵ Message concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations du 9 mai 1984, FF 1984 II 574, 622.

⁶ Message, FF 1984 II 574, 623.

⁷ Aline Bonard, N 21 ad art. 335 CO, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.

⁸ Gabriel Aubert, Libération de l'obligation de travailler et interdiction de travailler pendant le délai de congé, in: DTA 2002 p. 130.

La libération peut intervenir indépendamment d'un licenciement, par exemple parce que l'entreprise est en difficulté, que le travail manque (libération temporaire pour faire face à une baisse des commandes) ou que la partie salariée fait l'objet d'une enquête interne⁹. Dans la plupart des cas toutefois, la libération de l'obligation de travailler intervient suite à la résiliation du contrat de travail. Se pose alors la question du droit à une occupation effective durant le délai de congé.

De manière générale, la doctrine et la jurisprudence suisses ne reconnaissent pas de droit de la partie salariée à être effectivement occupée (« Beschäftigungsanspruch »)¹⁰.

Sur la base du devoir de protection de la personnalité (art. 328 CO) des exceptions sont toutefois admises. Un droit à une occupation effective est ainsi reconnu aux personnes qui effectuent un apprentissage¹¹ ainsi qu'à celles dont la profession nécessite une pratique régulière pour pouvoir continuer à être exercée. Tel est notamment le cas des métiers du sport¹², de la médecine ou de la recherche scientifique¹³, ou encore des professions exigeant un contact constant avec la clientèle ou le public¹⁴. On pense, par exemple, à certains journalistes ou artistes, dont la notoriété pourrait souffrir d'une absence trop

longue sur le marché du travail¹⁵. S'agissant des cadres et d'autres personnes susceptibles, de par leur fonction, de nuire à l'entreprise (révélation de données confidentielles, débauchage du personnel, démarchage de la clientèle, etc.), la libération de l'obligation de travailler pendant le délai de congé est généralement admise¹⁶. La doctrine majoritaire reconnaît cependant un droit des personnes au bénéfice d'un long délai de congé à être effectivement occupées durant cette période¹⁷. Selon certains auteurs, la libération de l'obligation de travailler sur une longue durée peut porter atteinte à la personnalité et à l'avenir économique quelle que soit la position hiérarchique¹⁸.

Dans toutes ces hypothèses, le droit à une occupation effective n'est reconnu que lorsqu'aucun intérêt prépondérant de la partie employeuse ne s'y oppose. En effet, la mise à distance d'une personne salariée peut s'avérer nécessaire, par exemple, pour éviter la divulgation de secrets d'affaires, protéger d'autres membres du personnel ou encore préserver la paix au sein de l'entreprise¹⁹. Dans certaines situations, la partie employeuse pourrait être fondée à invoquer une rupture des rapports de confiance à l'appui de son refus d'occuper la personne salariée²⁰. Face à un cas concret, il convient de mettre en balance le droit de la partie employeuse à libérer la personne salariée de son obligation de travailler et celui de cette dernière à être occupée²¹.

La partie salariée qui possède un droit à être effectivement occupée peut requérir, sur mesures provisionnelles (art. 261 ss CPC), qu'il soit ordonné à la partie employeuse de lui fournir, durant son délai de

⁹ Alfred Blesi, *Die Freistellung des Arbeitnehmers*, Zurich Bâle Genève 2010, N 55, 198 et références citées; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, *Arbeitsrecht, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR*, 7^e éd., Zurich 2012, N 13 ad art. 324 OR.

¹⁰ Thomas Geiser/Roland Müller/Kurt Pärli, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Berne 2019, N 655. Voir toutefois Aubert, op. cit., pp. 129 ss.

¹¹ Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, N 22 ad art. 328 OR, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (éd.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 7^e éd., Bâle 2020.

¹² Selon le Tribunal fédéral, « un footballeur professionnel jouant en première division doit, pour conserver sa valeur sur le marché du travail, non seulement s'entraîner régulièrement avec des joueurs de son niveau, mais aussi disputer des matchs avec des équipes du niveau le plus élevé possible » (ATF 137 III 303, consid. 2.1.2). *Contra*: Blesi, op. cit., N 182–183 (la participation aux entraînements suffit).

¹³ Voir notamment: Portmann/Rudolph, op. cit., N 22 ad art. 328 OR; Rémy Wyler/Boris Heinzer, *Droit du travail*, 4^e éd., Berne 2019, pp. 465–466; Streiff/von Kaenel/Rudolph, op. cit., N 17 ad art. 319 OR; Jean-Philippe Dunand, N 60 ad art. 328 CO, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éd.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.

¹⁴ Blesi, op. cit., N 177.

¹⁵ Christian Bruchez/Patrick Mangold/Jean Christophe Schwaab, *Commentaire du contrat de travail*, 4^e éd., Lausanne 2019, p. 203 N 17; Marianne Favre Moreillon, *Les différents types de licenciements en droit du travail*, Bâle 2019, p. 61.

¹⁶ Wyler/Heinzer, op. cit., p. 464 et arrêt du Tribunal fédéral 4A_139/2008 du 20 juin 2008 cité pour les cadres du secteur bancaire.

¹⁷ *Pro*: Streiff/von Kaenel/Rudolph, op. cit., N 17 ad art. 319 OR; Geiser/Müller/Pärli, op. cit., N 656; Portmann/Rudolph, op. cit., N 22 ad art. 328 OR. *Contra*: Blesi, op. cit., N 179 ss.

¹⁸ Manfred Rehbinder/Jean-Fritz Stöckli, *Berner Kommentar, volume IV*, Berne 2010, N 13 ad art. 328 CO.

¹⁹ Blesi, op. cit., N 198.

²⁰ Geiser/Müller/Pärli, op. cit., N 656. Voir OGer ZH, LA 100034-0/U du 30 septembre 2011, consid. 3.4, selon lequel il convient de ne pas admettre trop facilement qu'une rupture du lien de confiance puisse justifier une libération de l'obligation de travailler.

²¹ Favre Moreillon, op. cit., p. 62.

congé, une activité correspondant à celle pour laquelle elle a été engagée²². En pratique, ce droit est toutefois difficile à mettre en œuvre, eu égard à la durée des démarches judiciaires (même en procédure sommaire) et au délai de résiliation généralement bref²³. Au demeurant, la partie salariée a le droit de réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice subi, voire même, selon les cas, une indemnité à titre de réparation du tort moral (art. 49 CO)²⁴. Une autre possibilité consiste à résilier immédiatement le contrat de travail pour justes motifs (art. 337 al. 1 CO)²⁵.

En tant que la libération définitive du devoir de prêter constitue un cas de demeure de la partie employeuse (art. 324 al. 1 CO)²⁶, pareille mesure n'affecte pas le droit au salaire. La partie employeuse est toutefois fondée à imputer le revenu perçu par la partie salariée dans le cadre d'un autre emploi ou le gain auquel cette dernière a intentionnellement renoncé (art. 324 al. 2 CO)²⁷.

2. Le régime spécial prévu par la loi sur l'égalité

Dérogeant au système légal général, l'art. 10 LEg prévoit le droit de demander l'annulation d'un licenciement notifié à une personne salariée au motif que celle-ci s'est plainte de discrimination sur la base du sexe dans les rapports de travail. *Lex specialis* par rapport à l'art. 336 al. 1 let. d CO, l'art. 10 LEg fonde la présomption d'un congé de rétorsion lorsque le licenciement suit dans le temps la plainte pour discrimination²⁸.

L'art. 10 LEg a été introduit afin d'encourager les personnes dont les rapports de travail sont régis par le Code des obligations à recourir à la protection prévue par la loi sur l'égalité sans crainte de perdre leur emploi²⁹. Dans son message, le Conseil fédéral explique qu'il se justifie d'accorder une protection accrue aux personnes salariées au bénéfice d'un contrat de droit privé, afin de leur permettre, à l'instar du personnel soumis au droit public, de requérir l'annulation d'un congé illicite³⁰.

Le licenciement-représailles («Rachekündigung», art. 10 LEg) doit être distingué du licenciement discriminatoire en raison du sexe ou de la maternité («diskriminierende Kündigung», art. 3 et 5 al. 2 LEg) qui ne donne droit qu'à une indemnité monétaire (art. 5 al. 4 phr. 3 LEg)³¹.

En pratique, l'art. 10 LEg est peu invoqué en justice et les tribunaux ont rarement considéré que ses conditions d'application étaient réunies³². Nous n'avons connaissance que des deux affaires évoquées en introduction, où l'annulation du licenciement a été demandée, puis obtenue, sur la base de cette disposition³³.

Dans les deux cas, suite à l'annulation judiciaire du licenciement la partie employeuse a libéré la salariée de son obligation de travailler, invoquant une rupture du rapport de confiance³⁴.

²² Cf. OGer ZH, LA 100034-0/U du 30 septembre 2011.

²³ *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, op. cit., N 17 ad art. 319 OR et références citées; *Rehbinder/Stöckli*, op. cit., N 13 ad art. 328 CO.

²⁴ *Id.*

²⁵ ATF 137 III 303, consid. 2.1.2.; *Wyler/Heinzer*, op. cit., p. 466; *Bonard*, op. cit., N 24 ad art. 335 CO; *Aubert*, Libération de l'obligation de travailler, op. cit., pp. 131 ss.

²⁶ *Aubert*, Libération de l'obligation de travailler, op. cit., p. 131.

²⁷ *Wyler/Heinzer*, op. cit., p. 463.

²⁸ OGer BE, ZK 18 152 du 2 juillet 2018, consid. 9.2. *Kathrin Klett*, Rachekündigung, in: Peter Münch/Markus Metz (édit.), Stellenwechsel und Entlassung, Bâle 2012, N 10.2, 10.9. Pour les rapports entre l'art. 336 al. 1 let. d CO et l'art. 10 LEg, voir aussi *Karine Lempen*, L'évolution de la protection contre le licenciement abusif, in: PJA 2019, pp. 87–88.

²⁹ *Wyler/Heinzer*, op. cit., p. 841.

³⁰ Message du 24 février 1993 du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité), FF 1993 I 1163, 1222.

³¹ *Angela Hensch*, Gleichstellungsgesetz und Mutterschaftsschutz, in: Wolfgang Portmann/Adrian von Kaenel (éd.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zurich 2018, N 2.39–43, pp. 22–23; *Lempen*, op. cit., pp. 86 ss; *Dunand*, op. cit., N 3 ad art. 336 CO.

³² *Karine Lempen/Aner Voloder avec la collaboration de Laetitia Jamet*, Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004–2015), Berne 2017, pp. 19–20.

³³ OGer ZH, LA 100034-0/U du 11 septembre 2011; OGer BE, ZK 18 152 du 2 juillet 2018.

³⁴ Voir le communiqué de presse diffusé par Insel Gruppe le 29 août 2018 «Insel Gruppe accepte le jugement de la Cour suprême» mentionnant un rapport de confiance «durablement compromis».

a) Les conditions d'application de l'art. 10 LEg

La LEg prévoit un droit à l'annulation du congé lorsque le contrat de travail a été résilié à titre de représailles (art. 10 al. 1 LEg; aa.), pendant une période de protection (art. 10 al. 2 LEg; ab.), et que la partie salariée a saisi le tribunal avant l'échéance de son délai de congé (art. 10 al. 3 phr. 1 LEg; ac.). La partie employée pourra demander sa réintégration provisoire pour la durée de la procédure lorsqu'il paraît vraisemblable que les conditions d'une annulation du congé sont remplies (art. 10 al. 3 phr. 2 LEg; ad.). Elle conservera le choix de renoncer à solliciter l'annulation du congé et pourra demander le versement d'une indemnité à la place (art. 10 al. 4 LEg; ae.).

aa) La qualification de congé-représailles

Conformément à l'art. 10 al. 1 LEg, trois conditions cumulatives doivent être réalisées pour que la résiliation du contrat de travail puisse être qualifiée de congé-représailles :

(1) La partie salariée doit avoir été licenciée³⁵.

(2) Le licenciement fait suite à une *réclamation* de la partie salariée « adressée à un supérieur ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise, à l'ouverture d'une procédure de conciliation ou à l'introduction d'une action en justice » (art. 10 al. 1 LEg).

La partie salariée doit s'être préalablement plainte d'une discrimination au sens de la loi fédérale sur l'égalité³⁶. Dans l'hypothèse où l'employée formule différents griefs à l'encontre de son employeuse, l'art. 10 LEg s'applique dès lors que l'un d'entre eux se rapporte à une discrimination liée au genre³⁷. La revendication doit avoir été exprimée de manière suffisamment précise pour que la partie employeuse ait été en mesure d'en comprendre la teneur et d'y

donner suite³⁸. Il n'est pas nécessaire que la prétention s'avère fondée. En revanche, comme sous l'angle de l'art. 336 al. 1 let. d CO, la réclamation doit avoir été formulée de bonne foi³⁹. La partie salariée qui invoque des griefs fondés sur la LEg dans l'unique but de se prémunir d'un congé imminent fondé sur d'autres motifs ne sera donc pas protégée⁴⁰ et pourrait être considérée comme téméraire⁴¹.

La notion de « supérieur ou autre organe compétent au sein de l'entreprise » doit être interprétée largement⁴². S'il est admis qu'une doléance adressée au service des ressources humaines, au département juridique, ou à toute autre instance désignée par l'entreprise pour connaître des plaintes, constitue une réclamation interne au sens de l'art. 10 al. 1 LEg⁴³, il en va en principe différemment des plaintes communiquées à des tiers ou simples collègues⁴⁴. Selon la structure et la taille de l'entreprise, les réclamations formulées auprès du secrétariat de direction, de la consultation sociale ou de l'infirmier peuvent être prises en considération sous l'angle de l'art. 10 LEg⁴⁵. Encore faut-il que l'assistante sociale ou l'infirmier ne soient pas soumis à un secret de fonction lui interdisant de porter les griefs à la connaissance de la hiérarchie⁴⁶.

³⁵ Voir Wyler/Heinzer, op. cit., pp. 841–842 et références citées.

³⁶ Gabriel Aubert, art. 10 LEg N 4, in: Gabriel Aubert/Karine Lempen (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011.

³⁷ Favre Moreillon, p. 190; Gabriela Riemer-Kafka/Jakob Überschlager, art. 10 GlG N 9, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (éd.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2^e éd., Bâle 2009.

³⁸ Wyler/Heinzer, op. cit., p. 842; Aubert, op. cit., art. 10 LEg N 4.

³⁹ Aubert, op. cit., art. 10 Leg N 5; Favre Moreillon, p. 191; Adrian von Kaenel, Begriff und Voraussetzungen der Kündigungsanfechtung nach Art. 10 Gleichstellungsgesetz, ArbR 2008, pp. 58–59.

⁴⁰ Wyler/Heinzer, op. cit., p. 842.

⁴¹ Les frais de justice pourront dans cette mesure être mis à sa charge (dans le cadre d'un rapport de travail soumis au droit public, art. 13 al. 5 LEg; pour les rapports de travail soumis au droit privé, art. 115 CPC). Voir décision du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2016.00057 du 29 juin 2016, résumée sur: www.gleichstellungsgesetz.ch (consulté le 24.11.2019), Zürich Fall 354.

⁴² Wyler/Heinzer, op. cit., p. 842.

⁴³ Aubert, op. cit., art. 10 LEg N 5.

⁴⁴ Favre Moreillon, op. cit., p. 193; Klett, op. cit., N 10.4. Voir aussi arrêt de la Chambre des Prud'hommes genevoise CAPH/81/2014 du 23 mai 2014, consid. 9.4, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence (GE 23.5.2014).

⁴⁵ Favre Moreillon, op. cit., p. 193.

⁴⁶ Voir à ce sujet la décision de l'autorité de conciliation LEg à Zurich 01/2011 du 11 mai 2011, résumée: www.gleichstellungsgesetz.ch (consulté le 31.12.2019), Zürich Fall 225, selon laquelle le *mobbing* et harcèlement sexuel vécu par l'employée n'a pas fait l'objet d'une réclamation valable, car il n'avait été que communiqué à la personne de confiance interne à l'entreprise, qui était soumise à un secret absolu.

Une partie de la doctrine, à laquelle nous nous rallions, admet l'existence d'une réclamation au sens de l'art. 10 LÉg dès lors que la connaissance des griefs peut être imputée à la partie employeuse. Tel sera notamment le cas lorsque la partie employée est en mesure d'établir que ses propos avaient été rapportés à la direction⁴⁷. Pareille approche a été suivie par la Cour suprême du canton de Berne dans son arrêt susmentionné du 2 juillet 2018. Les juges ont rejeté l'argument selon lequel la plainte ne pouvait être qualifiée de réclamation interne selon l'art. 10 LÉg puisqu'elle avait été adressée au Recteur de l'Université (autorité d'engagement du supérieur hiérarchique) et non à l'hôpital lui-même (employeur de la recourante). La Cour a confirmé le jugement de première instance, et retenu que la connaissance effective de la plainte par la partie employeuse représentait l'élément déterminant. En l'espèce, le Recteur de l'Université siégeait au sein du conseil d'administration de l'hôpital⁴⁸, les structures de l'université et de l'hôpital étaient fortement imbriquées⁴⁹ et il était démontré que les responsables du service juridique et des ressources humaines de l'hôpital avaient eu connaissance dans les faits de la plainte de la médecin⁵⁰. Les juges ont ainsi estimé que l'hôpital avait eu connaissance des accusations de discrimination⁵¹.

(3) Aux termes de l'art. 10 LÉg, la résiliation est annulable lorsqu'elle ne repose sur *aucun motif justifié*. Le lien de causalité entre la réclamation formulée par la personne employée et le licenciement est présumé⁵². Le fardeau de la preuve est renversé; il incombe à la partie employeuse de démontrer que la

résiliation repose sur un « motif justifié »⁵³. Également inscrite aux art. 336 al. 2 let. b et 340c al. 2 CO, la notion de « motif justifié » s'avère nettement plus large que celle de « justes motifs » au sens de l'art. 337 CO⁵⁴.

Un motif justifié peut être de nature objective (p. ex. raisons économiques, réorganisation de l'entreprise) ou inhérent à la personne salariée (p. ex. arrivées tardives, style managérial inadéquat, prestations insuffisantes)⁵⁵. Lorsque le motif revêt un caractère discriminatoire, il ne saurait être considéré comme « justifié ». Peu importe à cet égard que la partie employeuse ait été de bonne foi⁵⁶.

La rupture des rapports de confiance est susceptible de constituer un motif justifié de licenciement lorsque le comportement reproché à la personne salariée est objectivement propre à détruire de tels liens⁵⁷. A cet égard, la Cour suprême du canton de Berne précise que, si l'art. 10 LÉg n'exige pas que le licenciement intervienne immédiatement après la découverte du motif justifié (par opposition à l'art. 337 CO), la partie employeuse doit néanmoins agir rapidement si elle veut rester crédible⁵⁸. Notons que pareille exigence de rapidité dans la résiliation du contrat peut parfois entrer en conflit avec le devoir de la partie employeuse – déduit de l'art. 328 CO – de chercher des solutions permettant de maintenir la relation de travail en cas de conflits interpersonnels⁵⁹. En l'espèce, le comportement déloyal

⁴⁷ Aubert, op. cit., art. 10 LÉg N 8; von Kaenel, op. cit., p. 57; Riemer-Kafka/Überschlag, op. cit., art. 10 GlG N 20. Voir aussi Klett, op. cit. N 10.7.

⁴⁸ OGer BE, ZK 18 152 du 2 juillet 2018, consid. 7.2.3. Les juges ont implicitement rejeté l'argument de l'employeur selon lequel le secret de fonction auquel le Recteur était tenu empêchait d'imputer à l'hôpital la connaissance des réclamations (OGer BE, ZK 18 152 du 2 juillet 2018, consid. 7.1.3. et 7.3).

⁴⁹ OGer BE, ZK 18 152 du 2 juillet 2018, consid. 7.3.2.

⁵⁰ OGer BE, ZK 18 152 du 2 juillet 2018, consid. 7.3.3.

⁵¹ Id.

⁵² OGer BE, ZK 18 152 du 2 juillet 2018, consid. 9.2 qui se réfère à Riemer-Kafka/Überschlag, op. cit., art. 10 GlG N 13, et Klett, op. cit., N 10.2, 10.9. Voir aussi Philippe Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, thèse, Bâle 1998, 195. Pour sa part, von Kaenel, op. cit., pp. 51 ss, 63 doute de l'existence d'une présomption.

⁵³ Voir Message, FF 1993 I 1163, 1222.

⁵⁴ La notion de « justes motifs » (art. 337 CO) englobant celle de « motif justifié » (art. 10 al. 1 LÉg), il ne saurait y avoir de réintégration suite à un licenciement pour justes motifs: TF, 4A_35/2017 du 31 mai 2017, consid. 4.6, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence (TF FR 31.5.2017).

⁵⁵ Wyler/Heinzer, op. cit., p. 843. Voir aussi à titre d'exemple la décision du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2016.00057 du 29 juin 2016, résumée sur: www.gleichstellungsgesetz.ch (consulté le 31.12.2019), Zürich Fall 354; arrêt de la Chambre des Prud'hommes genevoise CAPH/81/2014 du 23 mai 2014, consid. 9.4, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence (GE 23.5.2014); arrêt de la Chambre des Prud'hommes genevoise CAPH/143/2015 du 25 août 2015, consid. 8, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence (GE 25.8.2015).

⁵⁶ Wyler/Heinzer, op. cit., p. 843.

⁵⁷ Voir l'arrêt 8C_134/2018 du 17 septembre 2018, consid. 4.3. non publié in ATF 144 II 345. Le Tribunal fédéral a confirmé l'analyse selon laquelle le fait qu'une employée ait passé l'examen du brevet d'avocat durant son congé-maladie constituait un motif justifié de licenciement.

⁵⁸ OGer BE, ZK 18 152 du 2 juillet 2018, consid. 9.7 et 12.3.1.

⁵⁹ Voir Lempen, op. cit., pp. 80–81 avec les références.

reproché à l'employée était lié à des événements survenus plus de deux ans avant la résiliation du contrat de travail, de sorte que le lien de causalité n'était pas évident, ce d'autant plus qu'aucune mesure n'avait été prise par l'employeur dans l'intervalle et que les évaluations de l'employée étaient bonnes⁶⁰. La Cour a rejeté l'argument de l'hôpital selon lequel le licenciement avait été notifié après la plainte, non par vengeance, mais en raison de la longueur du processus interne de résiliation, mis en route préalablement⁶¹.

En outre, il résulte du principe de bonne foi que la perturbation de la relation de travail ne doit pas avoir été initialement causée par la partie employeuse. Ainsi, dans l'arrêt du 30 septembre 2011 précité, la Cour zurichoise a considéré que l'employeur n'était pas fondé à reprocher à la salariée d'avoir péjoré le climat de travail, dès lors qu'il avait lui-même détruit le lien de confiance en la libérant de son obligation de travailler dès l'annonce de sa maternité⁶².

ab) La notification du congé pendant une période de protection

Pour être susceptible d'annulation, le licenciement doit non seulement faire suite à une plainte pour discrimination et ne reposer sur aucun motif justifié au sens de l'art. 10 al. 1 LEg (conditions 1 à 3 ci-dessus), mais aussi avoir été notifié *pendant la période de protection* prévue à l'art. 10 al. 2 LEg. En vertu de cette disposition, la personne salariée est protégée contre le congé «durant toute la durée des démarches effectuées au sein de l'entreprise, durant la procédure de conciliation et durant toute la durée du procès, de même que pendant le semestre qui suit la clôture des démarches ou de la procédure» (art. 10 al. 2 LEg).

La protection débute au moment où la partie employeuse a connaissance des revendications relevant de la LEg, y compris lorsque les griefs lui ont été

rapportés par des tiers⁶³. Si tel n'était pas le cas, la partie employeuse s'attendant à recevoir une plainte pour discrimination pourrait être tentée de contourner le mécanisme prévu par l'art. 10 LEg en mettant fin au contrat de la personne concernée avant que celle-ci n'ait eu l'occasion de formuler elle-même ses revendications⁶⁴.

En cas de démarches internes à l'entreprise, le délai de protection semestriel commence à courir le jour qui suit la détermination patronale sur les réclamations, prise de position qui peut résulter d'actes concluants (p. ex. versement de l'augmentation de salaire sollicitée)⁶⁵.

Le calcul du délai semestriel qui suit la clôture des démarches de conciliation ou judiciaires donne lieu à des controverses. S'agissant de la procédure de conciliation, le délai de protection commence à courir dès le lendemain de la transaction⁶⁶, ou de la délivrance de l'autorisation de procéder⁶⁷. La procédure judiciaire doit être considérée clôturée lorsque le jugement rendu est devenu définitif, soit à l'expiration du délai de recours⁶⁸. A noter que la procédure judiciaire peut être de nature civile ou pénale, notamment lorsque l'employée a été victime de harcèlement sexuel⁶⁹.

Au-delà de la période de protection de l'art. 10 al. 2 LEg, la partie salariée pourra uniquement se prévaloir des dispositions générales sur le licenciement abusif⁷⁰. Ainsi, dans l'hypothèse d'un nouveau licenciement notifié après la période de protection, la

⁶³ Dans ce sens: *Aubert*, op. cit., art. 10 LEg N 21; *Riemer-Kafka/Überschlag*, op. cit., art. 10 GLG N 20.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Wyler/Heinzer*, op. cit., p. 844; *Favre Moreillon*, op. cit., p. 194; *Riemer-Kafka/Überschlag*, op. cit., art. 10 GLG N 25.

⁶⁶ *Wyler/Heinzer*, op. cit., p. 844; *Favre Moreillon*, op. cit., p. 195.

⁶⁷ Dans ce sens, *Aubert*, op. cit., art. 10 LEg N 24; *Wyler/Heinzer*, op. cit., p. 845; *Favre Moreillon*, op. cit., p. 195. A noter qu'un autre courant doctrinal considère que le *dies a quo* correspond à l'échéance du délai de validation de trois mois (art. 209 al. 3 CPC; *Christina Nydegger*, Gleichstellungsprozesse in der Schweiz, Zurich StGallen 2019, p. 60; *Riemer-Kafka/Überschlag*, op. cit., art. 10 GLG N 28; *Klett*, op. cit., N 10.20; *Anne-Marie Barone*, art. 10 LEg N 27, in: Margrith Bigler-Eggenberger/Claudia Kaufmann (éd.), *Commentaire de la loi sur l'égalité*, Lausanne 2000).

⁶⁸ *Nydegger*, op. cit., p. 60; *Wyler/Heinzer*, op. cit., p. 845; *Favre Moreillon*, op. cit., p. 196; *Barone*, op. cit., art. 10 LEg N 28. *Contra*: *Aubert*, op. cit., art. 10 LEg N 29-30.

⁶⁹ *Riemer-Kafka/Überschlag*, op. cit., art. 10 GLG N 29.

⁷⁰ *Favre Moreillon*, op. cit., p. 194.

⁶⁰ OGer BE, ZK 18 152 du 2 juillet 2018, consid. 11.2. Voir aussi le consid. 11.19 pour la négation du lien de causalité entre la résiliation du contrat de travail et un événement survenu trois mois auparavant.

⁶¹ OGer BE, ZK 18 152 du 2 juillet 2018, consid. 9.7 et 12.2.2.

⁶² OGer ZH, LA 100034-0/U du 30 septembre 2011, consid. 3.4.

personne licenciée qui se sera conformée à l'art. 336b CO (auquel renvoie l'art. 9 LEg) pourra réclamer une indemnité sur la base de l'art. 336 al. 1 let. d CO⁷¹ ou de l'art. 5 al. 2 et 4 LEg si le licenciement revêt un caractère discriminatoire au sens de cette loi. Dans ce second cas, le fardeau de la preuve sera allégé (art. 6 LEg).

ac) La saisine du tribunal pendant le délai de congé

La partie salariée doit impérativement *saisir le tribunal dans le délai de congé* (art. 10 al. 3 phr. 1 LEg), par l'introduction d'une requête de conciliation ou une demande en justice, sous peine de péremption⁷². En cas de résiliation immédiate (art. 337 CO), on admettra que la saisine est intervenue en temps utile lorsque la partie demanderesse a agi dans le délai contractuel ou légal qui aurait été applicable si le congé avait été notifié de façon ordinaire⁷³.

Si l'action de la partie demanderesse est admise au fond, le tribunal prononce l'annulation du congé, avec effet rétroactif (*ex tunc*). La partie salariée a droit au salaire (et non pas seulement à une indemnité pour licenciement abusif plafonnée)⁷⁴, pour autant qu'elle ait précédemment mis la partie employeuse en demeure d'accepter ses services⁷⁵.

ad) Possibilité de demander une réintégration provisoire

L'art. 10 al. 3 LEg prévoit la possibilité d'une *réintégration provisoire*. L'expression « réengagement » provisoire figurant dans la loi prête à confusion puisqu'il s'agit en réalité de rendre possible la poursuite de rapports de travail existants⁷⁶. Pareille mesure vise à ce que la réintégration demandée au fond demeure

envisageable malgré la longueur de la procédure. Il s'agit d'éviter que le montant de l'indemnité ne devienne au fil du temps le seul enjeu réel de la procédure⁷⁷.

La réintégration provisoire présuppose que la partie salariée ait introduit une requête en mesure provisionnelles (art. 261 ss CPC) avant l'expiration du délai de congé⁷⁸. Il appartient à la partie travailleuse de rendre « vraisemblable que les conditions d'une annulation du congé sont remplies » (art. 10 al. 3 LEg). L'ordre de réintégration déploie un effet rétroactif: les obligations réciproques des parties au contrat de travail existent comme si la résiliation n'avait pas été notifiée⁷⁹. Si au terme de la procédure au fond le congé n'est pas annulé, la réintégration provisoire devient caduque dès l'entrée en force du jugement⁸⁰. La partie salariée n'est pas tenue de restituer le salaire perçu dans l'intervalle⁸¹.

En cas d'admission de la demande de réintégration au fond, la partie employée qui a valablement offert ses services est en droit de recevoir son salaire même si elle n'avait pas demandé sa réintégration provisoire⁸². La personne salariée aura toutefois intérêt à solliciter une telle mesure provisionnelle pour préserver les rapports de travail et éviter notamment que sa place soit repourvue durant la procédure.

ae) Possibilité de renoncer à la réintégration et de solliciter une indemnité

À tout moment, la partie salariée peut modifier ses conclusions et demander, en lieu et place de la réintégration, une *indemnité* au sens de l'art. 336a CO

⁷¹ Wyler/Heinzer, op. cit., p. 845; Geiser/Müller/Pärli, op. cit., N 653.

⁷² Wyler/Heinzer, op. cit., p. 846; Aubert, op. cit., art. 10 LEg N 36.

⁷³ Id.

⁷⁴ Voir Monique Cossali Sauvain, La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, in: Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1999, pp. 57 ss, 86.

⁷⁵ Aubert, op. cit., art. 10 LEg N 38; Wyler/Heinzer, op. cit., p. 846; Favre Moreillon, op. cit., p. 198.

⁷⁶ Aubert, op. cit., art. 10 LEg N 42; Wyler/Heinzer, op. cit., p. 847.

⁷⁷ Nydegger, op. cit., p. 61.

⁷⁸ Nydegger, op. cit., pp. 61–62; Aubert, op. cit., art. 10 LEg N 40. Contra: Riemer-Kafka/Überschlag, op. cit., art. 10 GLG N 46 qui considèrent qu'une telle requête en mesures provisionnelles se présume. Par ailleurs, à notre sens, l'art. 10 al. 3 LEg n'interdit pas l'éventuel prononcé de mesures superprovisionnelles (art. 265 CPC). A l'instar de Wyler/Heinzer, op. cit., p. 847, force est toutefois de constater qu'il sera difficile d'imposer la réintégration de la partie employée sans entendre au préalable la partie employeuse.

⁷⁹ Wyler/Heinzer, op. cit., p. 847.

⁸⁰ Id.; Riemer-Kafka/Überschlag, op. cit., art. 10 GLG N 71. Contra: Aubert, op. cit., art. 10 LEg N 44; Favre Moreillon, op. cit., p. 197 (la mesure provisionnelle prend fin dès la notification du jugement).

⁸¹ Wyler/Heinzer, op. cit., p. 847.

⁸² Wyler/Heinzer, op. cit., p. 848.

(art. 10 al. 4 LEg)⁸³. Conformément au Message du Conseil fédéral, « [c]ette solution tient compte du fait que, selon l'état de dégradation des rapports de travail et la situation personnelle et conjoncturelle, la personne concernée peut préférer renoncer à poursuivre des rapports de travail devenus insupportables »⁸⁴.

La partie salariée peut choisir d'emblée de demander une indemnité au sens de l'art. 336a CO⁸⁵. Le fait de fonder son action sur l'art. 10 LEg lui permettra de bénéficier de la présomption d'un congé-représailles⁸⁶. Pour être fondée à se prévaloir de cette disposition et de la présomption qu'elle instaure, il faut toutefois que la partie salariée ait saisi les autorités de conciliation ou judiciaires avant la fin du délai de congé, conformément à l'art. 10 al. 3 LEg⁸⁷. A défaut, elle ne pourra invoquer, cas échéant, qu'un licenciement discriminatoire (art. 5 al. 2/4 et 9 LEg), ou abusif (art. 336 al. 1 let. d et 336b CO).

b) Vers un droit à une occupation effective ?

La question du droit de la personne salariée à être effectivement occupée après une réintégration ordonnée sur la base de l'art. 10 LEg n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral.

Elle est controversée en doctrine : si certains écrits considèrent que le droit à une occupation effective résulte de l'art. 10 LEg⁸⁸, d'autres estiment qu'il convient d'examiner, dans chaque cas, si un tel droit peut être déduit de l'art. 328 CO⁸⁹.

L'arrêt zurichois mentionné en introduction⁹⁰ traite du cas d'une travailleuse libérée de son obligation de travailler à plusieurs reprises et notamment suite au prononcé de sa réintégration provisoire et à l'annulation de la résiliation de son contrat de travail

au fond. L'employée a fait valoir son droit à être effectivement occupée auprès du Tribunal supérieur tant sur mesures provisionnelles qu'au fond. S'agissant tout d'abord de la décision de réintégration provisoire, la Cour zurichoise, a jugé que l'art. 10 al. 3 LEg n'interdisait pas de manière absolue la libération de l'obligation de travailler⁹¹. Dans le cas d'espèce, qui concernait une employée avec une position de cadre, l'autorité a toutefois estimé que l'absence d'occupation effective durant plus d'un an était de nature à causer à la travailleuse un préjudice difficilement réparable. L'intérêt de l'employée à être effectivement occupée prévalait sur celui de l'employeur à ne plus travailler avec une personne en qui il affirmait n'avoir plus confiance. À défaut, le droit à une occupation effective dépendrait de la seule volonté de l'entreprise⁹². L'autorité de première instance a ainsi ordonné à l'employeur sur mesures provisionnelles d'occuper la travailleuse au poste qui était le sien jusqu'alors ou à un poste comparable dans son domaine. Statuant au fond, la deuxième instance a également ordonné l'occupation effective de l'employée. L'employeur avait en effet tenté de justifier la libération définitive de l'obligation de travailler en indiquant que, du fait de la maternité de son employée, il devait désormais compter avec des absences (par ex. en cas de maladie des enfants). Jugeant qu'une telle libération ainsi motivée constituait une discrimination au sens de l'art. 3 LEg, la Cour a ordonné qu'il y soit mis fin et que la salariée soit effectivement occupée sur la base de l'art. 5 al. 1 let. b LEg (action en cessation de l'atteinte)⁹³.

S'agissant du seul autre arrêt, à notre connaissance, concluant à l'annulation d'un congé de rétorsion au sens de l'art. 10 LEg⁹⁴, il n'a pas donné lieu à une réintégration de l'employée. Dans un communiqué de presse, l'hôpital employeur avait indiqué que les exigences formulées par la médecin en lien avec sa réintégration rendaient celle-ci impossible et montraient bien que le rapport de confiance était durablement compromis⁹⁵. A l'heure actuelle, près de

⁸³ *Wylter/Heinzer*, op. cit., p. 848. Si le congé-représailles a été notifié avec effet immédiat, l'indemnité sera évaluée conformément à l'art. 337c al. 3 CO (*Hensch*, op. cit., N 2.57 et références citées).

⁸⁴ Message relatif à la loi sur l'égalité, FF 1993 I 1163, 1224.

⁸⁵ *Wylter/Heinzer*, op. cit., p. 849.

⁸⁶ Voir *Lempen*, op. cit., p. 88.

⁸⁷ *Wylter/Heinzer*, op. cit., p. 849.

⁸⁸ *Geiser/Müller/Pärli*, op. cit., N 656b ; *Riemer-Kafka/Überschlag*, op. cit., art. 10 GlG N 53-54.

⁸⁹ Dans ce sens : *Nydegger*, op. cit., p. 63 ; *Blesi*, op. cit., N 191 ss et références citées ; *Aubert*, op. cit., art. 10 LEg N 43.

⁹⁰ OGer ZH, LA 100034-0/U du 30 septembre 2011.

⁹¹ *Ibid.*, consid. 2.4.b., p. 11.

⁹² *Ibid.*, consid. 2.4.c., p. 14.

⁹³ Voir *infra* III. 2.a.

⁹⁴ OGer BE, ZK 18 152 du 2 juillet 2018.

⁹⁵ Communiqué de presse diffusé par Insel Gruppe le 29 août 2018 « Insel Gruppe accepte le jugement de la Cour suprême ». L'employée réintégrée avait notamment demandé à ne pas être placée sous la supervision du Professeur dont elle avait dénoncé le comportement.

deux ans après l'arrêt de deuxième instance confirmant l'annulation du licenciement, la travailleuse est toujours formellement employée de l'hôpital et libérée de son obligation de travailler. Le volet financier de cette affaire faisant encore l'objet d'une procédure judiciaire, la période de protection prévue par l'art. 10 al. 2 LEg court encore. Tout en restant employée par l'hôpital universitaire à un taux de 100%, la médecin a pu trouver un nouvel emploi dans un autre hôpital, offrant cependant de bien moindres perspectives de carrière académique⁹⁶.

Les deux affaires évoquées invitent à s'interroger sur la protection effectivement octroyée par l'art. 10 LEg, et sur la notion même de réintégration («Wiedereinstellung»).

Le Message relatif à la loi sur l'égalité⁹⁷ indique une volonté claire du législateur de prévoir à l'art. 10 LEg une protection allant au-delà d'une simple compensation monétaire. L'art. 10 al. 4 LEg tient compte des difficultés pratiques liées à la réintégration de la personne salariée en laissant à celle-ci – et non à la partie employeuse – la possibilité de choisir une indemnité en lieu et place de l'annulation du licenciement, à l'instar du système consacré par certains statuts du personnel en droit public⁹⁸.

Au regard de la lettre et du but de l'art. 10 LEg, il est difficile de concevoir qu'une entité employeuse puisse décider unilatéralement de renoncer aux services d'une personne ayant obtenu l'annulation judiciaire de son licenciement et se limiter à lui verser une forme d'indemnité via le paiement du salaire et des cotisations sociales.

En outre, la libération de l'obligation de travailler après un ordre judiciaire de réintégration constitue une mesure de durée indéterminée, susceptible de durer très longtemps, comme le montre l'affaire bernoise susmentionnée. Une telle mesure est manifestement propre à mettre en danger l'avenir économique de la personne salariée, et constitue une atteinte importante aux droits de la personnalité, quelle que

soit l'activité exercée⁹⁹, et *a fortiori* lorsque, comme dans le cas bernois, elle est de nature à la fois médicale et académique.

Enfin, la libération saurait difficilement être justifiée par une rupture des rapports de confiance nécessairement survenue à la suite et en raison du licenciement prononcé par la partie employeuse (en effet, si la destruction du lien de confiance avait été préalable au licenciement, celui-ci aurait probablement été considéré «justifié» au sens de l'art. 10 al. 1 LEg et l'ordre judiciaire de réintégration n'aurait pas été donné). Conformément au principe de la bonne foi, la partie employeuse ne saurait se prévaloir d'une situation conflictuelle qu'elle a elle-même causé en licenciant de façon abusive¹⁰⁰. La libération de l'obligation de travailler pourrait même dans certains cas apparaître comme une mesure de rétorsion suite à la procédure LEg introduite par la partie employée, et donc comme une mesure discriminatoire au sens de l'art. 3 LEg, dont la cessation pourrait être demandée sur la base de l'art. 5 al. 1 let. b LEg¹⁰¹.

Pour ces raisons, nous nous rallions au courant doctrinal considérant que le droit à la réintégration fondé sur l'art. 10 LEg comprend le droit à une occupation effective¹⁰².

III. En droit public

Contrairement au droit privé, le droit de la fonction publique prévoit le droit à la réintégration suite à un licenciement notifié de manière infondée¹⁰³. Pareille règle découle des principes généraux de procédure administrative, selon lesquels une décision entachée d'un vice de forme majeur est nulle ou annulable¹⁰⁴. Dès lors, si la loi ne prévoit pas le contraire, l'annu-

⁹⁶ Au sujet des derniers développements de cette affaire, voir un article «Natalie Urwyler verklagt Inselspital erneut», consulté sur le site <https://www.beobachter.ch/prix-courage/prix-courage-gewinnerin-2018-natalie-urwyler-verklagt-inselspital-erneut>, le 1^{er} janvier 2020.

⁹⁷ Voir *supra* II.2.

⁹⁸ Voir *supra* II.2.ae.

⁹⁹ Nous rejoignons ici l'avis de *Rehbinder/Stöckli*, op. cit., N 13 ad art. 328 CO.

¹⁰⁰ OGer ZH, LA 100034-O/U du 30 septembre 2011, consid. 3.4.

¹⁰¹ OGer ZH, LA 100034-O/U du 30 septembre 2011, consid. 3.2, 3.5

¹⁰² *Geiser/Müller/Pärli*, op. cit., N 656b; *Riemer-Kafka/Überschlag*, op. cit., art. 10 GIG N 53–54.

¹⁰³ *Héloïse Rosello*, Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, Zurich 2016, N 624 p. 304.

¹⁰⁴ Message du Conseil fédéral concernant la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 14 décembre 1998, FF 1999 1421,1439; *Rosello*, op. cit., N 624 p. 304.

lation judiciaire d'un licenciement aura pour conséquence le maintien du rapport de travail¹⁰⁵.

Sous l'influence du droit privé, toutefois, ce principe tend à s'assouplir. Au fil des réformes législatives et des arrêts rendus par les juridictions administratives, l'indemnisation devient progressivement la règle¹⁰⁶.

1. Le régime général

a) La diversité des régimes prévus par les statuts

Entrée en vigueur en juillet 2013, la révision de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers)¹⁰⁷ a introduit un changement de paradigme quant aux conséquences d'un congé illicite: la réintégration n'est désormais plus la règle mais l'exception. Au contraire de l'ancien droit, la résiliation sans motif objectivement suffisant conduit au seul versement d'une indemnité¹⁰⁸, sous réserve d'un nombre limité de cas, notamment lorsque la résiliation s'avère abusive au sens de l'art. 336 CO¹⁰⁹. Un congé-représailles peut ainsi être annulé sur cette base. En pareille hypothèse, les rapports de travail se poursuivent et l'entité employeuse doit proposer à la personne employée de la réintégrer au poste qu'elle occupait ou, si cela est devenu impossible, lui proposer «un autre travail pouvant raisonnablement être exigé» d'elle¹¹⁰. La personne employée peut toutefois demander, en lieu et place de la réintégration, une indemnité correspondant à un montant compris entre six et douze mois de salaire¹¹¹. En pratique, la résiliation abusive

n'est toutefois que rarement admise par le Tribunal administratif fédéral¹¹².

Les législations cantonales présentent quant à elles une grande diversité de régimes en cas de résiliation infondée¹¹³. Si certains cantons ont consacré le principe de la réintégration, d'autres ont laissé à l'entité employeuse ou au justiciable, le soin de choisir entre réintégration ou indemnisation, ou n'ont édicté aucune norme réglant ce point particulier¹¹⁴. Certains cantons ont complètement abandonné le principe de la réintégration, et ne prévoient que l'indemnisation de la personne congédiée¹¹⁵, selon la logique prévalente en droit privé.

A Genève, la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC)¹¹⁶ a notamment fait l'objet d'une modification en 2015. Contrairement à la révision susmentionnée du droit du personnel de la Confédération, la réforme genevoise a consacré le principe de la réintégration en cas de résiliation ne reposant pas sur un motif fondé¹¹⁷. Selon la majorité du Grand Conseil, la réintégration de la personne licenciée constitue le seul moyen de garantir que cette dernière éprouve «un sentiment de justice»¹¹⁸. En outre, la réintégration *peut* être proposée par la Cour de justice à l'autorité compétente lorsque la résiliation repose sur un motif fondé, mais a été décidée en violation des

¹⁰⁵ *Thierry Tanquerel*, De quelques idées reçues en droit de la fonction publique, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.), *Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Genève 2015, pp. 313–314, cité dans Arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice du 27 mars 2018 (ATA/287/2018), consid. 7.a, p. 17.

¹⁰⁶ *Rosello*, op. cit., N 649 et 650 pp. 319–320.

¹⁰⁷ RS 172.220.1.

¹⁰⁸ Art. 34b al. 1 let. a LPers.

¹⁰⁹ Art. 34c al. 1 let. b LPers; également lors du licenciement d'un lanceur d'alerte (let. a), d'une résiliation prononcée pendant une des périodes visées à l'art. 336c, al. 1 CO (let. c); ou discriminatoire en vertu des art. 3 ou 4 LEg (let. d.).

¹¹⁰ Art. 34c al. 1 LPers.

¹¹¹ Art. 34c al. 2 LPers.

¹¹² *Rémy Wyler/Mathieu Brigueat*, *La fin des rapports de travail dans la fonction publique*, Berne 2017, pp. 97–98 et les arrêts cités. A notre connaissance, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle LPers, aucune décision n'a prononcé la réintégration d'un fonctionnaire suite à un congé-représailles sur la base de l'art. 34c al. 1 let. b LPers.

¹¹³ Arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice du 27 mars 2018 (ATA/287/2018), consid. 7.c.; *Rosello*, op. cit., N 629 pp. 307–308.

¹¹⁴ Voir *Rosello*, op. cit., N 629 pp. 307–308 et les renvois aux dispositions cantonales pertinentes. Voir aussi *Pierre Moor/François Bellanger/Thierry Tanquerel*, *Droit administratif*, Volume III: L'organisation des activités administratives, Les biens de l'Etat, Berne 2018, p. 635.

¹¹⁵ *Id.* Il s'agit notamment du canton de Zoug (art. 14 PersG/ZG).

¹¹⁶ RS/GE B 5 05.

¹¹⁷ Art. 31 al. 2 LPAC; Rapport du secrétariat du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 29 septembre 2015, PL 7526-F, pp. 11 et 20–21.

¹¹⁸ Cf. Débats parlementaires relatés dans ATA/287/2018 du 27 mars 2018, consid. 7.b; Rapport du secrétariat du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 29 septembre 2015, PL 7526-F, p. 25.

exigences formelles¹¹⁹. En cas de refus de l'autorité compétente ou de la partie recourante, seule une indemnité sera octroyée¹²⁰.

b) Les assouplissements au principe de la réintégration issus de la jurisprudence

Même lorsqu'une réintégration est ordonnée, la jurisprudence permet à l'autorité d'engagement de s'opposer si le maintien de l'emploi se révèle impossible pour des raisons objectives (liées aux spécificités du poste ou de la fonction en cause) ou subjectives (relatives à la personne licenciée)¹²¹. L'impossibilité peut ainsi résulter de difficultés relationnelles entre la personne congédiée et ses anciens collègues de travail, pour autant que les divergences soient propres à détruire définitivement le rapport de confiance nécessaire à la collaboration¹²². L'impossibilité ne doit pas résulter de la seule absence de bonne volonté de l'entité employeuse¹²³. L'autorité judiciaire ne peut toutefois revoir qu'avec réserve l'appréciation faite par l'autorité administrative eu égard à l'impossibilité de réintégrer¹²⁴.

Le maintien ou non des rapports de confiance entre la personne employée et l'entité employeuse paraît être le principal critère à prendre en considération pour déterminer dans quelle mesure une réintégration peut raisonnablement être exigée. A notre sens, les considérations développées dans la partie relative au droit privé concernant le fait que la partie employeuse ne saurait se prévaloir d'une rupture des rapports de confiance subséquente et liée au licenciement abusif s'appliquent également en droit public¹²⁵.

La Cour de justice du canton de Genève tend à renoncer à la réintégration et à ordonner le paiement d'une indemnité lorsque la loi lui permet de faire ce choix¹²⁶ et que l'autorité administrative a fait valoir dans le cadre de la procédure judiciaire une rupture des rapports de confiance¹²⁷.

2. Le régime spécial de la loi sur l'égalité

a) L'art. 5 al. 1 let. b LEg

La loi sur l'égalité prévoit plusieurs actions inspirées du droit de la personnalité (art. 28 ss CC)¹²⁸, dont celle en cessation de l'atteinte (art. 5 al. 1 let. b LEg). Cette action vise à faire cesser un état de fait discriminatoire au sens de la loi sur l'égalité, notamment un licenciement « à raison du sexe » ou de la grossesse (art. 3 LEg).

Lorsque les rapports de travail sont régis par le Code des obligations, la personne lésée ne pourra toutefois prétendre qu'au versement d'une indemnité, correspondant au maximum à six mois de salaire (art. 5 al. 2 phr. 1 et al. 4 phr. 3 LEg).

L'annulation du congé via une action en cessation (art. 5 al. 1 let. b LEg) ne peut donc être obtenue que lorsque les rapports de travail relèvent du droit public¹²⁹. En principe, l'art. 5 al. 1 let. b LEg permet au personnel de l'Etat de demander la réintégration suite à un licenciement discriminatoire¹³⁰.

¹¹⁹ Art. 31 al. 3 LPAC.

¹²⁰ Art. 31 al. 4 LPAC.

¹²¹ Arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice du 27 mars 2018 (ATA/287/2018), consid. 7.e et références citées.

¹²² *Id.*; Voir également ATAF 2009/58, consid. 9.2 (rendu sous l'ancienne LPers).

¹²³ Arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice du 27 mars 2018 (ATA/287/2018), consid. 7.e et références citées.

¹²⁴ Cf. Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-7764/2009 du 9 juillet 2010, consid. 2.

¹²⁵ Voir *supra* II.2.b.

¹²⁶ Art. 31 al. 3 LPAC; art. 105 du Statut du personnel de la Ville de Genève du 31 décembre 2010, LC 21 151.

¹²⁷ Cf. par exemple, arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice du 20 février 2018 (ATA/148/2018), consid. 9.a. et arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice du 28 mai 2019 (ATA/948/2019), consid. 11.c. (en lien avec le Statut du personnel de la ville de Genève).

¹²⁸ *Aubert*, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, op. cit., art. 5 LEg N 6.

¹²⁹ *Riemer-Kafka/Überschlag*, op. cit., art. 5 GLG N 40.

¹³⁰ La LPers fédérale prévoit expressément un droit à la réintégration en cas de licenciement discriminatoire au sens de la LEg (art. 34c al. 1 let. d LPers). Des auteures considèrent que l'art. 5 al. 1 let. b LEg permet également d'exiger la réintégration du travailleur en cas de non-renouvellement discriminatoire des rapports de travail (*Kathrin Arioli/Felicitas Furrer Iseli*, L'application de la loi sur l'égalité aux rapports de travail de droit public, Bâle Genève Munich 2000, pp. 85–86 N 179; *Kathrin Arioli*, art. 13 GLG N 67, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (éd.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2^e éd., Bâle 2009).

b) La loi sur l'égalité et son articulation avec les lois sur le personnel

L'assouplissement du principe de la réintégration décrit aux sections précédentes nous invite à reconsidérer la manière dont s'articulent les régimes des différents statuts du personnel avec la LEg.

La doctrine est divisée sur cette question. Si certains paraissent admettre que le droit public puisse exclure la voie de la réintégration et prévoir uniquement une réparation pécuniaire en cas de licenciement discriminatoire au sens de la LEg¹³¹, d'autres estiment que cette loi fédérale s'oppose à l'application de réglementations n'offrant pas la possibilité de demander une réintégration¹³². Si on suit ce second courant, la personne employée pourrait requérir, sur la base de l'art. 5 al. 1 let. b LEg, l'annulation d'un licenciement discriminatoire (art. 3 LEg) ou d'un congé de rétorsion (étroitement lié à la discrimination au sens de l'art. 3 LEg)¹³³, et exiger le maintien de la relation de travail, même lorsque la législation cantonale sur le personnel ne prévoit que le versement d'une indemnité¹³⁴.

Une telle interprétation permet d'offrir au personnel de l'Etat soumis à une loi cantonale ayant supprimé le droit au maintien de la relation de travail, une protection similaire à celle que prévoit l'art. 10 LEg pour les rapports régis par le Code des obligations. Les personnes employées dans le secteur privé ou public sont ainsi mises au bénéfice d'une protection égale¹³⁵, conformément à ce qui avait été souhaité par le Conseil fédéral lors de l'adoption de la loi sur l'égalité¹³⁶.

¹³¹ Aubert, op. cit., art. 5 LEg N 35. Voir l'arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice du 11 août 2015 (ATA/805/2015, consid. 7), résumé sur www.leg.ch/jurisprudence (GE 6.6.2012, 19.6.2014 et 14.6.2016), qui adhère à cette position.

¹³² Arioli/Furrer Iseli, op. cit., pp. 85–86 N 179; Christian Bruchez, art. 13 LEg N 37, in: Gabriel Aubert/Karine Lempen (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011; Arioli, op. cit., art. 13 GLG N 67.

¹³³ Arioli/Furrer Iseli, op. cit., pp. 88–89 N 188; Arioli, op. cit., art. 13 GLG N 70.

¹³⁴ Arioli/Furrer Iseli, op. cit., p. 86 N 179. Le régime de protection instauré par la LEg prime en effet les lois cantonales sur le personnel, de par la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.).

¹³⁵ Arioli/Furrer Iseli, op. cit., pp. 88–89 N 188.

¹³⁶ Art. 2 LEg; Message relatif à la loi sur l'égalité, FF 1993 I 1163, 1208.

Reconnaissant implicitement la nécessité d'aligner la protection accordée au personnel de l'Etat sur celle aménagée pour le secteur privé, un arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 17 septembre 2018 rappelle que l'art. 10 LEg constitue un cas particulier de résiliation abusive au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO, de sorte qu'il est directement applicable aux rapports de travail avec la Confédération par le biais de l'art. 34c al. 1 let. b LPers¹³⁷.

IV. Conclusion

La question de la réintégration d'une personne licenciée à titre de représailles illustre l'influence réciproque du droit privé du travail et du droit de la fonction publique. Au début des années nonante, l'art. 10 LEg a été adopté afin de faire bénéficier les personnes salariées soumises au Code des obligations d'une protection aussi forte que celle dont pouvait alors se prévaloir le personnel de l'Etat. Depuis lors, le droit de la fonction publique a fait l'objet de plusieurs réformes. Diverses lois sur le personnel ainsi que la jurisprudence y relative ont assoupli le principe du maintien des rapports de travail suite à un congé de rétorsion et tendent à privilégier l'indemnisation monétaire en lieu et place de la réintégration.

La solution consacrée par l'art. 10 LEg pour le secteur privé, à savoir la possibilité de demander l'annulation d'un licenciement notifié à une personne qui a fait valoir son droit à ne pas être discriminée au sens de l'art. 3 LEg, s'avère soudainement plus protectrice que celle prévue par différents statuts du personnel. Les considérations qui ont conduit à l'adoption de l'art. 10 LEg – à savoir la nécessité d'assurer une protection égale dans le secteur privé et public – permettent aujourd'hui de fonder un droit à la réintégration lorsque les régimes de droit public ne l'assurent plus.

¹³⁷ TF, 8C_134/2018 du 17 septembre 2018, consid. 3.2 et 4 non publié in: ATF 144 II 345 = JdT 2019 II 316. L'ancien art. 14 al. 6 LPers renvoyait explicitement à l'art. 10 LEg. En l'espèce, la réalisation des conditions prévues à l'art. 10 al. 1 LEg a été niée. Affaire résumée sur www.gleichstellungsgesetz.ch Eidg. Bundesverwaltung Fall 8 (consulté le 13.3.2020).

En pratique, l'argument de la destruction des rapports de confiance met souvent en échec le droit à la réintégration, que ce soit parce que le tribunal renonce à ordonner le maintien des rapports de travail ou parce que la partie employeuse se prévaut d'une telle destruction pour libérer de son obligation de prester la personne dont le licenciement a été annulé. Or, la partie employeuse ne devrait pas être autorisée à se prévaloir d'une dégradation de la relation survenue suite et à cause de son propre comportement, à savoir une résiliation des rapports de travail jugée abusive par le tribunal.

Pour cette raison, nous sommes d'avis qu'une décision judiciaire annulant un congé de rétorsion fonde un droit à une occupation effective, indépendamment du type de profession exercé et du secteur considéré (privé ou public). Soulignons que la reconnaissance d'un tel droit n'empêche pas la personne salariée d'y renoncer au profit d'une indemnisation, notamment lorsque les circonstances du cas concret lui font craindre d'importants conflits interpersonnels en cas de réintégration.