



Rapport de recherche

2021

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Analyse de la jurisprudence fédérale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2019)

Lempen, Karine; Voloder, Aner

How to cite

LEMPEN, Karine, VOLODER, Aner. Analyse de la jurisprudence fédérale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2019). 2021

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:147888>

Analyse de la jurisprudence fédérale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2019)

Rapport de recherche

DOMAINE DROIT

Département fédéral de l'intérieur DFI
Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra



TITRE

Analyse de la jurisprudence fédérale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2019)

EDITEUR

Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG

AUTEUR-E-S

Karine Lempen, Aner Voloder

DIFFUSION

Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG
Schwarztorstrasse 51, 3003 Berne
ebg@ebg.admin.ch
www.bfeg.admin.ch

Ce rapport a été réalisé sur mandat du BFEG. Ses appréciations et interprétations ne reflètent pas forcément le point de vue du mandant.



Photo: Keystone/Gaëtan Bally

Alain Berset, conseiller fédéral
Chef du Département fédéral de l'intérieur

2021 ne marque pas seulement le jubilé du droit de vote des femmes. C'est aussi l'année des 25 ans de l'entrée en vigueur de la loi sur l'égalité qui représente une avancée fondamentale dans l'égalité entre les sexes. Et pour cause : elle permet de porter devant la justice toute discrimination fondée sur le sexe subie dans le cadre professionnel, quel que soit le secteur concerné.

Mais la loi sur l'égalité est-elle réellement efficace ? Cette question appelle une analyse de la jurisprudence. Une étude commandée par le BFEG en 2017 pour examiner la pratique des tribunaux cantonaux est arrivée à la conclusion que l'application de la loi peut être améliorée. Quant à la présente analyse, elle concerne les arrêts du Tribunal fédéral (TF), et elle permet ainsi de compléter les connaissances en matière judiciaire. Il est important pour les auto-

rités politiques de disposer d'analyses scientifiques comme celles-ci pour continuer à faire progresser l'égalité en Suisse.

L'égalité de fait entre les femmes et les hommes dans la vie professionnelle est une priorité du Conseil fédéral. Elle formera l'un des axes de la stratégie nationale en matière d'égalité, qui sera adoptée cette année.

L'égalité, la vraie, celle vécue au quotidien, pas l'égalité rhétorique faite de promesses, ne peut progresser que si la conscience sociale progresse. Les avancées en matière d'égalité sont toujours le résultat d'un engagement collectif, des efforts conjugués des milieux associatif, scientifique, politique et judiciaire. Sans oublier les personnes qui changent vraiment la donne : ces personnes courageuses qui n'acceptent pas l'injustice, ces innombrables infirmières, médecins, éducatrices, enseignantes ou couturières qui revendiquent haut et fort le droit à l'égalité devant les tribunaux.

Leur exemple et leur courage sont source d'inspiration, tout particulièrement en cette période difficile due au coronavirus. C'est maintenant qu'il faut avancer, dans ce moment pourtant justement propice aux régressions. Je suis très heureux de pouvoir vous présenter cette contribution au débat en cette année anniversaire de la loi sur l'égalité.



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT
Département de droit civil



PÔLE BERENSTEIN
DROIT DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Analyse de la jurisprudence fédérale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2019)

Rapport de recherche

Sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG

Karine Lempen, Prof. Dr. iur.

Aner Voloder, lic. iur.

Genève, janvier 2021

Table des matières

Liste des abréviations	4
Résultats principaux	7
1. Contexte	8
2. Objectif	9
3. Méthodologie	9
3.1 Collecte des données.....	9
3.2 Elaboration de la grille d'analyse	9
3.3 Détermination des arrêts exploitables – analyse.....	10
3.4 Synthèse de l'analyse	10
4. Résultats de l'analyse	10
4.1 Nombre d'arrêts par année (Q 1).....	10
4.2 Nombre d'arrêts publiés aux ATF (Q 2)	11
4.3 Nombre d'arrêts par Cour (Q 3)	12
4.4 Langue de la procédure (Q 4)	12
4.5 Nombre de cas par canton (Q 5)	12
4.6 Composition du tribunal (Q 6).....	13
4.7 Représentation de la partie salariée (Q 7)	13
4.8 Maintien des rapports de travail (Q 8 et Q 9)	14
4.9 Fondements juridiques (Q 11 et Q 12)	15
4.10 Existence d'une procédure de conciliation (Q 13)	15
4.11 Durée de la procédure (Q 15 et Q 16).....	16
4.12 Parties à la procédure et action des organisations (Q 17-20)	16
4.13 Informations sur la partie salariée (Q 21-24)	17
4.14 Type de contrat (Q 26), taux d'occupation (Q 27), fonction d'encadrement (Q 30)	18
4.15 Nature des rapports de travail (Q 3 et Q 28).....	18
4.16 Branche (Q 29).....	18
4.17 Durée des rapports de travail (Q 31).....	19
4.18 Discrimination directe ou indirecte (Q 33).....	19
4.19 Mesures positives (Q 34)	19
4.20 Motif de la discrimination (Q 35)	20
4.21 Moment où intervient la discrimination fondée sur la grossesse ou la maternité (Q 36)	21
4.22 Discrimination multiple (Q 37)	21
4.23 Type de discrimination (Q 38)	22
4.24 Congé de rétorsion (Q 39-41).....	23

4.25 Harcèlement sexuel (Q 42-48).....	24
4.26 Allègement du fardeau de la preuve (Q 50-54).....	27
4.27 Grief de l'arbitraire (ou autre garantie procédurale) (Q 55-56).....	29
4.28 Avis de l'office fédéral spécialisé (Q 57-58)	30
4.29 Actions en prévention, cessation et constatation (Q 59 et 60).....	31
4.30 Action en paiement du salaire dû (Q 61-70)	31
4.31 Indemnité pour discrimination à l'embauche (Q 71-76).....	31
4.32 Indemnité pour licenciement discriminatoire (Q 77-83)	32
4.33 Indemnité pour harcèlement sexuel (Q 84-87).....	33
4.34 Dommages-intérêt et tort moral (Q 88-95)	34
4.35 Frais de justice (Q 97-98).....	34
4.36 Dépens (Q 99).....	35
4.37 Issue de la procédure (Q 101-102)	36
4.38 Issue de la procédure selon le type de discrimination	37
4.39 Admission du recours (Q 102)	38
5. Conclusion	39
6. Recommandations.....	42
A. Autorités législatives	42
B. Professions juridiques	42
C. Bureaux de l'égalité.....	43
D. Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG)	43
E. Associations de défense des travailleuses et travailleurs	43
F. Milieu de la recherche	43
7. Bibliographie.....	44
7.1 Doctrine	44
7.2 Messages et rapports du Conseil fédéral	45
8. Annexe 1 – Grille d'analyse	46
9. Annexe 2 – Liste des arrêts analysés	59
9.1 Arrêts publiés aux ATF.....	59
9.2 Arrêts non publiés	59

Liste des abréviations

AF	Administration fédérale
AG	canton d'Argovie
AI	canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures
AJP/PJA	Revue Pratique Juridique Actuelle
al.	alinéa
AR	canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures
art.	article
ARV/DTA	Revue Droit du travail et d'assurance chômage
ATF	Recueil Officiel des Arrêts du Tribunal fédéral
BE	canton de Berne
BFEG	Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes
BL	canton de Bâle-Campagne
BS	canton de Bâle-Ville
c.	considération
CAJ-CE	Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 (RS 0.108)
CERT	Centre d'étude des relations de travail, Université Neuchâtel
cf.	se reporter à
CF	Conseil fédéral
CHF	francs suisses
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CSDH	Centre suisse de compétence pour les droits humains
Cst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101)
FF	Feuille fédérale
FR	canton de Fribourg
GE	canton de Genève

GL	canton de Glaris
GR	canton des Grisons
ILO	International Labour Organisation
JU	canton du Jura
LHand	Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (RS 151.3)
LEg	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1)
let.	lettre
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
LU	canton de Lucerne
NE	canton de Neuchâtel
NW	canton de Nidwald
OJ	Loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire (abrogée)
OW	canton d'Obwald
p.	page
p. ex.	par exemple
Q	question
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RS	Recueil systématique du droit fédéral suisse
RTF	Règlement du 20 novembre 2006 du Tribunal fédéral (RS 173.110.131)
RSI	Radiotelevisione svizzera di lingua italiana
SG	canton de Saint-Gall
SH	canton de Schaffhouse
SJZ/RSJ	Revue suisse de jurisprudence
SO	canton de Soleure
SSP	Syndicat des services publics
SZ	canton de Schwytz
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
TG	canton de Thurgovie
TI	canton du Tessin

UR	canton d'Uri
VD	canton de Vaud
VS	canton du Valais
ZG	canton de Zoug
ZSR/RDS	Revue de droit suisse
ZH	canton de Zurich

Résultats principaux

La présente analyse porte sur 81 arrêts rendus par le Tribunal fédéral en lien avec la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) sur une période de seize ans (2004-2019). Tous les arrêts sont accessibles via le site www.bger.ch. Les décisions de principe sont en outre publiées au Recueil Officiel des Arrêts du Tribunal fédéral (ATF). Les principaux résultats sont les suivants :

1. La proportion d'arrêts publiés aux ATF en matière de LEg (15%) est élevée si on la compare au pourcentage d'arrêts publiés tous domaines confondus (3%) (cf. 4.2).
2. Les cas portés devant le Tribunal fédéral en matière de LEg proviennent majoritairement des cantons de Zurich et Genève, dotés de grands centres urbains (cf. 4.5).
3. Au moment du recours au Tribunal fédéral, les rapports de travail ne subsistent que dans environ un tiers des cas, exclusivement relatifs à une discrimination salariale et presque uniquement dans le secteur public. Dans 93% des cas de droit privé, les rapports de travail ont été résiliés (cf. 4.8).
4. Le plus souvent, les recours au Tribunal fédéral fondés sur la LEg ont pour objet une plainte pour discrimination salariale dans la fonction publique (cf. 4.3, 4.15).
5. La durée totale de la procédure judiciaire fondée sur la LEg est, en moyenne, inférieure à quatre ans. Devant le Tribunal fédéral la procédure dure, en moyenne, moins d'un an, avec des différences selon la Cour compétente (cf. 4.11).
6. Les organisations au sens de l'art. 7 LEg utilisent peu leur droit d'action. Les 9 cas recensés ne concernent que des procès pour discrimination salariale en Suisse alémanique (cf. 4.12).
7. Alors que, de façon générale, les femmes sont nettement moins nombreuses que les hommes à saisir le Tribunal fédéral, la majorité des personnes qui intentent un recours au Tribunal fédéral fondé sur la LEg sont des travailleuses, souvent âgées de plus de 50 ans (cf. 4.13).
8. Plus de la moitié des litiges portés devant le Tribunal fédéral en matière de LEg concerne les professions de la santé ou de l'éducation (cf. 4.16).
9. Fréquentes au niveau cantonal, les affaires relatives à une discrimination en raison de la maternité sont rarement portées jusqu'au Tribunal fédéral (cf. 4.20). La proportion de cas relatifs à un licenciement discriminatoire est nettement plus faible au niveau fédéral que devant les instances cantonales (cf. 4.23). Les recours au Tribunal fédéral concernant ce type de discrimination ont une issue très souvent défavorable à la partie salariée (cf. 4.37).
10. Dans un peu plus de la moitié des cas relatifs à une plainte pour harcèlement sexuel, les actes établis à l'échelon cantonal n'ont pas été considérés comme « harcelants » ou « importuns » au sens de l'art. 4 LEg (cf. 4.25).
11. Le Tribunal fédéral n'est pas plus sévère que les instances cantonales lorsqu'il applique l'art. 6 LEg. Dans une majorité des cas, la vraisemblance n'est pas admise et la discrimination non prouvée (cf. 4.26).
12. Le Tribunal fédéral a un pouvoir d'examen limité (cf. 4.27). Les recours intentés par la partie salariée ne sont admis que dans 27% des cas, ce qui ne veut pas dire que celle-ci obtienne alors gain de cause, le Tribunal fédéral renvoyant souvent l'affaire à l'instance précédente pour nouvelle décision (cf. 4.39).
13. Dans un peu plus de la moitié des cas, le Tribunal fédéral invite le Bureau fédéral de l'égalité à se déterminer (art. 102 LTF) ; cela concerne uniquement des affaires relatives au personnel de la fonction publique. Dans un cas sur deux, le Tribunal ne suit pas l'avis de cet office fédéral spécialisé (cf. 4.28).

1. Contexte

La loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)¹ est **en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1996**. Elle interdit la discrimination, directe ou indirecte, fondée sur le sexe, dans le cadre des rapports de travail salariés soumis au droit privé ou public.

L'efficacité de la loi a été évaluée en 2003-2005, sur mandat de l'Office fédéral de la justice². Les principaux résultats de cette évaluation sont présentés dans un **rapport du Conseil fédéral du 15 février 2006**³. Le rapport conclut que la LEg est trop peu souvent appliquée et que les possibilités offertes par cette loi « ne sont pas assez connues des avocats et des juges »⁴.

En **2016**, une **étude du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)** en matière d'accès à la justice en cas de discrimination⁵ met aussi en évidence divers problèmes qui empêchent les personnes discriminées en raison du sexe dans la vie professionnelle de faire valoir leurs droits, notamment :

« droit de recours des organisations limité à l'action en constatation de droit, difficultés d'apporter les preuves nécessaires en raison d'un manque d'information, absence d'allègement du fardeau de la preuve en cas de discrimination à l'embauche et de harcèlement sexuel et réglementation insuffisante concernant les sanctions. A cela s'ajoute le risque inhérent à tout procès, qui implique de devoir s'acquitter des frais de procédure de la partie adverse en cas de déboutement ». En outre, « il n'existe aucun service étatique disposant de compétences d'investigation et d'intervention auprès des employeurs ». Enfin, « les personnes concernées (employés, employeurs, membres du barreau, autorités judiciaires et services étatiques) continuent d'être insuffisamment sensibilisées malgré les mesures déjà prises »⁶.

Basé sur cette étude du CSDH, un **rapport du Conseil fédéral du 25 mai 2016** en réponse au postulat 12.3543 Naef relève, au sujet de la connaissance insuffisante du « droit anti-discrimination », à quel point la sensibilisation est « une tâche permanente »⁷, qui « repose sur la disponibilité des données relatives à la discrimination ». Il appelle de ses vœux une analyse approfondie de la jurisprudence rendue en matière de LEg⁸.

En **2017**, le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) a publié une **analyse portant sur 190 décisions cantonales rendues en matière de loi sur l'égalité (LEg)**⁹.

Les résultats de cette étude (par la suite : Analyse 2017) ont été présentés aux milieux concernés dans divers cantons, notamment à Soleure, lors de la 10^e réunion nationale des offices de conciliation au sens de la LEg. À cette occasion, plusieurs membres ont demandé au BFEG de mandater une étude de la jurisprudence *fédérale* relative à la LEg, complémentaire à celle susmentionnée, en vue d'une publication en 2021, 25 ans après l'entrée en vigueur de cette loi.

¹ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg), RS 151.1.

² STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL, Rapport de synthèse.

³ Rapport CF évaluation LEg, 3074 ss.

⁴ Rapport CF évaluation LEg, 3089, 3094.

⁵ KÄLIN/LOCHER, Rapport de synthèse, p. 7. Les différentes parties de l'étude ainsi que l'état d'avancement de la mise en œuvre des recommandations formulées à cette occasion peuvent être téléchargés à partir du site <<https://www.skmr.ch/frz/domaines/genre/publications/etude-discrimination.html>> (consulté le 28.08.20).

⁶ Rapport CF discrimination, p. 6-7, chiffre 2.2.1; HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2, p. 42-43.

⁷ Rapport CF discrimination, p. 17-18, chiffre 4.3.4.

⁸ Rapport CF discrimination, p. 18, chiffre 4.3.5.

⁹ LEMPEN/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). Rapport de recherche, sur mandat du BFEG, Université de Genève, 2017.

Le 8 mars 2019, le BFEG a mandaté l'Université de Genève, en la personne de Mme Karine Lempen, professeure ordinaire de droit du travail à la Faculté de droit, pour effectuer, avec M. Aner Voloder, collaborateur scientifique au Département de droit civil de cette faculté, l'analyse susmentionnée¹⁰.

Le mandat a pour objet l'analyse de la jurisprudence fédérale rendue en matière de LEg entre 2004 (début de la période sous revue lors de l'Analyse 2017) et 2019 (année de l'attribution du mandat).

2. Objectif

La présente étude s'inscrit dans la continuité des travaux mentionnés dans la précédente section et vise notamment à compléter les constats dressés lors de l'Analyse 2017 en étudiant la jurisprudence fédérale en matière de LEg sur une période de seize ans.

Plus largement, l'objectif est de contribuer à la recherche concernant la mise en œuvre judiciaire du droit du travail¹¹. Une partie conclusive propose des pistes destinées à améliorer l'accès à la justice en cas de discrimination fondée sur le sexe dans le domaine de l'emploi.

3. Méthodologie

Le projet de recherche s'est déroulé en quatre étapes principales.

3.1 Collecte des données

Les recherches effectuées entre janvier et décembre 2019 sur le site internet du Tribunal fédéral (bger.ch) ont permis d'identifier 139 arrêts se référant à la LEg pour la période s'étendant du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2019.

3.2 Elaboration de la grille d'analyse

La grille utilisée en 2016-2017 pour l'analyse de la jurisprudence cantonale a été reprise dans le cadre de la présente étude, afin de faciliter la comparaison des résultats. Le document est subdivisé en huit sections (voir Annexe 1) :

1. Informations générales
2. Historique de la procédure
3. Parties à la procédure
4. Informations relatives à l'emploi exercé
5. Analyse juridique
6. Aspects financiers
7. Issue de la procédure
8. Autres

Les questions à examiner ont été adaptées de façon à tenir compte des spécificités du Tribunal fédéral, notamment des différents types de recours¹², du fait que notre Haute Cour statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 et 118 al. 1 LTF), est limitée par les conclusions des parties

¹⁰ L'analyse statistique a été réalisée avec le soutien de Mme Dr.rer.pol. SILVIA ROTHEN, directrice de Rothen Ecotronics à Berne. Par ailleurs, Mme ROXANE HUTMACHER, titulaire du brevet d'avocate et assistante-doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Genève, a relu avec soin le présent texte. Nous les remercions de leur précieuse contribution.

¹¹ Pour un aperçu de l'état de la recherche, voir COLÀS-NEILA/YÉLAMOS-BAYARRI.

¹² En particulier, pour les litiges fondés sur la LEg, le recours en matière civile (art 72 ss LTF), le recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF) et le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF).

(art. 107 al. 1 LTF) et peut trancher sur le fond ou renvoyer l'affaire aux instances précédentes (art. 107 al. 2 LTF).

3.3 Détermination des arrêts exploitables – analyse

Sur les 139 arrêts identifiés (voir *supra* 3.1), 50 mentionnent la LEg sans l'appliquer. Ses dispositions y sont uniquement évoquées à titre de comparaison, par exemple dans le cadre de procès relatifs au principe général d'égalité et à l'interdiction de discriminer (art. 8 al. 1 et al. 2 Cst.)¹³, à la loi sur l'égalité pour les handicapés (LHand)¹⁴, à l'égalité entre les sexes hors contexte professionnel (art. 8 al. 3 Cst.)¹⁵ ou lors de procédures pénales en lien avec un cas de harcèlement sexuel¹⁶. Inexploitables, ces arrêts n'ont pas été pris en considération.

Ont aussi été soustraits du champ de l'analyse, 3 décisions d'irrecevabilité¹⁷ et 5 arrêts rendus suite à un procès intenté par une personne accusée de harcèlement sexuel afin de contester la sanction dont elle a fait l'objet (à savoir, dans 3 cas, un licenciement avec effet immédiat)¹⁸.

Au final, **81 arrêts** ont été jugés directement utiles.

Une même affaire peut donner lieu à plusieurs arrêts lorsque le Tribunal fédéral rend une décision cassatoire puis renvoie la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision (art. 107 al. 2 LTF) et que celle-ci donne lieu à un recours.

Une grille (voir *supra* 3.2) a été remplie pour chacun des 81 arrêts retenus.

3.4 Synthèse de l'analyse

Les réponses consignées dans les 81 grilles d'analyse ont été compilées dans un fichier permettant de comparer et croiser les résultats (table de pivot Excel).

4. Résultats de l'analyse

4.1 Nombre d'arrêts par année (Q 1)¹⁹

Le tableau relatif à la répartition par année des 81 arrêts analysés montre que le Tribunal fédéral rend en moyenne **5 arrêts par an** fondés sur la LEg²⁰. Il s'agit d'une petite partie de la jurisprudence fédérale rendue chaque année en matière de droit du travail²¹.

¹³ Voir p. ex. TF, 2C_319/2009, c. 7.2 (impôt à la source).

¹⁴ Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées, RS 151.3. Voir p. ex : TF, 2C_153/2017, c. 8.2.1.

¹⁵ TF, 2C_1051/2016, c. 5 (taxe d'exemption de l'obligation de servir).

¹⁶ TF, 6B_804/2008, c. 2.2.

¹⁷ TF, 4A_239/2019 ; 8C_649/2010 ; 8C_846/2011.

¹⁸ Droit du travail (résiliation immédiate du rapport de travail soumis au droit privé ou public) : TF, 4A_105/2018 ; 2P.19/2004 ; 8C_422/2013. Droit pénal : TF, 6B_836/2009 ; 6B_1254/2018. A noter aussi deux arrêts concernant un travailleur licencié pour avoir harcelé sexuellement, sans référence à la LEg: TF, 4A_124/2017 (propos sexistes dans un bar lors d'un pot de départ) ; 4A_251/2009 (envoi d'une photographie du sexe en érection).

¹⁹ La mention (Q N) renvoie au numéro de la question correspondante dans la grille d'analyse (voir Annexe 1).

²⁰ Si on ajoute les 7 arrêts rendus suite au recours d'un employé accusé de harcèlement sexuel (voir *supra* note 18), la moyenne par année s'élève à 5.55 (n=88).

²¹ A titre de comparaison, en 2019, le Tribunal fédéral a traité 134 affaires en matière de contrat de travail (droit privé) et 71 concernant le droit de la fonction publique (rapport de gestion 2019, pp. 28-30).

Tableau n° 1 : Nombre d'arrêts par année (n= 81)

2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
4	7	4	17	5	9	7	4	1	2	1	3	5	5	4	3

Le chiffre particulièrement élevé en 2007 est lié au fait qu'un grand nombre d'affaires ont été tranchées au niveau cantonal avant le 1^{er} janvier 2007, date de l'entrée en vigueur de la LTF. Cette loi a supprimé le principe de la gratuité de la procédure devant le Tribunal fédéral²², y compris pour les litiges relatifs à la LEg (tarif réduit prévu à l'art. 65 alinéas 4 et 5 LTF, voir *infra* 4.35). En vertu du droit transitoire (art. 132 LTF), les procédures de recours contre les arrêts cantonaux rendus jusqu'au 31 décembre 2006 demeurent régies par l'OJ, avec notamment pour conséquence de moindres coûts pour les parties au procès²³.

4.2 Nombre d'arrêts publiés aux ATF (Q 2)

Tous les arrêts du Tribunal fédéral sont accessibles via le site www.bger.ch. Les décisions de principe²⁴ sont en outre publiées au Recueil Officiel des Arrêts du Tribunal fédéral (ATF). « La cour compétente décide de la publication » (art. 58 al. 2 RTF). Les arrêts publiés aux ATF sont réputés connus des avocates et avocats²⁵.

En 2019, sur 7'937 affaires tranchées (toutes matières confondues), seules 231 (2.9 %) ont été publiées aux ATF²⁶.

En matière de LEg, le pourcentage d'arrêts publiés est comparativement élevé. En effet, sur les 81 arrêts rendus entre 2004 et 2019 dans ce domaine, 12 (14.8%) ont été jugés dignes d'une publication aux ATF.

La I^{ère} Cour de droit social est celle qui a rendu le plus de décisions de principe méritant publication (8 arrêts publiés aux ATF sur un total de 21 arrêts relatifs à la LEg). Les arrêts publiés proviennent rarement de la I^{ère} (1 arrêt) ou II^{ème} Cour de droit public (2 arrêts) ou encore de la I^{ère} Cour de droit civil (1 arrêt²⁷ sur les 30 arrêts rendus en matière de LEg durant la période 2004-2019, voir *infra* 4.3).

Pareilles différences peuvent s'expliquer par la délimitation des compétences entre Cours. Les Cours de droit public puis, dès 2009, la I^{ère} Cour de droit social traitent des affaires relatives au personnel du secteur public (art. 34 let. h RTF) et doivent notamment se prononcer sur la classification de professions dans l'échelle de traitement des cantons ou communes. Il est permis de supposer que ces cas soulèvent plus de questions de principe que les litiges entre particuliers sous l'angle du droit privé.

Les 12 arrêts publiés aux ATF font suite à des plaintes pour discrimination salariale (8)²⁸, pour refus d'embauche discriminatoire (3)²⁹ ou pour congé de rétorsion (1)³⁰.

²² FF 2001 4103.

²³ Voir CS/LTF-FERRARI, N 5-6 *ad* art. 132 LTF.

²⁴ Une telle décision « porte sur une question juridique importante pour l'application du droit fédéral qui n'a pas encore été tranchée ou qui, bien que déjà tranchée, a été réexaminée en fonction d'arguments nouveaux ou parce qu'il convenait de préciser la jurisprudence » (CS/LTF-WURZBURGER, N 8 *ad* art. 27 LTF).

²⁵ ATF 134 III 534 (responsabilité selon l'art. 398 al. 2 CO) ; CS/LTF-WURZBURGER, N 9 *ad* art. 27 LTF.

²⁶ Rapport de gestion 2019, p. 12.

²⁷ ATF 133 II 545 (seul arrêt publié durant la période sous revue appliquant la LEg dans le cadre de rapports de travail soumis au droit privé).

²⁸ ATF 131 II 393 (SO) ; 133 II 545 (GE) ; 136 II 393 (SG) ; 138 II 1 (ZH) ; 141 II 411 (AG) ; 142 II 49 (BL) ; 143 II 366 (AG) ; 144 II 65 (SH).

²⁹ ATF 131 II 361 (FR) ; 133 II 257 (GE) ; 145 II 153 (AF).

³⁰ ATF 144 II 345 (AF).

Durant la période sous revue, aucun arrêt relatif au harcèlement sexuel n'a été publié aux ATF³¹.

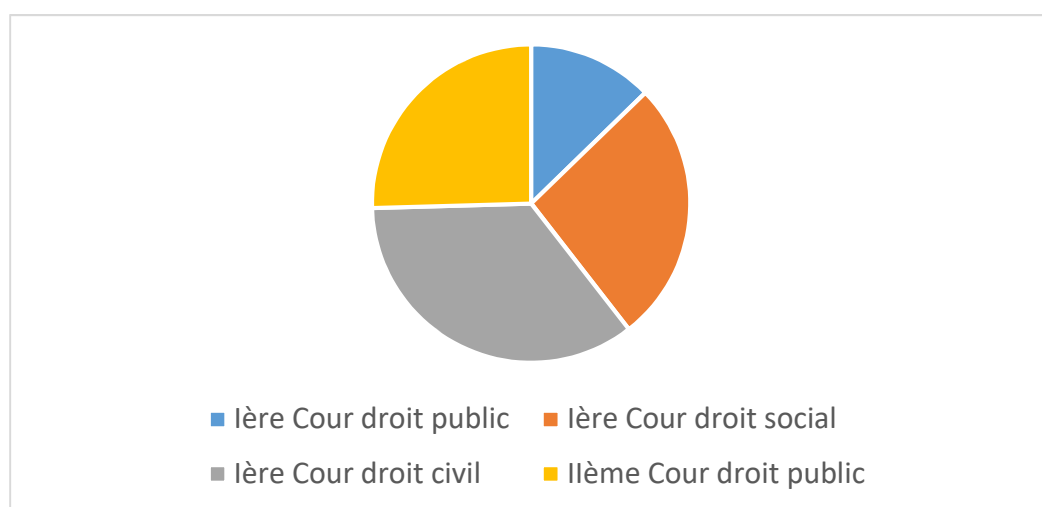
4.3 Nombre d'arrêts par Cour (Q 3)

Les recours déposés jusqu'au 31 décembre 2008 dans le cadre d'affaires relatives au personnel du secteur public ont été traités par les Cours de droit public. Entre 2004 et 2009, la I^{ère} Cour a rendu 10 arrêts³² (12.35 %) et la II^{ème} Cour 20³³ (24.69 %). Par la suite, les litiges de droit de la fonction publique ont été attribués à la I^{ère} Cour de droit social (art. 34 let. h RTF) qui a rendu 21 arrêts³⁴ (25.93 %) entre 2010 et 2019.

Les cas concernant le personnel de la fonction publique représentent une majorité (63%) des affaires relatives à la LEg (voir *infra* 4.15 et, pour une possible explication, 4.36).

La I^{ère} Cour de droit civil a rendu 30 arrêts³⁵ (37%) entre 2004 et 2019.

Graphique : Nombre d'arrêts par Cour (n=81)



4.4 Langue de la procédure (Q 4)

Sur 81 arrêts analysés, 49 (60.49%) sont en allemand, 31 (38.27%) en français et 1 (1.23%) en italien.

La répartition par langue correspond à celle observée lorsqu'on prend en considération la totalité des affaires traitées par le Tribunal fédéral, sous réserve de la représentation particulièrement faible de l'italien³⁶, la présente étude ne recensant qu'une seule procédure émanant de la Suisse italienne³⁷.

4.5 Nombre de cas par canton (Q 5)

Le nombre de cas portés devant le Tribunal fédéral varie beaucoup d'un canton à l'autre.

³¹ A notre connaissance, un seul arrêt a été publié aux ATF au sujet de l'art. 4 LEg : ATF 126 III 395 (2000).

³² 2007 (1), 2008 (2), 2009 (7).

³³ 2004 (2), 2005 (3), 2006 (2), 2007 (12), 2008 (1).

³⁴ 2010 (4), 2011 (2), 2013 (1), 2015 (2), 2016 (3), 2017 (4), 2018 (3), 2019 (2).

³⁵ 2004 (2), 2005 (4), 2006 (2), 2007 (4), 2008 (2), 2009 (2), 2010 (3), 2011 (2), 2012 (1), 2013 (1), 2014 (1), 2015 (1), 2016 (2) ; 2017 (1) ; 2018 (1), 2019 (1).

³⁶ Sur 7937 procédures liquidées par le Tribunal fédéral en 2019, 4781 (60.2%) se sont déroulées en allemand, 2717 (34.2%) en français, et 439 (5.6%) en italien (rapport de gestion 2019, p. 19).

³⁷ TF, 4C.138/2005.

Tableau n°2 : Nombre de cas par canton (n=81)

AG	AR	BE	BL	BS	FR	GE	NE	SG	SH	SO	TI	VD	VS	ZG	ZH	AF
7	1	2	2	2	4	17	1	4	1	3	1	6	1	1	22	6

Sur les 81 arrêts analysés, 22 proviennent du canton de Zurich et 17 du canton de Genève.

L'analyse 2017 avait déjà révélé que la plupart des actions fondées sur la LEg proviennent de ces deux cantons dotés de grands centres urbains³⁸, où pratiquent plusieurs avocates et avocats spécialistes en la matière.

En revanche, peu d'arrêts fédéraux sont rendus suite à des affaires émanant des cantons de Berne, Bâle-Ville et Bâle-Campagne (2 pour chacun d'entre eux), alors que l'analyse 2017 avait recensé plusieurs décisions bernoises et bâloises³⁹, qui n'ont donc pas fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

Parmi les cantons qui n'apparaissent pas dans le tableau ci-dessus, certains figuraient dans les statistiques de l'analyse 2017 (GR, LU, TG, SZ, UR)⁴⁰, alors que d'autres (AI, GL, JU, NW, OW) sont totalement absents. Le fait qu'aucune procédure fondée sur la LEg n'ait pu être recensée dans ces derniers cantons peut s'expliquer, notamment, par leur taille ou l'absence de bureaux de l'égalité.

Enfin, sur les 81 arrêts analysés, 6 ne peuvent être rattachés à aucun canton puisqu'ils ont été rendus suite à des litiges survenus au sein de l'Administration fédérale⁴¹.

4.6 Composition du tribunal (Q 6)

« En règle générale, les cours statuent à trois juges » (art. 20 al. 1 LTF). Elles statuent à cinq juges « si la cause soulève une question juridique de principe » ou à la demande d'un ou une juge (art. 20 al. 2 LTF). Sur 81 arrêts, 49 (60.5%) ont été rendus par trois juges⁴² et 32 (39.5%) dans une composition élargie à cinq⁴³.

La LTF n'impose pas une composition paritaire dans les litiges relatifs à la LEg. Toutefois, lors de la désignation des juges appelés à siéger, la présidente ou le président de la Cour compétente doit notamment veiller à la « participation de membres des deux sexes lorsque la nature du litige paraît le justifier » (art. 40 al. 2 let. c RTF).

Les arrêts analysés (81) ont été rendus le plus souvent par un groupe mixte, comportant au moins une femme ou au moins un homme (51). Il existe toutefois plusieurs cas relatifs à la LEg où le jugement émane uniquement d'hommes (19) ou uniquement de femmes (11). Aucune corrélation n'a été trouvée entre le sexe des juges et l'issue de la procédure (favorable ou défavorable à la partie salariée, voir *infra* 4.37). Il en va de même pour ce qui est de l'âge des juges ou de leur appartenance à un parti politique.

4.7 Représentation de la partie salariée (Q 7)

En matière civile, « seuls ont qualité pour agir comme mandataires devant le Tribunal fédéral les avocats autorisés à pratiquer [...] » (art. 40 al. 1 LTF). En revanche, pour ce qui est des litiges relatifs au droit de

³⁸ Analyse 2017 p. 10 : nombre de décisions par canton (n= 204) : GE (83), ZH (48). Voir aussi : Rapport CF évaluation LEg, 3070.

³⁹ Analyse 2017 p. 10 : nombre de décisions par canton (n= 204) : BE (9), BL (14), BS (14).

⁴⁰ Analyse 2017 p. 10 : nombre de décisions par canton (n= 204) : GR (3), LU (3), TG (2), SZ (1), UR (1).

⁴¹ ATF 144 II 345 ; ATF 145 II 153 ; TF, 2A.127/2006 ; 2A.453/2003 ; 2A.597/2003 ; 8C_605/2016.

⁴² 1^{ère} Cour de droit public (8), II^{ème} Cour de droit public (9), I^{ère} Cour de droit civil (28), I^{ère} Cour de droit social (4)

⁴³ 1^{ère} Cour de droit public (2), II^{ème} Cour de droit public (11), I^{ère} Cour de droit civil (2), I^{ère} Cour de droit social (17).

la fonction publique, l'accès au Tribunal fédéral n'est pas subordonné à la condition que les parties soient représentées.

En pratique toutefois, sur 81 arrêts, 75 (**92.6%**) indiquent que **la partie salariée est assistée d'une avocate ou un avocat**.

Parmi les 6 affaires (7.4%) sans représentation professionnelle figurent 4 cas où la partie salariée dispose elle-même d'une formation en droit⁴⁴.

4.8 Maintien des rapports de travail (Q 8 et Q 9)

67 arrêts donnent des indications quant à la poursuite des rapports de travail durant la procédure judiciaire (37 cas relèvent du droit public et 30 sont régis par le droit privé).

Au moment du dépôt initial de la requête devant une autorité de conciliation ou un tribunal, la relation de travail subsiste dans 34 cas (**50.7%**), soit un peu plus de la moitié⁴⁵. Toutefois, sur ces 34 cas, seul 6 cas concernent des rapports de travail soumis au droit privé (contre 28 soumis au droit public).

Si on concentre l'analyse sur les 30 cas régis par le droit privé, on constate que les rapports de travail sont maintenus dans 6 cas (20%) et ont pris fin dans 24 cas (80%)⁴⁶.

Au moment du recours au Tribunal fédéral, soit plusieurs années après le dépôt initial de la demande en justice, les rapports de travail ne subsistent plus que dans 21 cas (**31.3%**), dont 2 sont soumis au droit privé et 19 régis par le droit public.

A nouveau, si on s'intéresse uniquement aux 30 cas régis par le droit privé, on observe que seuls 2 cas (6.7%) ne mentionnent aucune résiliation du contrat de travail.⁴⁷ Dans 28 cas (93.3%), l'état de fait indique que les rapports de travail ont pris fin⁴⁸.

Ainsi, comme déjà constaté il y a 15 ans, les actions fondées sur la LEg impliquent très souvent la perte de l'emploi, en particulier dans le secteur privé⁴⁹.

Une analyse selon le **type de discrimination** invoqué révèle que, dans la quasi-totalité des cas (9 sur 10), les procès pour harcèlement sexuel sont intentés après la fin de rapports de travail. Au moment où le Tribunal fédéral se prononce, les rapports de travail ont été résiliés dans la totalité des cas (10 sur 10).

Les affaires où les rapports de travail ont subsisté malgré la procédure intentée jusqu'au Tribunal fédéral ne concernent que des plaintes pour discrimination salariale. Dans le secteur public, ces procès sont souvent intentés par plusieurs personnes, parfois parallèlement aux actions des organisations de défense du personnel (art. 7 LEg, cf. 4.12), afin de contester la façon dont une profession est classée sur le plan salarial. De telles circonstances sont sans doute de nature à dépersonnaliser le conflit et, dès lors, à favoriser le maintien des rapports de travail.

⁴⁴ Dont 1 cas où une avocate exerce un recours en matière civile : TF, 4A_12/2007 publié aux ATF 133 III 545. Les autres procédures sans représentation professionnelle concernent des rapports de travail de droit public : TF, 2A.597/2003 ; 2A.279/2004 (= ATF 131 II 393) ; 2A.509/2006 ; 8C_1006/2012 ; 8C_134/2018 (= ATF 144 II 345).

⁴⁵ Les rapports de travail ont pris fin dans 33 cas (49.2%), dont 24 sont soumis au droit privé et 9 régis par le droit public.

⁴⁶ A l'inverse, si on analyse uniquement les 37 cas soumis au droit public, on constate que les rapports de travail subsistent dans 28 cas (75.7%) et ont pris fin dans 9 cas (24.2%).

⁴⁷ TF, 4A_449/2008 (assistante sociale auprès d'une fondation) et TF, 4C.138/2005 (journaliste RSI).

⁴⁸ Pour ce qui est des 37 cas de droit public : les rapports de travail subsistent dans 19 cas (51.3%) et ont pris fin dans 18 cas (48.6%), à savoir un peu moins de la moitié.

⁴⁹ Rapport CF évaluation LEg, FF 2006 3061, 3081. Voir aussi Analyse 2017, p. 13.

4.9 Fondements juridiques (Q 11 et Q 12)

Dans une majorité (55) des 81 arrêts analysés (68%), la partie salariée invoque la LEg en sus du Code des obligations (25 sur 55, soit 45%) ou des différentes lois sur le personnel (30 sur 55, soit 55%).

Il est peu fréquent qu'une action soit fondée uniquement sur la LEg (26 cas, 32%), ce qui a des conséquences, notamment, en matière de frais judiciaires (cf. 4.35).

Seuls deux arrêts se réfèrent à la Convention des Nations Unies du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)⁵⁰. Le premier, qui porte sur une plainte pour discrimination salariale en raison de la maternité, rappelle le caractère directement applicable de certaines dispositions (notamment l'art. 11 al. 2 let. b CEDEF qui consacre le droit à un congé de maternité rémunéré avec garantie du maintien de l'emploi antérieur, des droits d'ancienneté et des avantages sociaux)⁵¹. Le second, relatif à une plainte pour refus d'embauche fondé sur l'orientation sexuelle, se limite à relever qu'il n'a pas été établi en quoi la CEDEF pourrait être d'un quelconque secours au recourant⁵².

4.10 Existence d'une procédure de conciliation (Q 13)

En matière civile, depuis le 1^{er} janvier 2011, « la procédure au fond est précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation » (art. 197 CPC)⁵³. Toutefois, dans les litiges relevant de la loi sur l'égalité, « le demandeur peut décider unilatéralement de renoncer à la procédure de conciliation » (art. 199 al. 2 let. c CPC). Lorsque les rapports de travail sont soumis au droit public, les règles relatives à la procédure de conciliation varient d'un canton à l'autre.

Dans **79 %** des cas (64 sur 81), **aucune tentative de conciliation** n'a eu lieu⁵⁴. L'analyse 2017 sur la jurisprudence cantonale indiquait une proportion nettement plus faible d'affaires sans tentative de conciliation (41%)⁵⁵. Les affaires où une telle démarche apparaît d'emblée vaine sont plus susceptibles que les autres d'aboutir devant le Tribunal fédéral.

Seul 21% des arrêts (17 sur 81) font état d'une tentative de conciliation. Il s'agit principalement de procès pour discrimination salariale (11 cas sur 17). Une procédure de conciliation a rarement lieu dans les affaires relatives à un harcèlement sexuel, un licenciement ou un refus d'embauche discriminatoire.

L'analyse par canton révèle que la conciliation est souvent tentée en Argovie (5 cas sur 7) et à Fribourg (3 cas sur 4). En revanche, les affaires qui arrivent jusqu'au Tribunal fédéral débutent rarement par une tentative de conciliation à Genève (2 cas sur 17) et à Zurich (1 cas sur 22).

La procédure de conciliation est facultative pour le personnel de la Confédération⁵⁶. Aucun des six arrêts concernant un recours contre une décision du Tribunal administratif fédéral (TAF, cf.4.5) ne fait état d'une tentative de conciliation.

⁵⁰ RS 0.108.

⁵¹ TF, 8C_605/2016, c. 6.3, qui se réfère à l'ATF 137 I 305 (non-renouvellement de la Commission pour l'égalité du canton de Zoug), c. 3.2.

⁵² ATF 145 II 153, c. 4.5.2.

⁵³ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC), RS 272.

⁵⁴ Près de deux tiers (65%) des cas sans tentative de conciliation concernent des rapports de travail de droit public.

⁵⁵ Analyse 2017, p. 12.

⁵⁶ Ordonnance du 10 décembre 2004 concernant la commission de conciliation selon la loi sur l'égalité, RS 172.327.1, art. 8 al. 1.

4.11 Durée de la procédure (Q 15 et Q 16)

La **durée totale** de la procédure judiciaire (depuis la saisine de l'autorité de conciliation ou du tribunal de première instance jusqu'à l'arrêt du Tribunal fédéral) fondée sur la LEg est en moyenne **inférieure à quatre ans** (46.6 mois)⁵⁷.

Devant le **Tribunal fédéral** la procédure dure en moyenne **moins d'un an** (9.2 mois)⁵⁸.

La longueur des procédures relatives à la LEg diffère selon les Cours. La procédure devant la I^{ère} Cour de droit civil ne dure que 6.4 mois alors que celle devant la I^{ère} Cour de droit social s'étend sur 11.4 mois⁵⁹. Pareille différence est probablement due au fait que la I^{ère} Cour de droit social siège nettement plus souvent que la I^{ère} Cour de droit civil avec cinq juges (art. 20 al. 2 LTF) au lieu de trois (art. 20 al. 1 LTF, cf. 4.6). En outre, la I^{ère} Cour de droit social invite fréquemment l'Office fédéral spécialisé (à savoir le BFEG) à se déterminer (art. 102 LTF), alors que la I^{ère} Cour de droit civil ne procède jamais à cette consultation (cf. 4.28). Enfin, on peut supposer que le nombre total d'affaires introduites auprès des différentes Cours représente aussi un facteur explicatif⁶⁰.

4.12 Parties à la procédure et action des organisations (Q 17-20)

Initialement, l'action en justice fondée sur la LEg est intentée par la partie salariée contre la partie employeuse dans la totalité des 81 arrêts examinés.

La présente étude recense 9 arrêts indiquant que la requête initiale émane d'une ou plusieurs **organisations** au sens de l'art. 7 LEg. Dans 4 cas (relatifs au système salarial de la ville de Zurich), les associations agissent seules, afin de faire constater l'existence d'une discrimination⁶¹. Dans 5 arrêts (dont certains rendus dans le cadre des mêmes affaires en Argovie et à Saint-Gall), l'action en constatation (art. 7 LEg) s'effectue parallèlement à l'action individuelle en paiement du salaire (art. 5 al. 1 let. d LEg)⁶². Il s'agit uniquement de procès pour discrimination salariale dans le secteur public en Suisse allemande.

Le droit d'action des organisations au sens de l'art. 7 LEg demeure donc peu utilisé⁶³, en particulier dans les cantons latins, ou pour faire constater des discriminations dans le secteur privé portant sur d'autres aspects que la rémunération, comme le refus de promotion⁶⁴.

Devant le Tribunal fédéral, le recours est intenté le plus souvent (64.2%) uniquement par la partie salariée (individu et/ou organisation au sens de l'art. 7 LEg), moins souvent par la partie employeuse (21

⁵⁷ Médiane : 39 mois.

⁵⁸ Médiane : 9 mois.

⁵⁹ I^{ère} Cour de droit public : 12.2 mois ; II^{ème} Cour de droit public : 9.6 mois.

⁶⁰ En 2019, le nombre des affaires introduites s'élevait à 725 pour la I^{ère} Cour de droit civil et à 874 pour la I^{ère} Cour de droit social (rapport de gestion 2019, p. 9).

⁶¹ TF, 2A.93/2007 et 2A.94/2007 ; 2A.95/2007 et 2A.96/2007 ; 2A.97/2007 et 2A.98/2007 ; 8C_119/2005.

⁶² TF, 8C_696/2016 (3 associations, ZH) ; 8C_693/2016 = ATF 143 II 366 (3 associations, AG) ; 8C_366/2014 = ATF 141 II 411 (1 association, AG) ; 8C_1012/2010 (6 associations, SG) ; 8C_78/2009 = ATF 136 II 393 (6 associations, SG).

⁶³ L'évaluation de la loi sur l'égalité publiée en 2006 n'avait permis de recenser que 32 actions intentées par des organisations sur 269 décisions récoltées (11%). Voir le rapport CF évaluation LEg, FF 2006 3061, 3076. Voir aussi Analyse 2017, pp. 15-16 : 8 actions intentées par des organisations, dont 3 en soutien à des actions individuelles, sur 190 décisions analysées (4.2%).

⁶⁴ A notre connaissance, il n'existe qu'un seul cas d'action fondée sur l'art. 7 LEg portant sur un autre aspect que la rémunération. Pour un résumé de cette ancienne procédure, qui n'a pas donné lieu à un arrêt du Tribunal fédéral, voir www.leg.ch/jurisprudence VD 06.08.2003 (refus de promotion en raison de la maternité ; qualité pour agir de l'Association vaudoise pour les droits de la femme).

%) et dans une minorité de cas (14.8%) par les deux parties à la fois. Si on ajoute ces derniers cas à ceux où seule la partie salariée saisit le Tribunal fédéral, on constate que le **recours est intenté par la partie salariée dans 79% des cas**⁶⁵. Un tel pourcentage est sans doute dû au taux élevé de procédures cantonales dont l'issue est défavorable à cette dernière⁶⁶.

Le recours au Tribunal fédéral est intenté par une organisation dans 6 arrêts. Dans 3 cas, l'association agit avec les individus directement concernés.

4.13 Informations sur la partie salariée (Q 21-24)

Sur un total de 81 arrêts du Tribunal fédéral relatifs à la LEg, peu d'entre eux (6 cas, 7.4%) ont été rendus suite à un recours intenté par une personne salariée de **sexe** masculin. La majorité des personnes physiques qui intentent un recours au Tribunal fédéral sont des travailleuses (54 cas, 66.7%)⁶⁷, alors que les femmes saisissent cette instance, de façon générale, nettement moins souvent que les hommes⁶⁸.

24 arrêts permettent de connaître l'**âge** de la partie salariée au moment du jugement. Dans 1 cas seulement (4.2%), la travailleuse est âgée de moins de 35 ans. Dans 6 cas (25%), elle se situe dans la tranche 35-50 ans. Dans 17 cas (70.8 %), la travailleuse est âgée de plus de 50 ans. Une telle proportion peut être due au fait que l'âge n'est souvent thématiqué (conjointement avec l'ancienneté)⁶⁹ que lorsqu'il avance et devient propre à entraîner un devoir de protection particulier (art. 328 CO)⁷⁰. On peut aussi supposer que les femmes en-dessous de 50 ans, en particulier les mères de jeunes enfants, renoncent plus souvent à saisir le Tribunal fédéral par manque de temps. Dans 11 arrêts, l'existence d'**enfants** est mentionnée. Il s'agit surtout de plaintes pour licenciement discriminatoire en lien avec la maternité⁷¹.

Seuls 5 arrêts évoquent l'**état civil** de la partie employée : mariée (2), divorcée (2) ou célibataire (1). La présente étude n'a permis d'identifier aucun cas de discrimination fondée sur l'état civil (art. 3 al. 1 LEg, cf. 4.20).

2 arrêts indiquent que la partie employée est de **nationalité étrangère**.

La **religion** (christianisme⁷², islam⁷³) est mentionnée dans 2 jurisprudences.

Aucun arrêt ne fait état d'un **handicap** de la personne salariée.

⁶⁵ La partie employeuse recourt (seule ou avec la partie salariée) dans 35.8% des cas.

⁶⁶ Selon l'Analyse 2017, p. 27, l'issue de la procédure a été entièrement ou majoritairement défavorable à la partie salariée dans 62.5% des cas (n=165).

⁶⁷ Le pourcentage restant correspond aux recours intentés par des personnes morales employeuses ou des organisations au sens de l'art. 7 LEg.

⁶⁸ Comme l'a montré une étude du CSDH sur l'accès à la justice portant sur 4383 arrêts (toutes matières confondues) rendus par le Tribunal fédéral sur une période de 18 mois. La différence entre femmes et hommes est particulièrement marquée dans le domaine du droit des contrats, qui inclut le droit privé du travail. Voir WYTENBACH/BRAUN, pp. 7-11.

⁶⁹ Sur les 17 cas où la travailleuse est âgée de plus de 50 ans, 9 indiquent que celle-ci est au bénéfice de plus de 10 ans d'ancienneté. Sur la durée des rapports de travail, voir *infra* 4.17.

⁷⁰ Voir ATF 132 III 115 ; TF, 4A_384/2014 ; LEMPEN, Licenciement, pp. 83-86.

⁷¹ Tel est le cas dans 8 affaires sur 11. Les 3 autres affaires constituent 1 plainte pour congé de rétorsion au sens de l'art. 10 LEg et 2 procès pour discrimination salariale, dont l'un a donné lieu à l'arrêt 8C_605/2016 (prise en considération des absences liées au congé de maternité lors de l'évaluation des prestations de travail).

⁷² TF, 4A_178/2010 (Harcèlement sexuel, référence à la « sensibilité de femme et de chrétienne » de l'employée d'un Evêché).

⁷³ TF, 4C.473/2004 (Licenciement d'une bibliothécaire chargée de créer un centre dédié à la culture islamique).

4.14 Type de contrat (Q 26), taux d'occupation (Q 27), fonction d'encadrement (Q 30)

Dans la plupart des cas (95%)⁷⁴, la partie salariée était au bénéfice d'un contrat de **durée** indéterminée.

Durant la période précédant l'action en justice, la personne salariée était engagée avec un **taux d'occupation** de 100% dans 27 cas (67.5%) et à temps partiel dans 13 cas (32.5%)⁷⁵.

Dans 56 cas (76.8%), la partie salariée n'exerçait pas une **fonction** de cadre, au sens où elle n'avait aucune personne sous sa responsabilité. Dans 15 cas (18%)⁷⁶, elle avait une fonction d'encadrement. De façon générale, selon l'Office fédéral de la statistique, les femmes sont bien plus nombreuses que les hommes à travailler comme salariée sans « fonction de chef »⁷⁷.

4.15 Nature des rapports de travail (Q 3 et Q 28)

Comme mentionné plus haut (cf. 4.3), sur les 81 arrêts analysés, 30 concernaient des rapports de droit privé (37%) et 51 avaient pour objet des rapports de droit public (63%).

Lors de l'évaluation 2005 de la loi sur l'égalité déjà, « une bonne moitié des décisions rendues par les tribunaux (54%) concernaient des rapports de travail de droit public »⁷⁸.

4.16 Branche (Q 29)

Tableau n° 3 : Branche concernée (n = 80⁷⁹)

Nombre de cas	Branche
24	Santé
19	Education
17	Services
7	Administration communale, cantonale, fédérale
5	Commerce
2	Hôtellerie, restauration
2	Médias
1	Industrie
1	Justice, droit
1	Assurances
1	Culture

Plus de la moitié des affaires concernent le domaine de la santé (30%) ou de l'éducation (23.7%).

La branche de la santé est celle avec le nombre le plus élevé de cas. Sur les 24 cas recensés, 18 avaient pour objet des plaintes pour discrimination salariale dans le canton de Zurich⁸⁰.

⁷⁴ Dans 57 cas sur les 60 où l'information était disponible. Dans 3 cas (5%), le contrat était de durée déterminée.

⁷⁵ Sur 40 cas où l'information était disponible. L'Analyse 2017 arrive à des résultats similaires (pp. 13-14).

⁷⁶ Sur 71 cas où l'information était disponible. Sur ces 15 cadres, 5 sont de sexe masculin.

⁷⁷ <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/egalite-femmes-hommes/activite-professionnelle/situation-profession.html>> (consulté le 26.08.2020).

⁷⁸ Rapport CF évaluation LEg, 3070.

⁷⁹ 1 arrêt sur les 81 analysés ne donne aucune indication sur la branche concernée.

⁸⁰ Voir aussi Analyse 2017 p. 15.

Déjà lors de l'évaluation de la loi sur l'égalité, « un peu plus d'une décision sur cinq concernait des professions de la santé » et les personnes exerçant ces professions avaient « le plus souvent fait valoir une discrimination salariale »⁸¹.

4.17 Durée des rapports de travail (Q 31)

Tableau n° 4 : Durée des rapports de travail (en années)

Nombre de cas où l'information est disponible (n = 66)	Durée
4 (6%)	0 (pas de rapport de travail, embauche)
4 (6%)	< 1
22 (33.3%)	1 – 5
15 (22.7%)	6 – 10
21 (31.8%)	> 10

Comme déjà indiqué lors de l'Analyse 2017⁸², les actions pour discrimination sont souvent intentées au cours des 5 années qui suivent le début de la relation contractuelle.

La présente étude révèle en outre un grand nombre de cas où la personne salariée a plus de 10 années d'ancienneté⁸³.

4.18 Discrimination directe ou indirecte (Q 33)

73 arrêts (sur 81) permettent de répondre à la question de savoir si la discrimination (invoquée ou admise) était de nature directe ou indirecte (art. 3 al. 1 LEg)⁸⁴. Les cas qui ont pour objet uniquement un harcèlement sexuel (art. 4 LEg) ou un congé-rétorsion (art. 10 LEg) ne sont pas pris en considération (cf. 4.26).

Alors que l'Analyse 2017 indiquait au niveau des instances cantonales une part nettement plus faible de cas ayant pour objet une plainte pour discrimination indirecte⁸⁵, la présente analyse révèle que les deux types de discrimination occupent le Tribunal fédéral dans une proportion similaire.

En effet, une courte majorité d'arrêts (37 cas, 50.6%) a pour objet une discrimination directe.

Un peu moins de la moitié (36 cas, 49.3%) a trait à une discrimination indirecte.

Souvent plus complexes sur le plan juridique, les cas de discrimination indirecte recensés dans cette étude concernent uniquement des plaintes pour discrimination salariale dans le secteur public.

4.19 Mesures positives (Q 34)

Sur les 81 arrêts analysés, seul 1 fait référence à des mesures positives (art. 3 al. 3 LEg). Il s'agit de l'ATF 131 II 361 qui précise les conditions auxquelles un quota peut être prévu pour favoriser l'engagement du sexe sous-représenté dans le secteur public (en l'espèce, corps professoral de l'Université de

⁸¹ Rapport CF évaluation LEg, 3070.

⁸² Analyse 2017, p. 14.

⁸³ Sur l'âge de la partie salariée, cf. 4.13.

⁸⁴ Les 8 cas restants pour arriver au total de 81 sont 5 affaires relatives à un harcèlement sexuel (art. 4 LEg), 2 procès ayant pour objet un congé-rétorsion (art. 10 LEg) et 1 cas traitant à la fois du harcèlement sexuel et du congé-rétorsion, à l'exclusion de tout autre type de discrimination interdit par la LEg.

⁸⁵ Voir l'Analyse 2017, p. 18 : 30.5% (indirecte) contre 70.3% (directe).

Fribourg)⁸⁶. A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a jamais eu à se prononcer sur l'adoption de mesures positives dans le cadre de rapports de travail régis par le droit privé.

4.20 Motif de la discrimination (Q 35)

Si l'on fait abstraction des cas de harcèlement sexuel (art. 4 LEg) et de congé-rétorsion (art. 10 LEg), couverts par des normes spéciales, la répartition des décisions selon le motif de discrimination (art. 3 al. 1 LEg) est la suivante :

Tableau n° 5 : Motif de la discrimination (art. 3 al. 1 LEg) (n = 73)

Nombre de cas	Proportion	Motif
67	91.8%	Sexe
0	0%	Sexe + état civil
0	0%	Sexe + situation familiale ⁸⁷
1	1.4%	Grossesse
4	5.5%	Maternité
0	0%	Identité de genre
1	1.4%	Orientation sexuelle

Lors de l'Analyse 2017 au niveau cantonal, 36.5% des décisions portaient sur une discrimination liée à la grossesse, à la maternité ou à la situation familiale. Dans la plupart de ces cas, la discrimination prenait la forme d'un licenciement⁸⁸.

La présente étude révèle que de telles affaires sont rarement portées jusqu'au Tribunal fédéral. En effet, seuls 6.9 % des arrêts ont pour objet une plainte pour discrimination en raison de la grossesse ou de la maternité, généralement en lien avec un licenciement⁸⁹ (sous réserve d'un cas de discrimination salariale⁹⁰). Aucun arrêt n'évoque une discrimination fondée sur l'état civil ou la situation familiale.

Ces résultats paraissent cohérents avec ceux présentés plus haut (cf. 4.13) concernant l'âge relativement avancé (50 +) des femmes qui allèguent une discrimination devant le Tribunal fédéral.

Une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle a été invoquée dans un cas. A cette occasion, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 3 LEg n'est pas applicable aux refus d'embauche fondés uniquement sur l'homosexualité (sans égard au sexe de la personne homosexuelle)⁹¹.

⁸⁶ Pour un résumé, voir www.leg.ch/jurisprudence FR 14.03.2005. Il s'agit d'un des 8 arrêts (sur 81) où la partie salariée est de sexe masculin. Le Tribunal fédéral a en outre été saisi d'une affaire relative à un candidat non retenu pour un poste de professeur à l'Université de Genève. Toutefois, le litige ne portait pas sur l'art. 3 al. 3 LEg : 1C_37/2007 (= ATF 133 II 257) ; 2A.637/2004 et 2P.277/2004. Pour un résumé, voir www.leg.ch/jurisprudence GE 10.07.2007.

⁸⁷ Par exemple, refus d'embauche motivé par le fait que la personne candidate avait des enfants en âge scolaire.

⁸⁸ Grossesse : 16%, maternité : 15%, situation familiale : 5 % (Analyse 2017, p. 17).

⁸⁹ TF, 4A_35/2017 ; 4A_395/2010 ; 4A_507/2013 ; 8C_469/2019. Voir notamment PERRENOUD, pp. 90-91.

⁹⁰ TF, 8C_605/2016.

⁹¹ ATF 145 II 153. Pour un résumé et des liens vers une critique de cet arrêt, voir www.gleichstellungsgesetz.ch Eidg. Bundesverwaltung Fall 9. Voir aussi STEFFANINI, pp. 189-191; HOTZ, pp. 10-11 ainsi que LEMPEN/VOLODER, Aktuelle Entwicklungen, pp. 86-87.

4.21 Moment où intervient la discrimination fondée sur la grossesse ou la maternité (Q 36)

Tableau n° 6 : Moment où intervient la discrimination fondée sur la grossesse ou la maternité (n = 5)

Nombre de cas	Moment
0	Durant la grossesse, avant l'entrée en fonction
0	Durant la grossesse, pendant le temps d'essai
1	Durant la grossesse, après le temps d'essai
0	Durant le congé maternité
4	Au retour du congé maternité

Le faible nombre de procédures au Tribunal fédéral relatives à une plainte pour discrimination fondée sur la maternité n'autorise pas à formuler des conclusions sous forme de pourcentage.

Parmi les 5 arrêts relatifs à une discrimination fondée sur la grossesse ou la maternité (cf. 4.20), la quasi-totalité (4) concerne des actes survenus au retour du congé de maternité⁹².

1 arrêt porte sur un licenciement durant la grossesse⁹³. Ainsi, au total, la présente étude recense 4 procédures en lien avec un licenciement (3 au retour du congé de maternité, 1 pendant la grossesse).

L'Analyse 2017, ainsi qu'une étude précédemment réalisée par le CSDH, ont montré que le retour du congé de maternité est une période délicate au cours de laquelle des licenciements discriminatoires sont souvent notifiés⁹⁴.

4.22 Discrimination multiple (Q 37)

Comme le relevait déjà l'Analyse 2017, une discrimination multiple, fondée à la fois sur le sexe et un ou plusieurs autres motifs prohibés par l'art. 8 al. 2 Cst. n'a été ni invoquée, ni retenue d'office⁹⁵.

Dans un cas tranché par le Tribunal fédéral, une comptable d'**origine** italienne allègue avoir été la cible de propos racistes et sexistes. Le seul acte considéré comme établi étant l'utilisation, par un supérieur hiérarchique, du surnom « Mistinguett » pour désigner la travailleuse en présence de tiers, l'arrêt du Tribunal fédéral est centré sur la question du caractère sexiste ou non de cette appellation. A l'instar de l'instance précédente, notre Haute Cour conclut à l'inexistence d'un harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg⁹⁶. L'origine étrangère de la salariée paraît n'avoir eu aucune influence sur le raisonnement juridique.

En revanche, dans une autre cause portée devant le Tribunal fédéral, le fait que la salariée alléguant un harcèlement sexuel ait pratiqué la **religion** chrétienne semble avoir été pris en considération lors de l'examen des conditions prévues par l'art. 4 LEg⁹⁷.

Aucun des deux arrêts ne se réfère au concept, largement méconnu, de « harcèlement multiple »⁹⁸.

⁹² TF, 4A_395/2010 (licenciement); 4A_35/2017 (licenciement); 8C_605/2016 (salaire); 8C_469/2019 (licenciement).

⁹³ TF, 4A_507/2013.

⁹⁴ Analyse 2017, p. 18; HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2, p. 52.

⁹⁵ Voir Analyse 2017, pp. 16-17.

⁹⁶ TF, 4A_18/2018. Pour un résumé de cette affaire, voir www.leg.ch/jurisprudence TF (VD) 21.11.2018.

⁹⁷ TF, 4A_178/2010 (courriels misogynes propres à heurter l'employée d'un Evêché dans sa sensibilité de femme et de chrétienne). Voir C/LEg-LEMPEN, N 11 *ad* art. 4 LEg.

⁹⁸ Au sujet de cette notion : KLEBER, pp. 393-394.

4.23 Type de discrimination (Q 38)

Tableau n° 7 Type de discrimination (n = 81)

Nombre de cas (total supérieur à 81 car il peut y avoir plusieurs types par arrêt)	Type
55 ⁹⁹	Salaire
15 ¹⁰⁰	Licenciement discriminatoire
14 ¹⁰¹	Harcèlement sexuel
6 ¹⁰²	Promotion
6 ¹⁰³	Embauche
6 ¹⁰⁴	Congé de rétorsion
3 ¹⁰⁵	Attribution des tâches
0	Aménagement des conditions de travail
0	Formation

Le type de discrimination le plus souvent invoqué devant le Tribunal fédéral est la **discrimination salariale** (55 cas sur 81)¹⁰⁶. La majorité des cas (40 sur 55, 73%) concerne des rapports de travail soumis au droit public. Parmi les 40 cas relatifs au secteur public, 39 (97.5 %) proviennent de Suisse allemande. Pour cette région, l'on ne répertorie que 3 arrêts relatifs au secteur privé¹⁰⁷. L'image s'inverse en Suisse romande où seul 1 cas concerne des rapports de travail régis par le droit public¹⁰⁸.

L'Analyse 2017 avait révélé un nombre tout aussi important de procès pour **licenciement discriminatoire**, généralement en lien avec la maternité¹⁰⁹. Comme exposé plus haut (cf. 4.21), ces affaires sont peu souvent portées devant le Tribunal fédéral. Le tableau qui précède recense 15 cas en lien avec un licenciement discriminatoire, dont 12 proviennent de Suisse romande et 13 portent sur la résiliation de rapports de travail soumis au droit privé.

A cela s'ajoutent les litiges relatifs à un **congé de rétorsion** : sur 6 cas, 5 émanent de Romandie.

En ce qui concerne le **harcèlement sexuel**, c'est aussi en Suisse romande que l'on rencontre le plus grand nombre de procédures. Sur 14 arrêts, 11 sont rendus en langue française et 13 concernent le secteur privé.

Les affaires relatives à un refus discriminatoire de **promotion** (6) ou d'**embauche** (6) proviennent presque exclusivement de Suisse romande. Alors que les affaires relatives à un refus de promotion concernent presque uniquement des rapports de droit privé (5 cas sur 6), la totalité des plaintes pour discrimination à l'embauche ont été formulées dans le secteur public.

⁹⁹ Selon la région : Suisse allemande (41), Suisse romande (13), Tessin (1).

¹⁰⁰ Suisse allemande (3), Suisse romande (12).

¹⁰¹ Suisse allemande (3), Suisse romande (11). Si on ajoute les 7 cas où l'action est intentée par la personne accusée de harcèlement sexuel, on arrive à un total de 21 cas relatifs à un harcèlement sexuel, dont une majorité (16 cas, 76 %) émane de la Suisse romande.

¹⁰² Suisse allemande (1), Suisse romande (5).

¹⁰³ Suisse allemande (1), Suisse romande (5).

¹⁰⁴ Suisse allemande (1), Suisse romande (5).

¹⁰⁵ Suisse allemande (1), Suisse romande (2).

¹⁰⁶ Voir aussi : Rapport CF évaluation LEg, 3070.

¹⁰⁷ Sur 41 arrêts en allemand relatifs à une discrimination salariale.

¹⁰⁸ Sur 13 arrêts en français relatifs à une discrimination salariale.

¹⁰⁹ Analyse 2017, p. 19.

Sans surprise eu égard aux résultats de l'Analyse 2017¹¹⁰, aucun arrêt du Tribunal fédéral ne traite d'une discrimination dans l'aménagement des **conditions de travail** (sous réserve des cas de harcèlement sexuel) ou au niveau de la **formation** continue.

En définitive, l'analyse par **type de discrimination**, selon la **nature des rapports de travail** et en fonction de la **région linguistique** révèle que les cas qui occupent le plus fréquemment le Tribunal fédéral sont ceux liés à la rémunération dans le secteur public en Suisse allemande. Viennent ensuite les affaires liées à un licenciement, un harcèlement sexuel ou un refus de promotion, qui proviennent principalement du secteur privé en Suisse romande. A noter encore six cas où un refus d'embauche discriminatoire est allégué dans le secteur public.

Comme déjà relevé, les litiges relatifs au personnel de la fonction publique constituent la majorité des affaires soumises au Tribunal fédéral en lien avec la LEg¹¹¹.

4.24 Congé de rétorsion (Q 39-41)

Sur 81 arrêts, 6 (7,4%) portaient sur une plainte pour congé de rétorsion au sens de l'art. 10 LEg¹¹². Bien que cette disposition se situe dans une section de la LEg consacrée aux rapports de travail soumis au droit privé, un des arrêts¹¹³ qui s'y réfère relève de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers)¹¹⁴.

A noter que 2 des 6 arrêts portant sur une plainte pour congé de rétorsion ont été rendus uniquement sous l'angle de l'art. 336 al. 1 let. d CO, sans référence à l'art. 10 LEg¹¹⁵. Dans le premier cas, la salariée n'ayant pas saisi la justice avant la fin du contrat¹¹⁶, l'art. 10 LEg (dont l'alinéa 3 exige une saisine de l'autorité de conciliation ou du tribunal durant le délai de congé) n'était pas applicable¹¹⁷. Dans le second, la partie salariée a agi en temps utiles, sans toutefois invoquer l'art. 10 LEg¹¹⁸.

L'intérêt d'une action fondée sur l'art. 10 LEg (plutôt que sur l'art. 336 al. 1 let. d CO) réside notamment dans la possibilité, prévue par l'alinéa premier, de demander l'annulation du congé de rétorsion¹¹⁹.

Toutefois, dans un seul des 6 cas recensés, la personne salariée conclut à l'annulation du congé et à sa réintégration (art. 10 al. 1 et al. 3 LEg). Le versement d'une indemnité pour licenciement discriminatoire n'est requis qu'à titre subsidiaire, en cas de refus de la réintégration¹²⁰.

Dans les 5 autres affaires, une indemnité monétaire est demandée dès le début de la procédure¹²¹.

¹¹⁰ Analyse 2017, p. 19.

¹¹¹ Au sujet du nombre d'arrêts par Cour, voir *supra* 4.3.

¹¹² TF, 4A_178/2010 ; 4A_35/2017 ; 4A_18/2018 ; 4C.60/2006 ; 4A_539/2015 ; 8C_134/2018 (= ATF 144 II 345).

¹¹³ TF, 8C_134/2018 = ATF 144 II 345, c. 3.2.2.

¹¹⁴ RS 172.220.1. L'art. 34c al. 1 let. b LPers renvoie à l'art. 336 CO.

¹¹⁵ TF, 4A_18/2018 ; 4C.60/2006. Dans ces deux cas, le licenciement a été signifié après que la salariée ait demandé à la partie employeuse de la protéger contre des actes ou propos harcelants.

¹¹⁶ Comme relevé par SATTIVA SPRING, pp. 4-5.

¹¹⁷ TF, 4A_18/2018, c. 4. Pour un résumé de cette affaire (dite « Mistinguett »), voir www.leg.jurisprudence TF (VD) 21.11.2018.

¹¹⁸ TF, 4C.60/2006. En l'espèce, la salariée a obtenu une indemnité pour congé abusif au sens de l'art. 336 CO d'un montant équivalent à six mois de salaire (CHF 15'000.-).

¹¹⁹ Au sujet du droit à la réintégration suite à l'annulation judiciaire d'un congé de rétorsion, voir LEMPEN/SALEM, pp. 97-110.

¹²⁰ TF, 4A_178/2010. Pour un résumé de cette affaire (Evêché), voir www.leg.ch/jurisprudence FR 14.05.2010.

¹²¹ TF, 4A_35/2017 ; 4A_18/2018 ; 8C_134/2018 (= ATF 144 II 345) ; 4C.60/2006 ; 4A_539/2015.

La présente étude n'a permis de recenser aucun cas dans lequel la partie employée aurait renoncé, au cours du procès, à poursuivre les rapports de travail et modifié ses conclusions afin de demander une indemnité (art. 336a CO) en lieu et place de l'annulation du congé (art. 10 al. 4 LEg).

Aucun des 6 arrêts rendus suite à une plainte pour licenciement au titre de représailles ne retient l'existence d'un congé de rétorsion au sens de l'art. 10 LEg¹²².

Dans 3 cas, les juges ont considéré que le congé reposait sur un « motif justifié » (au sens de l'art. 10 al. 1 LEg), comme des prestations de travail insuffisantes¹²³.

Dans 1 cas, la période de protection (prévue à l'art. 10 al. 2 LEg) était échue¹²⁴.

4.25 Harcèlement sexuel (Q 42-48)

Sur 81 arrêts, 14 (17.2%)¹²⁵ avaient pour objet une plainte pour harcèlement sexuel (art. 4 LEg), parmi lesquels 11 provenaient de Suisse romande.

9 arrêts donnent des informations sur la **forme** du harcèlement sexuel. Dans une majorité des cas (7), le harcèlement sexuel invoqué se manifeste à la fois par des paroles et des gestes. Dans 2 cas, le harcèlement sexuel allégué revêt une forme uniquement verbale¹²⁶. A cela s'ajoute 1 cas où le harcèlement s'effectue exclusivement via l'envoi de courriels¹²⁷ et 1 cas de viol¹²⁸. La présente étude ne recense aucun cas de harcèlement transphobe ou homophobe¹²⁹.

Sur les 14 arrêts rendus suite à une action judiciaire pour harcèlement sexuel, seul 1 porte sur des actes qui se sont produits **hors du lieu de travail** (harcèlement à domicile, notamment via SMS, commis par un directeur à l'encontre d'une collaboratrice en incapacité de travail). En l'espèce, le Tribunal fédéral a néanmoins considéré que le comportement du directeur constituait « une forme caractérisée de harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg »¹³⁰. Dans un arrêt rendu suite au procès intenté par un professeur licencié pour avoir harcelé sexuellement son assistante-doctorante, les actes survenus au domicile de cette dernière paraissent aussi avoir été considérés comme s'inscrivant dans un harcèlement au sens de l'art. 4 LEg¹³¹.

¹²² Dans les affaires ayant donné lieu à TF, 4A_539/2015 et 4C.60/2006, l'existence d'un congé-représailles au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO a été admise. Sur cette base, la salariée a obtenu une indemnité à hauteur de CHF 30'000.- (un peu plus de 3.5 mois de salaire) respectivement CHF 15'000.- (6 mois de salaire).

¹²³ Voir TF, 4A_18/2018. Dans l'arrêt TF, 4A_35/2017 c. 4.6, le licenciement reposait sur un juste motif (au sens de l'art. 337 CO) et donc *a fortiori* sur un « motif justifié » au sens de l'art. 10 al. 1 LEg. Résumé sur www.leg.ch/jurisprudence TF (FR) 31.5.2017.

¹²⁴ TF, 4A_178/2010 (Evêché).

¹²⁵ Sans compter les 7 cas où l'action était intentée par une personne accusée de harcèlement sexuel afin de contester la sanction dont elle a fait l'objet (TF, 4A_105/2018 ; 4A_124/2017 ; 4A_251/2009 ; 8C_422/2013 ; 2P. 19/2004. Sur le plan pénal : TF, 6B_836/2009 ; 6B_1245/2018).

¹²⁶ Appellations sexistes et infantilisantes : TF, 4C.60/2006 (ma petite, ma grande, chouchou) ; 4A_18/2018 (Mistinguett).

¹²⁷ TF, 4A_178/2010 (Evêché).

¹²⁸ Par le patron, aussi maître d'apprentissage : TF, 4A_330/2007, résumé sur www.gleichstellungsgesetz.ch Fall SG 17.

¹²⁹ L'affaire qui a donné lieu à l'ATF 145 II 153 (cf. *supra* 4.20) portait sur des allégations de *non-renouvellement d'un contrat* en raison de l'orientation sexuelle.

¹³⁰ TF, 4A_544/2018, c. 7.2, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence TF (VD) 29.08.2019.

¹³¹ TF, 8C_422/2013, résumé sur www.leg.ch/jurisprudence TF (VD) 9.4.2014. Voir cependant TF, 4A_124/2017 (licenciement immédiat injustifié au vu du manque de gravité des actes, dont une partie avait eu lieu dans un bar lors d'un pot-de-départ), résumé sur www.leg.ch/jurisprudence TF (VD) 31.1.2018.

L'existence d'un harcèlement sexuel a été retenue dans un peu moins de la moitié des cas (6 sur 14, 43 %)¹³².

11 cas donnent des indications sur la façon dont les juges ont apprécié la condition de l'importunité énoncée à l'art. 4 LEg.

Dans 5 affaires, le **caractère importun** des actes est apprécié, d'une part, sur la base du ressenti (subjectif) allégué par la personne invoquant un harcèlement et, d'autre part, à l'aune du ressenti supposé d'une « personne raisonnable du même sexe » placée dans des circonstances similaires (objectif). Ces 5 arrêts retiennent l'existence d'un harcèlement sexuel¹³³.

En revanche, dans 6 cas, le caractère harcelant du comportement est examiné uniquement sur la base du standard de la « personne raisonnable », sans égard à la manière dont la personne concernée a ressenti la situation dans le cas concret¹³⁴. Aucun de ces cas ne retient l'existence d'un harcèlement¹³⁵. Dans 1 arrêt, le Tribunal fédéral relève que la personne salariée n'a pas fourni « le moindre indice objectif » du « prétendu harcèlement »¹³⁶. Dans les 5 autres procédures, les actes allégués sont établis, pour la plupart, mais leur caractère harcelant n'est pas admis, comme en témoignent l'affaire dite « Mistinguett »¹³⁷ ainsi que les extraits de trois autres arrêts reproduits ci-dessous :

¹³² TF, 4A_178/2010 ; 4A_473/2013 ; 4C.289/2006 ; 4D_88/2009 ; 4A_544/2018 ; 4A_330/2007. Une indemnité pour harcèlement sexuel au sens de l'art. 5 al. 3 LEg a été allouée dans tous ces cas, sous réserve du premier (TF 4A_178/2020), où l'Evêché employeur a prouvé avoir pris les mesures nécessaires (voir *infra* 4.33).

¹³³ TF, 4A_178/2010 ; 4A_473/2013 ; 4C.289/2006 ; 4D_88/2009 ; 4A_544/2018.

¹³⁴ Voir C/LEg-LEMPEN, N 10-11 *ad* art. 4 LEg.

¹³⁵ TF, 2A.404/2006 ; 4C.91/2005 ; 4A_18/2018 ; 4C.276/2004 ; 4C.60/2006 ; 4A_13/2010.

¹³⁶ TF, 4C.91/2005, c. 3.2.

¹³⁷ TF, 4A_18/2018 (l'arrêt expose de façon générale la biographie du personnage de Mistinguett et arrive à la conclusion que ce surnom est dépourvu de caractère harcelant). Pour un résumé, voir www.leg.ch/jurisprudence TF (VD) 21.11.2018.

Illustration n° 1 – TF, 2A.404/2006, c. 6.2 (secrétaire, fonction publique)

« Il ressort des nombreux courriers électroniques figurant au dossier que, entre septembre 2002 et mars 2003, la recourante et Z. ont entretenu des rapports empreints de complicité et de confiance. Les protagonistes s'adressaient des compliments, des remarques d'ordre personnel, des encouragements et des conseils. Il n'apparaît nulle part que la recourante aurait été gênée par les compliments de Z. ou importunée par ses messages et qu'elle aurait tenté d'y mettre fin. Au contraire, son attitude et ses réponses systématiques, parfois même instantanées, indiquaient clairement qu'elle acceptait et appréciait ces échanges. Au surplus, aucun message de Z. ne contient de propos, voire d'allusions ou de sous-entendus, à connotation sexuelle, ni de déclarations ou insinuations propres à porter atteinte à la personnalité de l'intéressée. Il en est de même pour la peluche et le disque offert par Z. à cette dernière, ainsi d'ailleurs qu'à d'autres collaboratrices.

Les relations entre les protagonistes se sont dégradées à la suite d'un différend d'ordre professionnel survenu le 18 mars 2003. A partir de ce moment-là, la recourante a complètement changé d'attitude vis-à-vis de Z. Dans un premier temps, elle l'a dénoncé auprès du directeur pour ses manœuvres subversives au sein de Y., puis, six mois plus tard, elle l'a accusé de harcèlement sexuel. La recourante ne cite toutefois dans son mémoire de recours que des passages de courriers électroniques, parfois même sortis de leur contexte, où Z. lui adresse des compliments et elle leur donne une interprétation très orientée. Elle omet systématiquement, comme elle le faisait déjà en instance cantonale, de reproduire les réponses où elle le remercie et le complimente à son tour. Par ailleurs, l'autorité intimée a interrogé plusieurs personnes qui travaillaient à Y. à l'époque des faits. Il en ressort que Z. tentait d'établir des rapports plus amicaux avec le personnel de Y. et souhaitait améliorer l'ambiance au travail. Il avait toutefois des problèmes relationnels, autant avec la direction qu'avec les collaboratrices, et sa présence créait des tensions entre les secrétaires. Plusieurs témoins ont relevé que Z. tenait des propos déplacés, particulièrement sur le compte de collègues féminines, mais que la recourante n'était pas la cible privilégiée de ces remarques. Au demeurant, à part l'un des doyens de Y., aucun ancien collègue de la recourante ne se souvient que cette dernière se soit plainte du comportement de Z. Le directeur de Y. a constaté que, jusqu'à la fin de l'année 2002, il existait une certaine complicité entre les protagonistes. En outre, alors que les doyens n'étaient pas satisfaits du travail de la recourante, Z. le jugeait excellent. Les témoignages confirment ainsi que, jusqu'à l'incident du 18 mars 2003, les relations entre les protagonistes n'étaient pas problématiques et que la recourante s'accommodait des manières de Z., même si elles étaient parfois inadéquates de la part d'un supérieur hiérarchique.

Dans ces circonstances, c'est à bon droit que le Tribunal administratif a nié l'existence de harcèlement sexuel ».

Illustration n° 2 – TF, 4A_13/2010, c. 4.3 (assistante de machine)¹³⁸

« Selon les constatations de fait de l'instance précédente, B. a demandé à la recourante si elle croyait vraiment qu'il était assez stupide pour avoir des relations sexuelles dans les toilettes avec quelqu'un comme elle (resp. avec une employée). Par cette question rhétorique, il voulait visiblement réfuter la rumeur selon laquelle il aurait eu des relations sexuelles avec une employée dans les toilettes.

Par conséquent, la question ne concerne pas l'intégrité sexuelle ou le comportement sexuel de la recourante, mais une rumeur au sujet de B. La question ne doit donc pas être qualifiée de harcèlement sexuel, d'autant plus qu'on ne saurait dire dans quelle mesure la question porte atteinte à la dignité de la recourante en tant que femme. Il s'ensuit que l'instance cantonale a nié à juste titre une violation de l'article 4 GIG. »¹³⁹

¹³⁸ Résumé sur www.gleichstellungsgesetz.ch SO Fall 16.

¹³⁹ Traduction par nos soins du considérant initialement rédigé en allemand.

Illustration n° 3 – TF, 4C.276/2004, c. 3.2 (journaliste, agence de presse sportive)

« Dans la mesure où, pour démontrer des actes de harcèlement sexuel, la demanderesse se fonde sur des faits non constatés par la cour cantonale, ses critiques ne sont pas admissibles (cf. supra consid. 2).

Si l'on s'en tient aux éléments figurant dans l'arrêt attaqué, il ressort que, dans la société défenderesse, chacun s'exprimait de façon crue et ce depuis de nombreuses années, sans qu'il n'ait été constaté que la demanderesse se serait plainte des propos de ses collègues auprès de son employeur. Si le langage utilisé n'était pas des plus châtié, rien ne permet d'en conclure qu'il ait eu une connotation sexuelle ou qu'il ait été grossier au point de pouvoir être qualifié de comportement importun de caractère sexuel. Dans ce contexte, le fait que D. ait traité la recourante de "conne", voire d'"arpette", dans le feu de l'action, notamment parce qu'elle n'avait pas réservé correctement un billet d'avion, ou qu'il soit arrivé au rédacteur en chef, à des moments bien précis, dans le stress d'une agence de presse en fin de journée, de dire que les articles de la demanderesse étaient de la "merde", s'avère certes critiquable, mais ces remarques trop vives étaient dues à de l'énervement et à la mauvaise qualité du travail. Objectivement fondées et exprimées dans le langage habituel de l'agence, de telles critiques ne suffisent pas pour conclure à du harcèlement sexuel. Il en va de même de l'appellation "belle enfant" utilisée par B. pour désigner la demanderesse, dès lors qu'il a été constaté que celui-ci faisait preuve d'aménité à l'égard de cette employée, qui par ailleurs ne s'offusquait pas d'être désignée ainsi. La demanderesse ne peut davantage se plaindre de ce que, jusqu'en 1995, C. l'ait parfois appelée "bichounette", celle-ci lui répondant alors "bichounet". En effet, il régnait à cette époque, dans l'agence, une ambiance détendue et les relations de travail étaient bonnes, de sorte que l'on ne saurait y voir des propos déplacés, de nature à rendre le climat de travail hostile. De plus, à partir de 1995, dès que C. est devenu officiellement directeur, soit le supérieur de la demanderesse, il a cessé de l'appeler ainsi. Enfin, si B. a parfois demandé à la demanderesse de lui faire un café, il a été retenu que d'autres collaborateurs de sexe masculin ne rechignaient pas à rendre ce service.

En pareilles circonstances, la cour cantonale pouvait, sans violer le droit fédéral, nier l'existence de harcèlement sexuel ».

Les trois tableaux ci-dessus illustrent qu'il ne suffit pas que les faits (propos, courriels, cadeaux, invitations, etc.) soient établis (malgré l'absence d'allègement du fardeau de la preuve)¹⁴⁰ pour qu'un harcèlement sexuel soit constaté sur le plan judiciaire. Encore faut-il que les juges soient d'avis qu'une « personne raisonnable placée dans des circonstances similaires » se serait sentie sexuellement harcelée (interprétation du critère « importun » prévu par l'art. 4 LEg).

4.26 Allègement du fardeau de la preuve (Q 50-54)

Sur les 81 arrêts analysés, 30 ne traitent pas de la question de la preuve, le recours au Tribunal fédéral portant sur d'autres aspects.

Parmi les 51 arrêts qui abordent la question de la preuve des discriminations alléguées, 18 (sur 51, soit 35.3%) n'appliquent pas l'allègement prévu par l'art. 6 LEg. Il s'agit de procès portant uniquement sur un harcèlement sexuel (12) ou un refus d'embauche (6), deux formes de discriminations exclues du champ d'application de cette disposition. Concernant l'embauche, un arrêt du Tribunal fédéral précise que le degré de preuve exigé est celui de la vraisemblance prépondérante¹⁴¹. Le harcèlement sexuel peut aussi être admis sur la base d'une vraisemblance prépondérante (faisceau d'indices convergents)¹⁴².

Dans 33 arrêts (sur 51, soit **64.7%**), **le fardeau de la preuve a été allégé** comme prévu par l'art. 6 LEg.

¹⁴⁰ Cf. *infra* 4.26.

¹⁴¹ TF, 8C_821/2016, c. 3.3. (« Il n'en reste pas moins que la preuve d'une discrimination à l'embauche est excessivement difficile à rapporter. Le juge devra donc le plus souvent se satisfaire d'une vraisemblance prépondérante »).

¹⁴² Comme l'illustre notamment l'arrêt du TF, 4A_544/2018. Voir aussi DUNAND, pp. 50-53.

Dans la majorité des cas (18 sur 33, soit 54.5%), la vraisemblance n'a pas été admise¹⁴³. L'Analyse 2017 indique un pourcentage similaire au niveau cantonal¹⁴⁴.

Dans moins de la moitié des cas (15 sur 33, soit 45.5%), la première étape de la vraisemblance a été franchie avec pour résultat un **renversement du fardeau de la preuve**, à charge de la partie employeuse.

Dans 5 cas (sur 33, soit 15.2%), celle-ci est parvenue à apporter la preuve d'un motif objectif justifiant la différence de traitement¹⁴⁵. La discrimination n'a donc pas été prouvée¹⁴⁶. Là encore, les chiffres sont similaires à ceux trouvés au niveau cantonal¹⁴⁷.

Dans 6 cas (sur 33, soit 18.2%), aucun motif objectif n'a été retenu et la discrimination (salariale, dans les 6 cas) a été prouvée¹⁴⁸.

Enfin, dans 4 cas (sur 33, soit 12.1%), l'affaire a été renvoyée à l'instance cantonale afin qu'elle « prenne une nouvelle décision » (art. 107 al. 2 LTF) à la lumière des considérants de l'arrêt fédéral¹⁴⁹.

Si on additionne ces deux derniers pourcentages, on obtient un chiffre (30.9%) proche de celui trouvé au niveau cantonal¹⁵⁰. Ainsi, même si la discrimination reste difficile à prouver malgré l'allègement du fardeau, et bien que le Tribunal fédéral apprécie la vraisemblance avec rigueur¹⁵¹, ce dernier n'applique pas plus sévèrement que les tribunaux cantonaux la règle prévue par l'art. 6 LEg.

En revanche, contrairement à ce qui avait été relevé dans l'Analyse 2017 pour les jugements cantonaux, les arrêts du Tribunal fédéral analysés distinguent clairement les deux étapes du raisonnement relatif à l'allègement du fardeau de la preuve, à savoir l'étape de la « vraisemblance » (indices à apporter par la partie employée) et celle du « motif objectif justificatif » (preuve complète à charge de la partie employeuse). Au niveau fédéral, on constate donc un certain progrès par rapport aux constats effectués lors de l'évaluation de la LEg il y a quinze ans¹⁵².

¹⁴³ Voir les illustrations 4 à 6 à la fin de cette section.

¹⁴⁴ Analyse 2017, p. 22 : vraisemblance non admise = 53%.

¹⁴⁵ Sur les variables objectives propres à justifier une différence de traitement entre femmes et hommes, voir la récente étude réalisée par PÄRLI/OBERHAUSSER sur mandat du BFEG.

¹⁴⁶ TF, 8C_375/2015 (= ATF 142 II 49) ; 4A_249/2007 ; 2A.730/2006 ; 2A.91/2007.

¹⁴⁷ Analyse 2017, p. 22 : vraisemblance admise = 47% ; motif objectif = 18 %.

¹⁴⁸ TF, 4A_585/2015 ; 4A_449/2008 ; 4A_261/2011 ; 1C_432/2008 ; 2A.361/2006 ; 1C_420/2008.

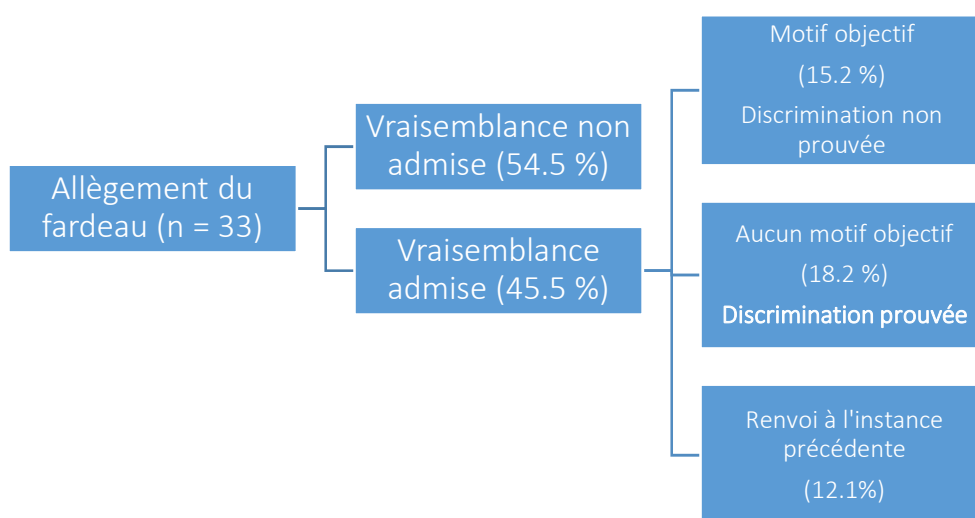
¹⁴⁹ TF, 4C.138/2005 ; 4A_115/2011 ; 2A.205/2004 ; 2A.141/2004.

¹⁵⁰ Analyse 2017, p. 22 : vraisemblance admise = 47% ; absence de motif objectif et donc discrimination prouvée = 29%.

¹⁵¹ Voir BOHNET, N 157.

¹⁵² Rapport CF évaluation LEg, 3075-3076.

Tableau n° 8 Allègement du fardeau de la preuve (art. 6 LEg) (n = 33)



Il est à noter que « pour que la vraisemblance soit admise, les faits qui la justifient doivent être pleinement établis et prendre une consistance significative [...] »¹⁵³. Dans plusieurs cas, la vraisemblance n'a pas pu être admise par le Tribunal fédéral faute d'éléments suffisants invoqués dans le recours.

Illustration n° 4 – TF, 4C.91/2005, c. 1.3

« [...] il ne suffit pas d'établir l'existence d'une différence de salaire entre n'importe quels travailleurs pour que le fardeau de la preuve soit renversé; encore faut-il prouver que les travailleurs de sexe opposé ont une position semblable dans l'entreprise avec des cahiers des charges comparables ».

Illustration n° 5 – TF, 8C_56/2017 (= ATF 144 II 65), c. 7.2.4

« Die Beschwerdegegnerinnen sind ihrer Substanziierungspflicht hinsichtlich der geltend gemachten Diskriminierung nicht nachgekommen, da kein Vergleich mit anderen Funktionen vorgenommen wurde ».

Illustration n° 6 – TF, 8C_119/2005, c. 4.5

« Es werden dementsprechend seitens des Beschwerdegegners keine objektiven Anhaltspunkte vorgebracht, die eine gewisse Wahrscheinlichkeit für eine geschlechterspezifische Benachteiligung vermitteln ».

4.27 Grief de l'arbitraire (ou autre garantie procédurale) (Q 55-56)

Le Tribunal fédéral a pour mission principale de contrôler l'application du droit. Il « statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente » (art. 105 al. 1 LTF).

Le Tribunal ne peut donc revoir les faits que si ceux-ci ont été établis de façon « manifestement inexacte », à savoir arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire au droit (au sens de l'art. 95 LTF), notamment aux art. 29 ou 29a Cst. Le recours qui invoque la violation d'un droit constitutionnel doit être motivé de façon rigoureuse (voir les art. 97 al. 1 et 106 al. 2 LTF)¹⁵⁴. Il convient d'expliquer précisément la nature du vice et de démontrer que sa correction « est susceptible d'influer sur le sort

¹⁵³ C/LEg-WYLER, N 9 ad art. 6 LEg.

¹⁵⁴ Voir notamment ATF 140 III 264, c. 2.3.

de la cause » (art. 97 al. 1 *in fine* LTF). Il ne suffit pas d'exposer sa propre version des faits, faute de quoi le Tribunal fédéral n'entre pas en matière¹⁵⁵.

Sur 43 arrêts¹⁵⁶ où l'arbitraire et/ou la violation d'une autre garantie procédurale est invoquée en lien avec des prétentions fondées sur la LEg, seuls trois arrêts (soit 6.9%) admettent un tel grief. Le premier retient l'arbitraire (art. 9 Cst.)¹⁵⁷, le deuxième conclut à la violation de l'interdiction de retarder de façon injustifiée une procédure (art. 29 al. 1 Cst.)¹⁵⁸ et le troisième donne raison au recourant invoquant un déni de justice formel (art. 29 al. 1 Cst.)¹⁵⁹.

La présente étude ne recense aucune procédure en matière de LEg où une violation du droit d'être entendu a été retenue par le Tribunal fédéral.

4.28 Avis de l'office fédéral spécialisé (Q 57-58)

L'art. 102 al. 2 LTF habilite le Tribunal fédéral à recueillir, au titre de moyen de preuve, la détermination de l'office fédéral spécialisé, à savoir en l'occurrence le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG)¹⁶⁰.

Le Tribunal fédéral a fait usage de cette possibilité dans 43 cas (sur 81), soit un peu plus de la moitié (53%), principalement dans le cadre de procès pour discrimination salariale.

Signalons que seules les cours de droit public, puis (dès 2009) la 1^{ère} Cour de droit social, invitent le Bureau fédéral de l'égalité à se déterminer. Aucun des 30 arrêts rendus par la 1^{ère} Cour de droit civil durant les seize années sous revue ne mentionne une prise de position du BFEG. Une telle différence de pratique s'explique probablement par le fait que les cours compétentes pour connaître des litiges concernant le personnel de la fonction publique sont plus souvent amenées à trancher des questions de principe en lien avec l'interprétation de la LEg (cf. 4.2), au sujet desquelles il importe de connaître la position de l'office consacré par cette loi.

Dans un peu plus de la moitié des cas (22 sur 43), le **Tribunal fédéral ne suit pas l'avis de l'office spécialisé**. Le fait de s'écarter de la prise de position rédigée par une autorité au sens de l'art. 102 LTF n'a pas à être justifié. Concernant le BFEG, les raisons ne sont effectivement jamais expliquées.

L'avis du BFEG a été partiellement suivi dans 9 cas (20.4%). Il a été entièrement suivi dans 12 arrêts (27.9%), dont la moitié (6) indiquent que le BFEG conclut à l'absence de discrimination¹⁶¹. La présente étude n'a recensé que 2 affaires où le Tribunal fédéral s'est rallié à la position du BFEG alors que celui-ci préconisait l'admission du recours de la partie salariée¹⁶².

¹⁵⁵ Pour plus d'explications : CS/LTF-CORBOZ N 36-38 *ad* art. 97 LTF. Voir aussi FF 2001 4000, 4135-4136.

¹⁵⁶ Arbitraire (art. 9 Cst.) : 16 cas ; Droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) : 12 cas ; Arbitraire et droit d'être entendu : 13 cas ; Accès au juge (art. 29a Cst.) : 1 cas ; Déni de justice : 1 cas.

¹⁵⁷ TF, 4A_77/2007, c. 4 (discrimination salariale, la cour cantonale a versé dans l'arbitraire en suivant les conclusions d'une expertise entachée de défauts évidents).

¹⁵⁸ TF, 8C_1012/2010, c. 4.2.1 et 4.2.2 (discrimination salariale, procédure judiciaire retardée de façon injustifiée : la Cour cantonale aurait dû rendre une nouvelle décision sur la base de l'ATF 136 II 393 au lieu de renvoyer l'affaire à l'entité employeuse).

¹⁵⁹ TF, 2A.279/2004 (= ATF 131 II 361), c. 4 (refus d'embauche, quotas féminins, recevabilité de la demande tendant au versement d'un franc symbolique, en lieu et place de l'indemnité prévue par l'art. 5 al. 2 LEg).

¹⁶⁰ TF, 8C_696/2016, c. 2.3 ; ATF 124 II 209, c. 2. Voir aussi CS/LTF-CORBOZ N 25-25b *ad* art. 102 LTF.

¹⁶¹ TF, 2A.91/2007 ; 2A.127/2006 ; 2A.453/2003 ; 8C_269/2011 (ATF 138 II 1) ; 8C_675/2016 ; 8C_703/2015.

¹⁶² TF, 8C_366/2014, c. 5.2. et 8.2.3 (publié aux ATF 141 II 411, qualification de la profession d'enseignante au primaire comme typiquement féminine). Voir aussi : TF, 8C_78/2009 (= ATF 136 II 393).

4.29 Actions en prévention, cessation et constatation (Q 59 et 60)

Parmi les 81 arrêts du Tribunal fédéral examinés, aucun ne mentionne une action en prévention d'une atteinte imminente (art. 5 al. 1 let. a LEg) en cessation du trouble (art. 5 al. 1 let. b LEg). L'Analyse 2017 a déjà montré à quel point ces actions sont peu fréquentes¹⁶³.

11 arrêts mentionnent une action en constatation (art. 5 al. 1 let. c LEg), dont 9 intentées par des organisations de défense du personnel, non habilitées à agir en paiement d'une indemnité (art. 7 LEg)¹⁶⁴.

4.30 Action en paiement du salaire dû (Q 61-70)

Sur 81 arrêts analysés, 55 ont trait à une discrimination salariale. Si on soustrait à ces 55 cas, les 4 actions en constatation de la discrimination intentées par des organisations (art. 7 LEg) seules, on obtient le chiffre de 51, soit le nombre d'arrêts qui ont pour objet une action en paiement du salaire dû (art. 5 al. 1 let. d LEg) intentée par une (40 cas) ou plusieurs (11 cas) personnes.

38 arrêts sur 51 donnent une information quant à la question de savoir si la partie employée se voit allouer ou non des arriérés de salaire par le Tribunal fédéral. 27 arrêts (sur 38, soit 71 %) indiquent que la partie employeuse ne doit verser aucuns arriérés de salaire sur la base de l'art. 5 al. 1 let. d LEg.

11 arrêts (sur 38, soit 29 %) condamnent la partie employeuse au versement des arriérés. Parmi eux, seuls 3 précisent la somme, qui s'élève en moyenne à CHF 81'535.- (médiane : CHF 26'524.-). Dans 11 autres arrêts, le Tribunal fédéral admet le recours de la partie salariée mais renvoie l'affaire à l'instance cantonale pour nouvelle décision.

Ainsi, 22 arrêts (sur 51, 43%) admettent les prétentions fondées sur l'art. 5 al. 1 let. d LEg. Toutefois, seuls les 11 arrêts (sur 51, 21.5%) où le Tribunal fédéral a statué en allouant directement les arriérés de salaire nous permettent de conclure avec certitude que la partie salariée a obtenu le salaire dû sur la base de l'art. 5 al. 1 let. d LEg.

Dans 9 cas¹⁶⁵, la partie salariée a droit à un salaire plus élevé *pour le futur*, suite à la nouvelle classification de sa profession dans l'échelle de traitement¹⁶⁶.

6 arrêts font état d'une expertise judiciaire ordonnée par les instances cantonales. Dans tous les cas, la méthode utilisée est l'évaluation analytique du travail¹⁶⁷.

4.31 Indemnité pour discrimination à l'embauche (Q 71-76)

En cas de refus d'embauche discriminatoire, la loi sur l'égalité prévoit une indemnité spéciale (art. 5 al. 2 et 13 al. 2 LEg), qui ne peut excéder un montant correspondant à trois mois de salaire (art. 5 al. 4 LEg).

¹⁶³ Analyse 2017, p. 22.

¹⁶⁴ Dans 5 cas (sur 9) l'organisation agit parallèlement aux individus concernés. Les organisations agissent seules dans 4 cas. Voir *supra* 4.12.

¹⁶⁵ TF, 8C_78/2009 (= ATF 136 II 393) ; 4A_449/2008 ; 2A.509/2006 ; 2A.505/2006 ; 2A.291/2006 ; 1C_432/2008 ; 1C_420/2008 ; 1C_405/2007.

¹⁶⁶ Et non suite à une action en cessation de la discrimination au sens de l'art. 5 al. 1 let. b LEg, dont la présente étude ne recense aucun cas (voir *supra* 4.39).

¹⁶⁷ L'arrêt 4C.383/2002 du 22 décembre 2003 (publié aux ATF 130 III 145), qui prend en considération une expertise fondée sur une analyse de régression, a été rendu quelques jours avant le début de la période sous revue.

Au total, la présente étude recense 6 arrêts relatifs à une discrimination à l'embauche¹⁶⁸. 4 d'entre eux indiquent le montant de l'indemnité demandée, à savoir en moyenne CHF 18'343.- (médiane : CHF 55'970.-).

À 4 occasions (sur 6, soit 67%), la partie employée a été déboutée de ses prétentions relatives à une discrimination à l'embauche.

1 arrêt renvoie l'affaire à l'instance inférieure pour nouvelle décision¹⁶⁹.

Enfin, 1 arrêt alloue l'indemnité symbolique de CHF 1.- qui avait été demandée par le candidat non considéré¹⁷⁰.

La présente étude ne répertorie aucun cas où une indemnité pour discrimination à l'embauche a été allouée par le Tribunal fédéral.

4.32 Indemnité pour licenciement discriminatoire (Q 77-83)

La loi sur l'égalité prévoit une indemnité (punitif et réparatrice) pour licenciement discriminatoire (art. 3 et 5 al. 2 LEg). A l'instar de celle prévue par le Code des obligations en cas de licenciement abusif (art. 336 al. 1 let. a et 336a CO), l'indemnité fondée sur la LEg doit être fixée compte tenu de toutes les circonstances et est plafonnée à 6 mois de salaire (art. 5 al. 4 LEg).

Une indemnité a été demandée dans 15 affaires (à savoir dans toutes les procédures relatives à un licenciement discriminatoire, voir supra 4.23). Dans 12 cas, le montant **demandé** était indiqué. Il correspondait, en moyenne, à **5.4 mois de salaire** (à savoir presque le maximum de 6 mois prévu par la loi).

Dans la quasi-totalité des cas (11 sur 12), aucune indemnité pour licenciement discriminatoire n'a été octroyée. La seule indemnité **allouée** s'élevait à CHF 10'000.-, correspondant à **1 mois de salaire** octroyé en vertu de l'art. 337c al. 3 CO (eu égard au caractère immédiat du licenciement)¹⁷¹. La présente étude ne répertorie aucun arrêt allouant une indemnité fondée sur l'art. 5 al. 2 LEg¹⁷².

10 arrêts précisent les dispositions légales sur la base desquelles la prétention au versement d'une indemnité pour licenciement a été analysée.

¹⁶⁸ TF, 1C_37/2007 (= ATF 133 II 257) ; 2A.279/2004 (= ATF 131 II 361) ; 2A.637/2004 ; 8C_594/2018 (= ATF 145 II 153) ; 8C_703/2015 ; 8C_821/2016.

¹⁶⁹ TF, 2A.637/2004.

¹⁷⁰ TF, 2A.279/2004 publié aux ATF 131 II 361 (voir *supra* 4.16).

¹⁷¹ TF, 4C.321/2005.

¹⁷² TF, 4A_59/2019 (indemnité de 3 mois de salaire pour congé discriminatoire fondé sur la maternité) a été rendu le 12 mai 2020, soit après la période sous revue.

Tableau n° 9 : Sur quelles bases légales se fonde le tribunal lorsqu'il examine la demande d'indemnité relative à un licenciement discriminatoire ?

Nombre de cas (n = 10)	Bases légales
8	Art. 3 et 5 al. 2 LEg (licenciement discriminatoire)
1	Art. 336 al. 1 let. a et 336a CO (licenciement abusif)
1	Art. 337c al. 3 CO (licenciement immédiat injustifié) ¹⁷³

Dans 1 cas¹⁷⁴, l'indemnité relative à un licenciement discriminatoire a été analysée uniquement sous l'angle du Code des obligations et non sous l'angle de la loi sur l'égalité, quand bien même la salariée licenciée durant sa grossesse puis au retour de congé maternité avait fait valoir une résiliation discriminatoire aussi au sens de l'art. 3 LEg. On cherche en vain dans l'arrêt une mention de l'allègement du fardeau de la preuve prévu par l'art. 6 LEg en pareil cas de figure. Le Tribunal fédéral considère qu'il « n'y a pas lieu de présumer un abus » de la part de la partie employeuse (invokant des prestations insuffisantes)¹⁷⁵.

4.33 Indemnité pour harcèlement sexuel (Q 84-87)

Une indemnité pour harcèlement sexuel (art. 5 al. 3 LEg) a été demandée dans 12 cas (sur 14 procès pour harcèlement sexuel portés devant le Tribunal fédéral durant la période sous revue). Dans 2 cas, la partie demanderesse faisait valoir uniquement son droit à la réparation du tort moral (art. 49 CO), sans évoquer une indemnité pour harcèlement sexuel (art. 5 al. 3 LEg)¹⁷⁶.

Parmi les 12 arrêts mentionnant une indemnité fondée sur l'art. 5 al. 3 LEg, 10 précisent la somme demandée. Dans 1 cas, l'état de fait indique que la partie salariée demande deux mois de salaire de la travailleuse concernée (sans mention du montant), alors que l'art. 5 al. 3 LEg prévoit que l'indemnité se calcule sur la base du « salaire moyen suisse »¹⁷⁷. Les **prétentions** fondées sur cette disposition se sont élevées, en moyenne, à CHF 28'983.-¹⁷⁸, à savoir près de **4 mois de salaire moyen suisse**¹⁷⁹, le plafond fixé par l'art. 5 al. 4 LEg s'élevant à six mois de salaire.

Dans **un peu plus de la moitié des cas** (6 sur 11, soit 54.5%), **aucune indemnité n'a été allouée** sur la base de l'art. 5 al. 3 LEg, notamment parce que le harcèlement n'avait pas été établi¹⁸⁰ ou au motif que

¹⁷³ TF, 4C.321/2005 (art. 337 al. 3 CO : empêchement non fautif de travailler)

¹⁷⁴ TF, 4A_507/2013 (la travailleuse licenciée au retour de son congé de maternité invoque un licenciement discriminatoire au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO et 3 LEg. Le Tribunal fédéral conclut que la décision attaquée est conforme aux art. 9 Cst. et 336a al. 1 CO).

¹⁷⁵ TF, 4A_507/2013, c. 4.

¹⁷⁶ TF, 4C.91/2005 ; 4C.276/2004. Aucune de ces deux procédures ne retient l'existence d'un harcèlement sexuel.

¹⁷⁷ L'Analyse 2017 p. 24 relève que les tribunaux cantonaux se basent cependant souvent sur la médiane, moins élevée que la moyenne. A noter que l'Office fédéral de la statistique communique le salaire *médian* suisse (en 2018, le salaire médian suisse = CHF 6'538.-).

¹⁷⁸ Médiane : CHF 28'866.-

¹⁷⁹ En 2017, le salaire moyen suisse s'élevait à environ CHF 7'300.- alors que le salaire médian était d'environ CHF 6'500.-

¹⁸⁰ Voir p. ex. TF, 2A.404/2006 (Fonction publique), voir *supra* 4.25, Illustration n° 1.

l'employeur a prouvé avoir pris les mesures de prévention et de sanction requises (art. 328 CO, art 5 al. 3 LEg)¹⁸¹.

Dans **5 cas** (45.5%), le tribunal a **alloué** une indemnité qui s'élevait, en moyenne, à CHF 13'990.-¹⁸² (soit **environ 2 mois de salaire moyen suisse**). Parmi ces 5 affaires, 4 avaient pour objet un harcèlement émanant de l'employeur lui-même ou de ses organes (art. 55 CC)¹⁸³. Dans 2 d'entre elles, le Tribunal fédéral relève que l'examen de la preuve libératoire prévue par l'art. 5 al. 3 LEg n'a dès lors pas besoin d'être effectué¹⁸⁴. Dans 1 seul cas, le Tribunal fédéral a examiné si la partie employeuse avait pris les mesures requises par son devoir de diligence (art. 328 CO et 5 al. 3 LEg) et conclut que tel n'était pas le cas¹⁸⁵.

Sur les 14 plaintes pour harcèlement sexuel portées devant le Tribunal fédéral, la moitié (7) aborde la question du devoir de protection de la partie employeuse¹⁸⁶. Dans l'autre moitié des cas, le recours ne portait pas sur ce point et le Tribunal fédéral n'a donc pas eu à en traiter.

4.34 Dommages-intérêt et tort moral (Q 88-95)

La loi sur l'égalité réserve les « droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral » (art. 5 al. 5 LEg).

Des prétentions en dommages-intérêts ont été formulées dans 5 procédures, en vain dans tous les cas.

La réparation d'un tort moral (art. 49 CO) lié à une discrimination¹⁸⁷ est demandée dans 18 arrêts¹⁸⁸.

Seul l'un d'entre eux alloue une indemnité pour tort moral, à hauteur de CHF 15'000.-, cumulativement à l'indemnité pour harcèlement sexuel prévue à l'art. 5 al. 3 LEg¹⁸⁹. Dans 15 cas, la prétention est rejetée. 2 arrêts renvoient l'affaire à l'instance inférieure.

4.35 Frais de justice (Q 97-98)

Au niveau cantonal, le principe de la gratuité de la procédure signifie qu'il n'est perçu de frais judiciaires (art. 95 al. 2 CPC) ni dans la procédure de conciliation (art. 113 al. 2 let. a CPC), ni dans la procédure au fond (art. 114 let. a CPC, art. 13 al. 5 LEg) pour les litiges en matière de LEg¹⁹⁰.

¹⁸¹ Voir p. ex. TF, 4A_178/2010 (Evêché).

¹⁸² Médiane : CHF 12'000.-

¹⁸³ TF, 4A_544/2018 (directeur) ; 4D_88/2009 (chef de filiale) ; 4A_330/2007 (patron et maître d'apprentissage) ; TF, 4A_473/2013 (gérant).

¹⁸⁴ TF, 4A_330/2007 (patron et maître d'apprentissage) ; TF, 4A_473/2013 (gérant).

¹⁸⁵ Voir TF, 4C.289/2006 (environnement hostile au sein d'une société horlogère).

¹⁸⁶ Il s'agit de 3 cas où l'indemnité fondée sur l'art. 5 al. 3 LEg est allouée (TF, 4C.289/2006, c. 4 ; 4A_473/2013, c. 3.3 ; 4A_330/2007, c. 4), d'un cas où le harcèlement est établi mais l'employeur apporte la preuve libératoire prévue par cette disposition (TF, 4A_178/2010, c. 4) et de 3 cas où le harcèlement n'est pas démontré (TF, 4C.60/2006, c. 4 ; 4A_13/2010, c. 4 et 5 ; 2A.404/2006, c. 6.3).

¹⁸⁷ Embauche (2) ; harcèlement sexuel (5) ; licenciement discriminatoire (5) ; licenciement et harcèlement, sans précision du motif (4) ; congé de rétorsion et harcèlement sexuel (1) ; attribution des tâches et promotion (1).

¹⁸⁸ Montant moyen demandé : CHF 19'540.-, médiane : CHF 12'500.-.

¹⁸⁹ TF, 4A_330/2007 (viol du patron, également maître d'apprentissage). La présente étude ne recense qu'un seul autre cas où la réparation du tort moral (art. 49 CO) est demandée en sus d'une indemnité pour harcèlement sexuel (art. 5 al. 3 LEg) : TF, 4D_88/2009. En l'espèce, les actes de harcèlement n'ont pas été jugés suffisamment graves pour justifier un tel cumul.

¹⁹⁰ Au sujet de ce qui doit être considéré comme une prétention « relevant de la LEg » et des règles régissant les frais judiciaires en pareille hypothèse, voir DIETSCHY-MARTENET, pp. 424 et 444-445.

Pour ce qui est des procès fondés sur la LEg devant le Tribunal fédéral, il faut distinguer la période avant l'entrée en vigueur de la LTF, régie par le principe de la gratuité, et celle à partir du 1^{er} janvier 2007.

Depuis lors, l'art. 65 al. 4 let. b LTF prévoit un **émolument judiciaire**¹⁹¹ fixé entre CHF 200.- et 1'000.-, indépendamment de la valeur litigieuse, selon un tarif réduit applicable aux cas de discrimination à raison du sexe¹⁹². En vertu de l'art. 65 al. 5 LTF, le Tribunal fédéral peut majorer ces montants jusqu'à CHF 10'000.- si des motifs particuliers (p. ex. une complexité extraordinaire) le justifient¹⁹³.

Sur 81 arrêts analysés, 30 ont été rendus sans prélèvement de frais judiciaires, avant l'entrée en vigueur de la LTF.

Les 51 autres arrêts indiquent les frais judiciaires perçus. En principe, ce montant n'est pas supérieur à CHF 1'000.- (conformément à l'art. 65 al. 4 let. b LTF). L'analyse recense cependant 8 cas avec des frais plus élevés¹⁹⁴ car le litige ne relevait qu'en partie de la LEg¹⁹⁵ ou revêtait une complexité extraordinaire¹⁹⁶.

En principe, « les frais judiciaires sont mis à charge de la partie qui succombe. Si les circonstances le justifient, le Tribunal fédéral peut les répartir autrement ou renoncer à les mettre à la charge des parties » (art. 66 al. 1 LTF).

Dans 33 cas, les frais (situés entre CHF 200.- et CHF 1'000.-) ont été mis à charge de la partie salariée. Dans 1 autre cas, cette dernière a été condamnée au paiement des frais judiciaires (à hauteur de CHF 1'000.-) pour cause de témérité¹⁹⁷. 1 arrêt met les frais judiciaires (CHF 1'000.-) à charge de l'organisation recourante (art. 7 LEg)¹⁹⁸.

Dans 12 cas, les frais sont mis exclusivement à charge de la partie employeuse. Dans 4 cas, ils sont répartis pour moitié entre la partie salariée et la partie employeuse, en raison de l'admission partielle du recours¹⁹⁹ ou du rejet des recours des deux parties au procès²⁰⁰.

4.36 Dépens (Q 99)

En règle générale, la partie qui succombe au procès est condamnée à verser des **dépens** à celle qui obtient gain de cause, afin de participer aux coûts assumés par cette dernière dans le cadre de la procédure (art. 68 al. 2 LTF). Le Règlement du Tribunal fédéral sur les dépens précise que cette notion

¹⁹¹ Selon l'art. 65 al. 1 LTF, « les frais judiciaires comprennent l'émolument judiciaire, l'émolument pour la copie de mémoires, les frais de traduction, sauf d'une langue officielle à une autre, et les indemnités versées aux experts et aux témoins ».

¹⁹² Voir CS/LTF-CORBOZ N 30 *ad* art. 65 LTF, précisant qu'il « n'y a pas d'émolument réduit s'il s'agit d'un conflit entre un syndicat et un employeur, s'il est invoqué exclusivement une discrimination d'une autre nature (par exemple une discrimination raciale) ou si la discrimination en raison du sexe est invoquée en dehors d'un rapport de travail [...] ».

¹⁹³ Voir C/LEg-BOHNET/DIESTCHY N 44 *ad* art. 12 LEg ; C/LEg-BRUCHEZ N 55 *ad* art. 13 LEg.

¹⁹⁴ CHF 2'000.- (3), 3'000.- (2), 3'500.- (1), 5'000.- (1), 6'500.- (1).

¹⁹⁵ Voir p. ex. TF, 4A_18/2018. Cf. aussi *supra* 4.9.

¹⁹⁶ Voir p. ex. TF, 8C_78/2009 (ATF 136 II 393), c. 12.2.1: « In Anbetracht der Komplexität des Falles (Beurteilung von zwei Berufsgruppen, Feststellungs- und Leistungsklagen etc.) rechtfertigt es sich, Kosten in Höhe von insgesamt Fr. 5000.- zu verlegen ».

¹⁹⁷ TF, 2A.597/2003.

¹⁹⁸ TF, 8C_119/2015 (syndicat SSP).

¹⁹⁹ TF, 4A_77/2007 (CHF 600.-) ; 4A_115/2011 (CHF 600.-) ; 8C_605/2016 (CHF 1'000.-).

²⁰⁰ TF, 4C.321/2005 (CHF 6'500.-)

englobe « les frais d'avocats », incluant les honoraires et débours, ainsi que « les autres frais indispensables occasionnés par le litige »²⁰¹.

La présente étude a identifié 38 arrêts n'allouant **aucuns dépens**.

En effet, la plupart d'entre eux (34) donnent raison à l'Etat employeur. Or, selon l'art. 68 al. 3 LTF, « en règle générale, aucuns dépens ne sont alloués à la Confédération, aux cantons, aux communes ou aux organisations chargées de tâches de droit public lorsqu'ils obtiennent gain de cause dans l'exercice de leurs attributions officielles ». Ainsi, le personnel de la fonction publique qui porte devant le Tribunal fédéral une affaire relevant de la LEg risque, en cas d'échec, uniquement de devoir contribuer aux frais judiciaires (à savoir en principe au maximum CHF 1'000.-, voir supra 4.35). Il se peut que cette règle facilite les plaintes dans le secteur public, dont nous avons vu précédemment qu'elles sont plus nombreuses que celles dans le secteur privé (cf. 4.15).

Parmi les affaires où aucuns dépens n'ont été alloués, seules 4 ont trait à des rapports de travail soumis au droit privé. L'absence de dépens est justifiée, dans 3 cas, par le fait que la partie qui obtient gain de cause n'a pas été invitée à se déterminer (art. 102 LTF) et n'a donc pas encouru de frais²⁰². Dans le quatrième cas, aucune des parties n'ayant obtenu entièrement gain de cause, les dépens sont compensés.

31 arrêts mettent les dépens **à charge de la partie employeuse**, qui succombe. En moyenne, ceux-ci s'élèvent à CHF 5'138.-. La médiane est de CHF 2'500.-.

12 arrêts, concernant le secteur privé, mettent les dépens **à charge de la partie salariée**, déboutée de ses prétentions. La montant moyen est de CHF 4'250.-. La médiane est de CHF 4'000.-.

Si on compare les deux médianes, on constate que la **partie employeuse reçoit des dépens plus élevés que la partie salariée**. A noter que le montant des dépens ne reflète pas nécessairement les frais effectifs supportés, dont il est permis de penser qu'ils sont plus importants pour la partie employeuse, davantage susceptible de mandater pour la défendre une grande étude « de la place », potentiellement plus onéreuse.

Le Tribunal fédéral fixe les dépens sur la base de son propre tarif (art. 68 al. 2 LTF)²⁰³. Son règlement en la matière prévoit que dans les affaires pécuniaires, les honoraires du conseil juridique sont fixés proportionnellement à la valeur litigieuse, déterminée sur la base des conclusions prises devant le Tribunal fédéral²⁰⁴. Dans les contestations non pécuniaires, les honoraires sont estimés entre CHF 600.- et 18'000.- « en fonction de l'importance et de la difficulté de la cause et selon le travail effectué »²⁰⁵.

4.37 Issue de la procédure (Q 101-102)

Au niveau cantonal, l'Analyse 2017²⁰⁶ a révélé que dans 62.5% des cas, la partie salariée alléguant une discrimination est déboutée de toutes ses prétentions ou de la plupart d'entre elles.

²⁰¹ Règlement du 31 mars 2006 sur les dépens alloués à la partie adverse et sur l'indemnité pour la représentation d'office dans les causes portées devant le Tribunal fédéral, (ci-après, « Règlement sur les dépens ») RS 173.110.210.3, art. 1 et 2.

²⁰² A ce sujet : CS/LTF-CORBOZ N 13 *ad* art. 68 LTF.

²⁰³ Et selon la pratique de la cour compétente, qui dispose d'un grand pouvoir d'appréciation : voir CS/LTF-CORBOZ N 31-32 *ad* art. 68 LTF.

²⁰⁴ Règlement sur les dépens, art. 3-5.

²⁰⁵ Art. 6 du Règlement sur les dépens. Plus d'explications sur les critères présidant à la détermination du montant des dépens : CS/LTF-CORBOZ N 31-39 *ad* art. 68 LTF ; BSK/BGG-GEISER, Art. 68, N 4-8 ; Praxiskommentar/BGG-DOLGE, Art. 68, N 7.

²⁰⁶ Analyse 2017, p. 27.

La présente étude arrive à un résultat similaire, ce qui peut s'expliquer par le pouvoir d'examen restreint du Tribunal fédéral statuant sur la base des faits établis par l'autorité précédente (voir art. 105-106 LTF, supra 4.27).

Dans environ **deux tiers des cas** (53, soit 65.4%), l'issue de la procédure s'avère entièrement (43 cas, 53%) ou majoritairement (10 cas, 12.4%) **défavorable à la partie salariée**. Dans 28 cas (soit 34.5%), l'issue est totalement (17 cas 21%) ou plutôt favorable (11 cas, 13.5%) à la partie employée.

4.38 Issue de la procédure selon le type de discrimination (Q 38 et 101)

Tableau n°10 : Issue de la procédure selon le type de discrimination

Type de discrimination	Nombre de décisions	Issue (entièrement ou majoritairement) défavorable pour la partie employée	Issue (entièrement ou majoritairement) favorable pour la partie employée
Attribution des tâches	3	100%	0%
Licenciement discriminatoire	15	93%	7%
Promotion	6	83%	17%
Harcèlement sexuel ²⁰⁷	14	71%	29%
Embauche	6	67%	33%
Congé de rétorsion	6	66%	34%
Salaires ²⁰⁸	55	60%	40%

Les recours le plus souvent couronnés de succès pour la partie employée sont ceux qui ont pour objet une **discrimination salariale** qui concernent majoritairement le personnel de l'Etat (cf. 4.23) et sont souvent intentés par plusieurs personnes et organisations. Il faut toutefois garder à l'esprit que le succès du recours au Tribunal fédéral ne signifie pas nécessairement que la partie salariée obtient gain de cause en définitive (cf. 4.39). Par ailleurs, 60% des recours au Tribunal fédéral pour discrimination salariale ont une issue défavorable à la partie salariée²⁰⁹. L'Analyse 2017 arrivait à un chiffre similaire²¹⁰. Aux niveaux cantonal et fédéral, il s'agit du type de discrimination qui occupe le plus souvent les tribunaux (cf. 4.23).

Comme souligné dans l'Analyse 2017²¹¹, les procès pour **harcèlement sexuel** ont fréquemment (dans 71 % des cas) une issue défavorable pour la partie salariée, notamment parce que, comme relevé plus haut, le Tribunal fédéral considère que les actes établis ne sont pas constitutifs de harcèlement sexuel (cf. 4.25).

Alors que l'Analyse 2017 relevait que les procès pour **licenciement discriminatoire** sont ceux qui aboutissent le plus souvent à l'octroi d'une indemnité pour la personne salariée²¹², les procédures en la

²⁰⁷ Ce chiffre n'inclut pas les 7 cas où l'auteur présumé d'un harcèlement agit pour contester une sanction prise à son égard.

²⁰⁸ Y compris les actions des organisations (art. 7 LEg).

²⁰⁹ Si on tient compte uniquement des actions en paiement du salaire dû (art. 5 al. 1 let. d LEg), le taux d'échec est de 57% (cf. supra 4.25). Si on prend en considération aussi les actions en constatation intentées uniquement par des organisations (art. 7 LEg), il s'élève à 60% (aucune des 4 actions en question n'ayant abouti).

²¹⁰ Analyse 2017, p. 27 (issue défavorable à la partie salariée : 68.6%).

²¹¹ Analyse 2017, p. 27 (issue défavorable à la partie salariée : 82.8%).

²¹² Analyse 2017, p. 27 (issue défavorable à la partie salariée : 56.8%).

matière portées devant le Tribunal fédéral²¹³ mènent, dans 93% des cas, à un résultat défavorable à la personne congédiée (cf. 4.32).

La proportion de cas tranchés en défaveur de la partie salariée s'abaisse à 66% lorsque celle-ci allègue un **licenciement au titre de représailles**. Il sied toutefois de relever que les indemnités versées dans ces affaires l'ont été uniquement sur la base de l'art. 336 al. 1 let. d CO²¹⁴. Les conditions d'application de l'art. 10 LEg n'ont jamais été considérées comme réunies (cf. 4.24).

4.39 Admission du recours (Q 102)

De façon générale, les recours au Tribunal fédéral fondés sur la LEg sont admis dans 33% des cas (27 sur 81).

Lorsque le recours au Tribunal fédéral est intenté par la partie salariée, le taux de succès s'élève à 27%²¹⁵, contre 34%²¹⁶ lorsque le recours est formé par la partie employeuse²¹⁷. Dans cette dernière hypothèse, on observe de nettes différences selon la Cour. Alors que la Ière Cour de droit social a admis les 6 recours formés par la partie employeuse²¹⁸ dont elle a eu à traiter (taux de succès : 100%), la Ière Cour de droit civil n'a admis le recours de l'entité employeuse²¹⁹ que dans 1 cas sur 12 (taux de succès : 8.3%)²²⁰.

Dans environ un quart des cas, le Tribunal fédéral admet le recours de la partie salariée, ce qui ne signifie pas que cette dernière obtient gain de cause.

En effet, en vertu de l'art. 107 al. 2 LTF, le Tribunal fédéral peut statuer lui-même sur le fond (13 cas) ou renvoyer l'affaire à l'autorité précédente (13 cas). Il peut aussi renvoyer le cas à l'autorité qui s'est prononcée en première instance (1 cas) lorsqu'il paraît hautement vraisemblable que l'autorité précédente n'aura d'autre choix que de renvoyer l'affaire à son tour²²¹.

Ainsi, dans un peu plus de la moitié des cas où le recours est admis (14 sur 27), le Tribunal fédéral renvoie l'affaire aux instances cantonales pour nouvelle décision. Les affaires qui sont renvoyées ont toutes pour objet une discrimination salariale, sous réserve d'une plainte pour discrimination à l'embauche²²².

Notons que la plupart du temps, la présente analyse ne permet pas de connaître l'issue définitive d'une affaire. En effet, l'identification des nouveaux arrêts cantonaux rendus suite au renvoi est peu aisée et sort du champ de cette étude. Nous avons connaissance de 2 cas où les résumés publiés sur les sites Internet www.leg.ch et www.gleichstellungsgesetz.ch mentionnent que, suite à l'arrêt du Tribunal fédéral, les parties au litige ont repris les négociations et ont fini par conclure un accord

²¹³ A savoir la Ière Cour de droit civil dans 13 affaires sur 15.

²¹⁴ TF, 4A_539/2015 et 4C.60/2006.

²¹⁵ 64 recours formés par la partie salariée, qui obtient gain de cause dans 17 cas. Taux de succès selon la Cour : Ière Cour de droit public (2 sur 9 = 22.2%), IIème Cour de droit public (4 sur 16 = 25%), Ière Cour de droit social (4 sur 17 = 23.5%), Ière Cour de droit civil (7 sur 22 = 31.8%).

²¹⁶ 29 recours formés par la partie employeuse, qui obtient gain de cause dans 10 cas.

²¹⁷ Sur les parties à la procédure et le nombre plus élevé de recours émanant de la partie salariée, voir *supra* 4.12.

²¹⁸ En l'occurrence, il s'agissait toujours d'une collectivité publique.

²¹⁹ En l'espèce une entreprise du secteur privé : TF, 4A_523/2014.

²²⁰ Taux de succès selon la Cour : Ière Cour de droit public (3 sur 4 = 75%), IIème Cour de droit public (0 sur 7 = 0%), Ière Cour de droit social (6 sur 6 = 100%), Ière Cour de droit civil (1 sur 12 = 8.33%).

²²¹ Voir Praxiskommentar/BGG-SPÜHLER, Art. 107, N 5 ; CS/LTF-CORBOZ N 25 *ad* art. 107 LTF.

²²² TF, 2A.637/2004.

extrajudiciaire²²³. Dans un autre cas, l'arrêt cantonal en notre possession indique que la partie salariée a définitivement obtenu gain de cause²²⁴. Par ailleurs, un arrêt du Tribunal fédéral conclut que l'instance cantonale n'a plus qu'à fixer le montant des arriérés de salaire²²⁵. Enfin, l'étude de la jurisprudence révèle quatre cas où la partie salariée, dont le premier recours au Tribunal fédéral avait été admis, a finalement été déboutée de ses prétentions²²⁶. A titre d'illustration, on peut mentionner le cas des enseignantes au primaire dans le canton d'Argovie qui se plaignaient de discrimination salariale (admission du recours par le Tribunal fédéral, renvoi au Tribunal administratif pour nouvelle décision, nouveau recours au Tribunal fédéral contre l'arrêt du Tribunal administratif, rejet par le Tribunal fédéral)²²⁷.

5. Conclusion

La présente étude vise notamment à compléter le tableau dressé en 2017 lors de l'Analyse de la jurisprudence cantonale en matière de LEg.

Lors de la première analyse, des efforts importants avaient dû être déployés en termes de **collecte des données**, afin de réunir les jugements rendus par les différents tribunaux cantonaux. Pour cette nouvelle étude, de telles difficultés n'ont pas été rencontrées, l'intégralité de la jurisprudence du Tribunal fédéral étant disponible en ligne. La mise à disposition gratuite sur Internet des arrêts du Tribunal fédéral mérite d'être saluée puisqu'elle facilite l'information des justiciables et leur accès à la justice²²⁸.

Sur une période de seize ans, le Tribunal fédéral a rendu 81 arrêts relatifs à la LEg, à savoir en moyenne **5 arrêts par an** pour le secteur privé et public. Il s'agit d'un chiffre très bas si on le compare au nombre des affaires traitées chaque année par le Tribunal fédéral en droit privé du travail et en droit de la fonction publique (environ 200, cf. 4.1).

Le **type de discrimination** qui occupe le plus fréquemment le Tribunal fédéral est la **discrimination salariale** (55 cas sur 81). Alors que l'Analyse 2017 avait recensé un nombre tout aussi important de plaintes pour licenciement discriminatoire, la proportion de ces cas est beaucoup plus faible devant le Tribunal fédéral (15 cas) et avoisine celle des procès pour harcèlement sexuel (14 cas). Les autres types de discrimination interdits par la LEg font plus rarement l'objet de procédures (cf. 4.23).

Le type de discrimination allégué **varie selon la région linguistique**. En effet, les affaires émanant de la Suisse alémanique portent essentiellement sur des plaintes pour discrimination salariale, alors que les procédures relatives aux autres types de discrimination, notamment le harcèlement sexuel, proviennent principalement de la Romandie (cf. 4.23). Pourtant, les statistiques relatives à la fréquence de ce phénomène ne révèlent aucune différence majeure selon les régions²²⁹. Faut-il dès lors interpréter ces

²²³ TF, 4A_12/2007 (= ATF 133 II 545), résumé sur www.leg.ch/jurisprudence GE 03.07.2007 ; et TF, 8C_78/2009 (= ATF 136 II 393) résumé sur www.gleichstellungsgesetz.ch SG Fall 14.

²²⁴ TF, 4C.138/2005 ; voir arrêt du *Tribunale cantonale d'appello ticinese* 12.2006.8 du 13.12.2007, résumé sur www.sentenzeparita.ch, sur renvoi de TF, 4C.138/2005.

²²⁵ TF, 4A_261/2011.

²²⁶ ATF 143 II 366 et ATF 141 II 411 ; ATF 133 II 257 et TF, 2A.637 2004 ; 2A.205/2004 et arrêt du Tribunal administratif du canton de Soleure, WKLA.2005.3 du 13.02.2007 ; TF, 4A_523/2014 et 4A_23/2016.

²²⁷ Voir ATF 143 II 366 ; 141 II 411. Affaire résumée sur www.gleichstellungsgesetz.ch AG Fall 49.

²²⁸ A ce sujet, voir KIENER, pp. 72-73.

²²⁹ Voir KRINGS/SCHÄR MOSER/MOUTON, p. 4 (proportion de femmes indiquant avoir été confrontées à un ou plusieurs comportements harcelants au cours de leur vie professionnelle : 56.6% en Suisse alémanique, 52.4% au Tessin, 48.6% en Romandie).

résultats comme reflétant des mentalités différentes de part et d'autre de la Sarine ? La présente étude ne permet pas de répondre à cette question.

Sur les 81 arrêts analysés, 30 concernent des rapports de travail soumis au droit privé (37%) et 51 portent sur des **rapports de travail de droit public** (63%) (cf. 4.3 et 4.15). A notre avis, cette majorité de cas relatifs à la fonction publique s'explique par deux facteurs, propres à faciliter les recours au Tribunal fédéral pour le personnel de l'Etat :

- D'une part, le **risque financier** d'un procès fondé sur la LEg est moindre pour le personnel de l'Etat. En cas d'échec, celui-ci ne devra pas verser des dépens à la collectivité publique employeuse (art. 68 al. 3 LTF). Il sera uniquement tenu d'assumer les frais judiciaires, calculés selon le tarif réduit applicable aux litiges fondés sur la LEg, à savoir en principe une somme entre CHF 200.- et 1'000.- (art. 65 al. 4 let. b LTF), pour autant que les prétentions relèvent exclusivement de cette loi (cf. 4.35 et 4.36).
- D'autre part, le **risque de perdre son emploi** paraît aussi être plus limité lorsque les rapports de travail sont soumis au droit public, bien que les lois sur le personnel renvoient souvent au droit privé. Au moment du recours au Tribunal fédéral, les rapports de travail ne subsistaient que dans 21 cas (31.3%), dont 2 sont soumis au droit privé et 19 régis par le droit public (cf. 4.8).

Le maintien de l'emploi est parfois rendu illusoire par la longueur de la procédure judiciaire²³⁰. La **durée de la procédure** fondée sur la LEg (depuis la saisine de l'autorité de conciliation ou du tribunal de première instance jusqu'à l'arrêt du Tribunal fédéral) est en moyenne inférieure à quatre ans. Devant le Tribunal fédéral la procédure dure en moyenne moins d'un an, avec des différences notables selon la Cour. En effet, la procédure devant la 1ère Cour de droit civil ne dure que 6.4 mois, alors que celle devant la 1ère Cour de droit social s'étend sur 11.4 mois, en moyenne. Une telle différence est sans doute due au volume et au type d'affaires différentes traitées par ces cours (cf. 4.11).

Alors que la **1ère Cour de droit civil n'invite jamais le Bureau fédéral de l'égalité à se déterminer** (art. 102 LTF), la 1ère Cour de droit social prend régulièrement le temps de le consulter, bien qu'elle ne suive son avis qu'une fois sur deux, généralement lorsqu'il conclut au rejet du recours (cf. 4.28).

Les affaires où les rapports de travail ont subsisté malgré la procédure intentée jusqu'au Tribunal fédéral ne concernent que des plaintes pour discrimination salariale. Dans le secteur public, ces procès sont souvent intentés par plusieurs personnes, parfois parallèlement aux actions des organisations de défense du personnel (art. 7 LEg), afin de contester la façon dont une profession est classée sur le plan salarial. De telles circonstances sont sans doute de nature à dépersonnaliser le conflit et dès lors à favoriser le maintien des rapports de travail (cf. 4.8).

Toutefois, les **organisations au sens de l'art. 7 LEg font peu usage de leur droit d'agir** en constatation. La présente étude ne recense aucun cas émanant des cantons latins. En outre, les 9 arrêts rendus dans le cadre d'un procès porté, au moins en partie, par une association, ont trait à une discrimination dans la rémunération, à l'exclusion d'autres types de discrimination interdits par la LEg (cf. 4.12).

Alors que de façon générale, les femmes saisissent le Tribunal fédéral nettement moins souvent que les hommes²³¹, la majorité des personnes qui intentent un recours fondé sur la LEg devant cette instance

²³⁰ Sur le lien entre durée de la procédure et maintien de l'emploi, voir les études citées par COLÀS-NEILA/YÉLAMOS-BAYARRI. p. 45.

²³¹ Comme l'a montré une étude du CSDH sur l'accès à la justice portant sur 4383 arrêts (toutes matières confondues) rendus par le Tribunal fédéral sur une période de 18 mois. La différence entre femmes et hommes

sont des **travailleuses, souvent âgées de plus de 50 ans** (cf. 4.13). Sans pouvoir déterminer avec certitude les motifs pour lesquels ces femmes semblent plus enclines à porter leur cas jusqu'au Tribunal fédéral, la présente étude constate, en outre, un grand nombre d'affaires où la partie salariée est au bénéfice de plus de dix ans d'ancienneté. Par ailleurs, les femmes qui sont employées à plein temps sont plus nombreuses à saisir les tribunaux que celles engagées à temps partiel (cf. 4.14).

Aucun des deux arrêts analysés au chiffre 4.22 ne tient explicitement compte d'une éventuelle **discrimination multiple**, fondée sur plusieurs critères prohibés par l'art 8 al. 2 Cst. (genre + âge, par ex.). Bien que cette notion ne figure pas dans la LEg, une interprétation de ce texte conforme aux traités internationaux ratifiés par la Suisse, en particulier la CEDEF (cf. 4.20), commanderait pourtant la prise en considération, par les tribunaux, des formes multiples et croisées de discrimination²³².

Lors de l'Analyse 2017 au niveau cantonal, un peu plus d'un tiers des décisions portaient sur une discrimination liée à la **grossesse, à la maternité ou à la situation familiale**. La présente étude révèle que de telles affaires sont rarement portées jusqu'au Tribunal fédéral. Seul 6.9 % des arrêts ont pour objet une plainte pour discrimination en raison de la grossesse ou de la maternité, généralement en lien avec un licenciement (cf. 4.20).

Alors qu'au niveau cantonal les procès pour **licenciement discriminatoire** (art. 3 et 5 al. 2 LEg) sont ceux qui aboutissent le plus souvent à l'octroi d'une indemnité pour la personne salariée²³³, les procédures en la matière portées devant le Tribunal fédéral mènent, dans 93%²³⁴ des cas, à un résultat défavorable à la personne congédiée (cf. 4.37). Par ailleurs, quatre sur six arrêts recensés en lien avec une plainte pour **congé de rétorsion** au sens de l'art. 10 LEg arrivent à la conclusion que les conditions énoncées par cette disposition ne sont pas réunies (cf. 4.24).

Dans 71% des arrêts relatifs au **harcèlement sexuel**, l'issue de la procédure est entièrement ou majoritairement défavorable à la partie salariée (cf. 4.37). Un tel résultat est notamment dû au fait que les actes retenus dans l'état de fait de l'arrêt cantonal ne sont pas considérés comme « importuns » au sens de l'art. 4 LEg. La façon dont les tribunaux interprètent cette condition les conduit souvent à nier l'existence d'un harcèlement sexuel. En outre, les procédures en la matière se heurtent à des difficultés de preuve, l'allègement prévu à l'art. 6 LEg ne trouvant pas application (cf. 4.25).

Lorsque le fardeau de la preuve est allégé conformément à l'art. 6 LEg, dans la **majorité des cas** (54.5%), **la vraisemblance n'est pas admise** et la partie qui allègue la discrimination est par conséquent déboutée de ses prétentions y relatives. A cet égard, le Tribunal fédéral n'est toutefois pas plus sévère que les tribunaux cantonaux. Au demeurant, les arrêts fédéraux distinguent les deux phases du raisonnement juridique exigé par l'art. 6 LEg avec davantage de clarté que la plupart des décisions cantonales étudiées lors de l'Analyse 2017 et de l'évaluation 2005 relative à l'efficacité de la LEg (cf. 4.26). Au niveau fédéral, on constate ainsi un certain progrès dans la connaissance des spécificités de la LEg.

De façon générale, les **recours au Tribunal fédéral fondés sur la LEg sont admis dans environ un quart des cas**. Lorsque le recours est intenté par la partie salariée, le taux de succès s'élève à 27% (cf. 4.39).

est particulièrement marquée dans le domaine du droit des contrats, qui inclut le droit privé du travail. Voir WYTENBACH/BRAUN, pp. 7-11.

²³² C/CEDEF-KLEBER, N 30 *ad* art. 1 CEDEF ; C/CEDEF-COTTIER, N 46-47 *ad* art. 5 CEDEF ; C/CEDEF-LEMPEN, N 34-40, 56 *ad* art. 11 CEDEF.

²³³ Analyse 2017, p. 27.

²³⁴ Ce pourcentage élevé, dû notamment au pouvoir de cognition limité du Tribunal fédéral, doit être relativisé à la lumière d'un arrêt TF, 4A_59/2019 rendu le 12 mai 2020, peu après la fin de la période sous revue. Dans cette affaire, résumée sur www.leg.ch/jurisprudence TF (GE) 12.05.2020, la salariée a obtenu les trois mois de salaire demandés au titre d'indemnité pour congé discriminatoire fondé sur la maternité.

Une proportion si faible est liée au pouvoir de cognition limité de notre cour suprême. Afin notamment d'éviter une surcharge, le législateur a voulu que le Tribunal fédéral soit principalement une instance de révision du droit et ne revoie l'état de fait que si celui-ci a été établi au niveau cantonal de façon manifestement inexacte ou contraire au droit (art. 105 LTF). A cet égard, le Tribunal fédéral estime fréquemment que le **recours** n'est **pas suffisamment motivé** (art. 42 al. 2 et 97 LTF), la partie recourante se limitant à répéter les allégations formulées devant les instances cantonales sans expliquer précisément pourquoi la cour cantonale a fait preuve d'arbitraire en les écartant (cf. 4.27).

Les recours au Tribunal fédéral fondés sur la LEg émanent d'un **nombre restreint d'avocates et d'avocats spécialisés**, pratiquant majoritairement dans les cantons dotés de grands centres urbains comme Zurich ou Genève. L'évolution de la jurisprudence en matière de LEg paraît tributaire de l'engagement de ces quelques personnes, dont les noms apparaissent à intervalles réguliers au début des arrêts analysés. A noter aussi que les cantons où aucune procédure en matière de LEg n'a été recensée sont souvent dépourvus de bureau de l'égalité (cf. 4.5).

6. Recommandations

Sur la base des conclusions présentées au chiffre précédent, nous formulons des recommandations qui ont pour objectif d'améliorer le fonctionnement de la justice et l'accès à celle-ci en cas de discrimination fondée sur le genre dans la vie professionnelle. Certaines recommandations ont déjà été formulées lors de l'Analyse 2017²³⁵.

A. Autorités législatives

1. Renforcer le droit d'action des organisations : dans le cadre des travaux visant à améliorer l'exercice collectif des droits en Suisse²³⁶, examiner les moyens de rendre plus efficace le droit d'action des organisations lors de procès fondés sur la loi sur l'égalité (art. 7 LEg).

2. Alléger le fardeau de la preuve en cas de harcèlement sexuel et de discrimination à l'embauche : réexaminer l'opportunité d'étendre l'allègement du fardeau de la preuve (art. 6 LEg) à tous les cas de discriminations fondés sur le sexe, comme le prévoit le droit de l'Union européenne²³⁷.

B. Professions juridiques

3. Améliorer la formation des juges, des membres d'autorité de conciliation et du barreau : insérer dans les programmes de formation de base et de formation continue des modules de cours sur la LEg et la CEDEF. Sensibiliser de façon systématique²³⁸ le milieu judiciaire aux stéréotypes sexistes, aux violences fondées sur le genre²³⁹ (notamment le harcèlement sexuel) et aux formes croisées de discriminations²⁴⁰.

²³⁵ Analyse 2017, pp. 31-32.

²³⁶ Message CF CPC 2020, p. 2630 (Mise en œuvre collective des droits : scission et traitement séparé) ; Rapport explicatif CF CPC 2018 ; motion 13.3931 BIRRER-HEIMO « Exercice collectif des droits. Promotion et développement des instruments ».

²³⁷ Directive 2006/54 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JO n° L 204 du 26.07. 2006, p. 23, (art. 19).

²³⁸ Sur la nécessité pour l'Etat d'avoir une approche systématique et de ne pas seulement se reposer sur les compétences préexistantes de certains individus au sein des autorités judiciaires, voir KIENER, p 70.

²³⁹ Voir la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 11 mai 2011, RS 0.311.35, art. 15 (Formation des professionnels).

²⁴⁰ Conformément à la Recommandation générale n° 33 du comité CEDEF sur l'accès des femmes à la justice (CEDAW/C/GC/33), N 18e et 26 ss.

C. Bureaux de l'égalité

4. Sensibiliser aux droits prévus par la LEg : continuer à informer tous les milieux concernés (individus, entreprises, administrations, partenaires sociaux, milieu juridique, etc.) sur les discriminations en raison du sexe dans les relations de travail, les droits prévus par la LEg et les possibilités d'action en justice.

D. Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG)

5. Mandater une recherche complémentaire sur l'issue des litiges fondés sur la LEg : améliorer les connaissances sur l'issue de la procédure lorsque le Tribunal fédéral a renvoyé l'affaire à une instance cantonale pour nouveau jugement. Organiser une enquête auprès des avocates et avocats ayant porté l'affaire devant le Tribunal fédéral (et dont le nom apparaît au début de l'arrêt) afin de répondre aux questions suivantes : quel a été le sort des prétentions fondées sur la LEg ? Les parties ont-elles fini par conclure un accord extrajudiciaire ?

6. Mieux comprendre la pratique et les attentes du Tribunal fédéral lorsqu'il invite une autorité à se déterminer (art. 102 LTF). Solliciter à cette fin en particulier la Présidence de la 1^{ère} Cour de droit social et de la 1^{ère} Cour de droit civil.

E. Associations de défense des travailleuses et travailleurs

7. S'approprier le droit d'action prévu par l'art. 7 LEg : se donner les moyens d'utiliser cette action en étudiant de façon approfondie les conditions d'exercice de ce droit, afin de faire constater non seulement des discriminations salariales dans le secteur public, mais aussi d'autres types de discriminations (p. ex. un refus d'embauche ou de promotion), y compris dans le cadre de rapports travail soumis au droit privé.

F. Milieu de la recherche

8. Poursuivre les recherches en matière d'accès à la justice : mener une étude qualitative permettant de mieux cerner le profil des femmes qui portent leur plainte pour discrimination jusqu'au Tribunal fédéral et mettre en évidence les facteurs qui influencent ce choix (p. ex. situation familiale, âge, handicap, ressources financières, situation de crise économique, région linguistique, etc.).

9. Etudier les accords de résiliation conclus suite à une grossesse : effectuer une enquête auprès des barreaux cantonaux, des autorités de conciliation LEg, ainsi que des femmes ayant perdu leur emploi suite à une grossesse afin d'en savoir plus sur la fréquence et le contenu des accords de résiliation en cas de maternité. Collecter un certain nombre d'accords (anonymisés) et analyser dans quelle mesure ces accords contiennent des concessions réciproques.

7. Bibliographie

7.1 Doctrine

AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (éds), *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Slatkine, Genève 2011 (cité : C/LEg-NOM).

AUBRY-GIRARDIN FLORENCE, « Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg », in Dunand/Lempen/Mahon, *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail*, CERT, Schulthess, Zurich 2016, pp. 95-117.

BOHNET FRANÇOIS, *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*, Avis de droit sur mandat du BFEG, 2018.

COLÀS-NEILA EUSEBI/YÉLAMOS-BAYARRI ESTELA, *Access to Justice: A Literature Review on Labour Courts in Europe and Latin America*, ILO Working Paper 6, July 2020, ILO, Geneva 2020.

CORBOZ BERNARD/WURZBURGER ALAIN/FERRARI PIERRE/FRÉSARD JEAN-MAURICE/AUBRY GIRARDIN FLORENCE, *Commentaire de la LTF*, 2^e éd., Stämpfli, Berne 2014 (cité : CS/LTF-NOM).

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, *Loi sur l'égalité et procédure civile : un accès facilité ou complexifié à la justice ?*, in ZSR/RDS 136 (2017) I pp. 423-448.

DUNAND JEAN-PHILIPPE, « L'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité (LEg) », in Dunand/Lempen/Mahon, *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail*, CERT, Schulthess, Zurich 2016, pp. 35-71.

HAUSAMMANN CHRISTINA/DE PIETRO JOSEFIN, *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 2: Geschlecht – Juristische Analyse*, CSDH, Berne 2015 (cité : HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2).

HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELIER MICHEL/LEMPEN KARINE (éds), *CEDEF - La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif*, Commentaire, Schulthess, Zurich 2019 (cité : C/CEDEF-NOM).

HOTZ SANDRA, *Auf dem Weg zur Gleichstellung der Geschlechter?*, in SJZ/RSJ 1/2020 pp. 3-18.

KÄLIN WALTER/LOCHER RETO, *Accès à la justice en cas de discrimination, Rapport de synthèse*, CSDH, Berne juillet 2015 (cité : KÄLIN/LOCHER, Rapport de synthèse).

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN (éds), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2009 (cité : K/GIG-NOM).

KIENER REGULA, *Zugang zur Justiz*, in ZSR/RDS 138 (2019) II pp. 5-99.

KLEBER ELEONOR, *La discrimination multiple, Etude de droit international, suisse et européen*, thèse, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2015.

KRINGS FRANCISKA/SCHÄR MOSER MARIANNE/MOUTON AUDREY, *Harcèlement sexuel sur le lieu de travail : Qui harcèle qui, comment et pourquoi ? Une meilleure compréhension pour une meilleure prévention*, Rapport final, Programme national de recherche PNR 60, Université de Lausanne 2013.

LEMPEN KARINE, *L'évolution de la protection contre le licenciement abusif. Avancées en faveur des seniors et des mères*, in AJP/PJA 1/2019 pp. 78-89 (cité : LEMPEN, Licenciement).

LEMPEN KARINE/SALEM RACHEL, *Le droit à la réintégration suite à un congé de rétorsion. Défis liés à la mise en œuvre dans le secteur privé et public*, in ARV/DTA 2/2020 pp. 97-110.

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, *Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2015), Rapport de Recherche*, BFEG, Berne juin 2017 (cité : Analyse 2017).

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, *Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz*, in SJZ/RSJ 4/2018 pp. 81-89 (cité : Aktuelle Entwicklungen).

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS/KNEUBÜHLER LORENZ (éds), *Basler Kommentar - Bundesgerichtsgesetz*, 3^e éd., Schulthess, Bâle 2018 (cité : BSK/BGG-NOM).

PÄRLI KURT/OBERHAUSSER CAMILL, *Diskriminierungsfreie Messung der Lohnungleichheit*, Jusletter 25 novembre 2019.

PERRENOUD STÉPHANIE, « La protection contre les discriminations fondées sur la maternité selon la LEg », in Dunand/Lempen/Mahon, *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail*, CERT, Schulthess, Zurich 2016, pp. 73-94.

SATTIVA SPRING CHRISTINE, *Mistinguett ne fait pas fantasmer le TF : analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_18/2018 du 21 novembre 2018*, in Newsletter DroitDuTravail.ch, avril 2019.

SPÜHLER KARL/AEMISEGGER HEINZ/DOLGE ANNETTE/VOCK DOMINIK, *Bundesgerichtsgesetz (BGG), Praxiskommentar*, 2^e éd., Dike, Zurich/St.Gall 2013 (cité : Praxiskommentar/BGG-NOM).

STEFFANINI FEDERICA, Commentaire de l'ATF 145 II 153-167, in RDAF 2020 I pp. 186-191.

STUTZ HEIDI/SCHÄR MOSER MARIANNE/FREIVOGEL ELISABETH, *Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, Rapport de synthèse*, BASS, Berne/Binningen avril 2005 (cité : STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL, Rapport de synthèse).

WYTENBACH JUDITH/BRAUN ELIANE, *Weniger Frauen als Männer vor Bundesgericht, Kurzstudie: Auswertung von 4383 Urteilen*, SKMR/CSDH, Berne, mars 2019.

7.2 Messages et rapports du Conseil fédéral

Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF 2001 4000.

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

Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Naef 12.343 du 14 juin 2012, « Le droit à la protection contre la discrimination », 25 mai 2016 (cité : Rapport CF discrimination).

Rapport explicatif du Conseil fédéral relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité) du 2 mars 2018 (cité : Rapport CF CPC 2018).

Message du Conseil fédéral relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) du 26 février 2020, FF 2020 2607 (cité : Message CF CPC 2020).

8. Annexe 1 – Grille d’analyse

1 - INFORMATIONS GÉNÉRALES

1. Référence du jugement analysé et date

2. Jugement publié (ATF) ?

☐ Oui

☐ Non

3. Quelle Cour du Tribunal fédéral rend la décision ?

☐ Première cour de droit public

☐ Deuxième cour de droit public

☐ Première cour de droit civil

☐ Première cour de droit social

☐ Cour de droit pénal

4. Langue de la procédure

☐ Allemand

☐ Français

☐ Italien

5. Canton

6. Composition du tribunal

a) Sexe

☐ Femme-s (+ nombre)

☐ Homme-s (+ nombre)

b) Affiliation politique (+nombre)

☐ Les Verts

☐ PDC

☐ PLR

☐ PS

☐ UDC

☐ Autre

c) Âge du/de la juge au moment du jugement

juge 1:

juge 2:

juge 3:

juge 4:

juge 5:

7. La personne salariée est-elle représentée par un-e avocat-e indépendant-e ou un-e autre mandataire professionnel-le ? (agent-e d'affaires breveté-e ou membre d'une association professionnelle)

☐ Oui :

☐ Avocat-e indépendant-e

☐ Mandataire professionnel-le (préciser)

☐ Non

8. Maintien des rapports de travail au moment du dépôt de la demande (y compris les situations dans lesquelles le contrat est résilié mais n'a pas encore pris fin) ?

☐ Oui

☐ Non

9. Maintien des rapports de travail au moment du jugement (y compris les situations dans lesquelles le contrat est résilié mais n'a pas encore pris fin) ?

☐ Oui

☐ Non

10. Résumé du jugement (mots-clés)

11. Dispositions invoquées / appliquées (LEg / CO / LTr / CEDAW, etc.)

12. La partie employée couple-t-elle son action LEg avec d'autres prétentions de droit du travail ?

☐ Action LEg uniquement

☐ Action LEg + autres prétentions liées au droit du travail

2 - HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

13. Y a-t-il eu une procédure de conciliation ?

☐ Oui

☐ Non

14. Combien de jugements ont été rendus à l'heure actuelle ?

Date de la litispendance initiale

Pour toutes les instances précédentes se demander :

Nom du tribunal/autorité

Date de la décision

15. Durée de la procédure auprès du Tribunal fédéral

16. Durée totale de la procédure

3 - PARTIES À LA PROCÉDURE

A. Partie demanderesse

17. Est-ce la partie employée ou employeuse qui introduit la demande initiale ?

☐ Employée

☐ Employeuse

18. Est-ce la partie employée ou employeuse qui recourt au Tribunal fédéral ?

☐ Employée

☐ Employeuse

19. Qui est la partie demanderesse à l'origine ? (personne(s) physique(s), organisation(s) (art. 7 LEg), autorité(s) ou entreprise(s))

☐ Personne(s) physique(s)

☐ Organisation(s) (si oui, préciser le nombre)

☐ Autorité(s) ou entreprise(s)

20. Qui est la partie qui recourt au Tribunal fédéral ? (personne(s) physique(s), organisation(s) (art. 7 LEg), autorité(s) ou entreprise(s))

☐ Personne(s) physique(s)

☐ Organisation(s) (si oui, préciser le nombre)

☐ Autorité(s) ou entreprise(s)

B. Informations sur la partie employée

21. Sexe (nombre de femmes et/ou d'hommes)

☐ Féminin

☐ Masculin

☐ autre

22. Quel est l'état civil de la partie employée ?

☐ Célibataire

☐ Marié

☐ Partenariat enregistré

23. Quelle est la situation familiale de la partie employée ?

☐ Avec enfant(s)

☐ Sans enfant

Commentaire :

24. Indications supplémentaires concernant la partie employée (art. 8 al. 2 Cst.) :

a. Origine/Nationalité

b. Âge

☐ Moins de 18 ans (art. 29 LTr)

☐ 18-35 ans

☐ 35-50 ans

☐ Plus de 50 ans

c. Langue parlée est-elle la même que celle de la procédure ?

d. Religion

e. Existence d'un handicap ?

4 - INFORMATIONS RELATIVES À L'EMPLOI EXERCÉ

25. Quel est le métier exercé ?

26. Type de contrat de travail :

☐ Contrat de travail à durée déterminée (préciser la durée)

☐ Contrat de travail à durée indéterminée

27. Type de rapports de travail :

☐ Plein-temps

- ☐ Temps partiel (préciser le taux)
- ☐ Apprentissage/stage
- ☐ Rapports de travail exceptionnels (travailleur temporaire, travail sur demande)

28. Les rapports de travail sont-ils soumis au droit public ou au droit privé ?

- ☐ Droit public
- ☐ Droit privé

29. Branche concernée

30. Fonction de cadre au sein de l'entreprise ?

- ☐ Oui
- ☐ Non

31. Durée des rapports de travail

- ☐ Moins de 1 an
- ☐ De 1 à 5 ans
- ☐ De 6 à 10 ans
- ☐ Plus de 10 ans
- ☐ Pas de rapports de travail (en cas de discrimination à l'embauche)

5 - ANALYSE JURIDIQUE

I. DISCRIMINATION

A. Interdiction de discriminer au sens de l'art. 3 al. 1 et al. 3 LEg

32. La cour se réfère-t-elle à la jurisprudence des autres cours pour interpréter la notion de discrimination au sens de l'art. 3 LEg ?

- ☐ Oui
- ☐ Non

33. La discrimination invoquée ou admise est-elle directe ou indirecte (art. 3 al. 1 LEg) ? (si elle diffère de celle figurant dans le message, énoncer la définition retenue par le Tribunal)

- ☐ Discrimination directe
- ☐ Discrimination indirecte

34. Le traitement différencié entre-t-il dans la catégorie des mesures positives (art. 3 al. 3 LEg) ?

☐ Oui (commentaire)

☐ Non

35. Discrimination :

☐ À raison du sexe ?

☐ À raison du sexe et de la situation familiale ?

☐ À raison du sexe et de l'état civil ?

☐ À raison de la grossesse ?

☐ À raison de la maternité ?

☐ Fondée sur l'identité de genre ?

☐ Fondée sur l'orientation sexuelle ?

36. En cas de discrimination à raison d'une grossesse ou de la maternité, à quel moment de la relation de travail intervient-elle ?

☐ Après la conclusion du CIT mais avant l'entrée en fonction

☐ Pendant le temps d'essai

☐ Pendant la grossesse

☐ Pendant le congé maternité

☐ Après le retour du congé maternité

Commentaire : y a-t-il eu un accord de résiliation ? un congé modification ?

37. Discrimination multiple prise en compte sur le plan juridique ? (âge, nationalité, etc...)

☐ Oui (commentaire : de quelle manière ?)

☐ Non

B. Interdiction de discriminer au sens de l'art. 3 al. 2 LEg

38. Type de discrimination ?

☐ Discrimination à l'embauche

☐ Discrimination salariale

☐ Licenciement discriminatoire

☐ Promotion

☐ Attribution des tâches

☐ Aménagement des conditions de travail

- ☐ Formation et perfectionnement professionnels
- ☐ Congé rétorsion (art. 10 LEg)
- ☐ Harcèlement sexuel

C. Congé rétorsion (art. 10 LEg)

39. Que fait valoir la personne salariée ?

- ☐ Annulation du congé
- ☐ Réengagement provisoire (pendant la durée de la procédure)
- ☐ Indemnités dès le début de la procédure
- ☐ Indemnités en cours de procédure après renoncement à un réengagement provisoire ou

non

40. Pour quelle(s) raison(s) le tribunal ne retient-il pas le congé-rétorsion ?

- ☐ La période de protection est dépassée au moment de la communication du congé
- ☐ La personne salariée n'a pas saisi le tribunal avant l'échéance du délai de congé
- ☐ Existence d'un motif justifié

41. Motif justifié :

D. Harcèlement sexuel (art. 4 LEg)

42. La cour se réfère-t-elle à la jurisprudence des autres cours pour interpréter la notion de harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg ?

- ☐ Oui
- ☐ Non

43. Quelle forme revêt le harcèlement ? (description du comportement)

- ☐ Paroles (remarques sexistes, homophobes ou trans*phobes, commentaires grossiers ou embarrassants notamment sur l'apparence physique)
- ☐ Actes/Gestes (regards qui déstabilisent, sifflements, gestes obscènes, affichage de photos indécentes sur un écran d'ordinateur ou un téléphone portable, usage de matériel pornographique, attouchements, avances accompagnées de promesse, de récompenses ou de menaces de représailles, violence physique, agressions sexuelles, viol)

44. Est-ce que les actes de harcèlement ont eu lieu hors du „lieu de travail“ (soirée du personnel dans un local externe, parking de l'entreprise, arrêt de bus, domicile privé, par SMS ou via les réseaux sociaux, etc.) ?

- ☐ Oui (commentaire)
- ☐ Non

45. Le Tribunal a-t-il pris en considération les actes harcelants survenus à l'extérieur de l'entreprise ?

☐ Oui

☐ Non

46. En cas d'acte hostile fondé sur le sexe (sexiste) mais sans connotation sexuelle stricto sensu, quelle disposition les juges appliquent-ils ?

☐ Art. 4 LEg : harcèlement sexuel

☐ Art. 328 CO : mobbing

47. Le Tribunal fédéral justifie-t-il ce choix ?

☐ Oui

☐ Non

48. Le tribunal apprécie-t-il la nature harcelante d'un point de vue subjectif et/ou objectif ?

☐ Retient l'existence d'un harcèlement sexuel sur la base du test d'objectivité + subjectivité

☐ Retient l'existence d'un harcèlement sexuel uniquement sur la base du test d'objectivité

☐ Retient l'existence d'un harcèlement sexuel uniquement sur la base du test subjectif

II. ASPECTS PROCEDURAUX

49. Le tribunal applique-t-il la LEg alors même que les parties ne l'ont pas invoquée ?

☐ Oui

☐ Non

50. Le tribunal applique-t-il l'allégement du fardeau de la preuve ? (art. 6 LEg)

☐ Oui

☐ Non

51. La vraisemblance est-elle admise ? Si oui, quelle définition de la vraisemblance est retenue (à partir de quel % ?)?

☐ Oui

☐ Non

52. Quel degré de preuve a été retenu dans les cas de discrimination non couverts par l'art. 6 LEg ?

☐ Simple vraisemblance

☐ Vraisemblance prépondérante

☐ Preuve stricte

53. Sur la base de quels indices ?

- ☐ Témoignage
- ☐ Certificat médical
- ☐ Rapport d'enquête interne
- ☐ Rapport de l'inspection cantonale du travail

54. Motifs justificatifs retenus par le tribunal

55. Le grief d'arbitraire (ou un autre grief, telle la violation du droit d'être entendu) a-t-il été invoqué à l'encontre de l'établissement des faits par les instances cantonales ?

- ☐ Oui
- ☐ Non

56. Si oui, ce grief a-t-il été reçu par le TF ?

- ☐ Oui
- ☐ Non

57. Le Bureau de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) a-t-il pris position dans la procédure de recours devant le Tribunal fédéral ?

- ☐ Oui
- ☐ Non

58. La position du BFEG a-t-elle été suivie ?

- ☐ Oui
- ☐ En partie
- ☐ Non

III. ACTIONS EN PREVENTION, EN CESSATION ET EN CONSTATATION

59. Est-ce que la partie employée introduit une des actions prévues à l'art. 5 al. 1 LEg ?

- ☐ Action en prévention d'une discrimination (art. 5 al. 1 let. a LEg)
- ☐ Action en cessation d'une discrimination (art. 5 al. 1 let. b LEg)
- ☐ Action en constatation de droit (art. 5 al. 1 let. c LEg)
- ☐ Aucune de ces actions n'est introduite

60. Si existence d'une action en cessation d'une discrimination : dans le cadre de rapports de droit public, que fait valoir la partie employée ?

- ☐ Indemnités
- ☐ Annulation du congé
- ☐ Réintégration

6 - ASPECTS FINANCIERS

Accorder une attention particulière à l'articulation entre la LEg et le CO.

A. Discrimination salariale - Action en paiement du salaire dû (art. 5 al. 1 let. d)

61. Combien de personnes font valoir des prétentions salariales ?

62. Somme globale des prétentions salariales

63. Combien de personnes obtiennent les salaires demandés ?

64. Somme globale versée à ce titre

65. Y a-t-il des demandes d'intérêts moratoires ?

☐ Oui

☐ Non

66. Existe-t-il un droit à demander un salaire plus élevé pour le futur ?

☐ Oui

☐ Non

67. Une expertise judiciaire a-t-elle été demandée ?

☐ Oui

☐ Non

68. Si oui, quelle est la méthode appliquée ?

☐ Evaluation analytique du travail

☐ Analyse statistique du salaire

☐ Autre

69. Une contre-expertise a-t-elle été demandée ?

☐ Oui

☐ Non

70. Si oui, quelle est la méthode appliquée ?

☐ Evaluation analytique du travail

☐ Analyse statistique du salaire

☐ Autre

B. Discrimination à l'embauche

- 71. Combien de personnes demandent une indemnité ?
- 72. Somme globale des prétentions
- 73. A combien de mois de salaires les indemnités correspondent-elles ?
- 74. Combien de personnes obtiennent les indemnités demandées ?
- 75. Somme globale versée à ce titre
- 76. A combien de mois de salaires les indemnités correspondent-elles ?

C. Licenciement discriminatoire

- 77. Combien de personnes demandent une indemnité ?
- 78. Sur quelles bases légales repose la demande d'indemnité ?
 - ☐ Art. 3 LEg + art. 5 al. 2 LEg
 - ☐ Art. 336a al. 1 let. a CO (raison pour laquelle la LEg n'a pas été appliquée)
 - ☐ Art. 337c al. 3 CO
- 79. Somme globale des prétentions
- 80. A combien de mois de salaires les indemnités correspondent-elles ?
- 81. Combien de personnes obtiennent les indemnités demandées ?
- 82. Somme globale versée à ce titre
- 83. A combien de mois de salaires les indemnités correspondent-elles ?

D. Harcèlement sexuel

- 84. Combien de personnes demandent des indemnités ?
- 85. Somme globale des prétentions
- 86. Combien de personnes obtiennent les indemnités demandées ?
- 87. Somme globale des indemnités obtenues

E. Dommage

- 88. Combien de personnes demandent des dommages-intérêts ?
- 89. Somme globale des dommages-intérêts demandés
- 90. Combien de personnes ont obtenu des dommages-intérêts ?
- 91. Somme globale des dommages-intérêts obtenus

F. Tort moral

92. Combien de personnes demandent la réparation du tort moral ?

93. Somme totale des indemnités demandées à titre de réparation du tort moral

94. Combien de personnes ont obtenu la réparation du tort moral ?

95. Somme totale des indemnités obtenues à titre de réparation du tort moral

G. Cumuls

96. Y a-t-il un cumul d'indemnités ?

☐ Art. 5 al. 2 LEg et art. 5 al. 3 LEg

☐ Art. 5 al. 2 LEg et art. 5 al. 3 LEg et art. 49 CO

☐ Art. 5 al. 3 LEg et art. 337c al. 3 LEg

☐ Art. 5 al. 2 LEg et art. 49 CO

☐ Art. 5 al. 3 LEg et art. 49 CO

☐ Art. 5 al. 2 LEg et art. 41 ou 328 CO

☐ Art. 5 al. 3 LEg et art. 41 ou 328 CO

☐ Autres cumuls ? (avec des actions ne relevant pas nécessairement d'une discrimination à raison du sexe ou d'un harcèlement sexuel)

H. Frais de justice

97. A combien s'élèvent les frais de justice ?

98. Quelle a été la répartition des frais de justice entre les parties (pourcentage) et selon quelle méthode a-t-elle été calculée ?

I. Dépens

99. Des dépens ont-ils été alloués ?

☐ Aucun dépens

☐ Dépens à verser par la personne salariée (+ montant)

☐ Dépens à verser à la personne salariée (+ montant)

7 - ISSUE DE LA PROCÉDURE

100. Refus d'entrer en matière (total ou partiel) sur la base de griefs formels ?

☐ Oui

☐ Non

101. Le jugement est :

- ☐ Complètement en faveur de la personne salariée
- ☐ Majoritairement en faveur de la personne salariée
- ☐ Majoritairement négative pour la personne salariée
- ☐ Complètement en défaveur de la personne salariée

102. Si la Cour admet le recours, statue-t-elle elle-même sur le fond ou renvoie-t-elle l'affaire pour prise d'une nouvelle décision (art. 107 al. 2 LTF) ?

- ☐ Décision sur le fond
- ☐ Renvoi à l'autorité précédente
- ☐ Renvoi à l'autorité en première instance

8 – AUTRES

103. Jugement résumé sur www.leg.ch ou www.gleichstellungsgesetz.ch.

- ☐ Oui -> références
- ☐ Non

9. Annexe 2 – Liste des arrêts analysés

9.1 Arrêts publiés aux ATF

131 II 361 (2A.279/2004 du 14 mars 2005 ; FR ; Discrimination à l’embauche, candidat à un poste de professeur à l’Université de Fribourg ; Résumé)

131 II 393 (2A.141/2004, 2A.142/2004 et 2A.143/2004 du 8 avril 2005 ; SO ; Egalité salariale, personnel soignant, sages-femmes et ergothérapeutes ; Résumé)

133 II 257 (1C 37/2007 du 10 juillet 2007 ; GE ; Discrimination à l’embauche, candidat à un poste de professeur à l’Université de Genève ; Résumé)

133 II 545 (4A 12/2007 du 3 juillet 2007 ; GE ; Egalité salariale, avocate ; Résumé)

136 II 393 (8C 78/2009 du 31 août 2010 ; SG ; Egalité salariale, personnel soignant, sages-femmes, laborantin.e.s, assistant.e.s en radiologie et en chirurgie ; Résumé)

138 II 1 (8C 269/2011 du 18 octobre 2011 ; ZH ; Egalité salariale, personnel thérapeutique et personnel soignant de la Ville de Zurich ; Résumé)

141 II 411 (8C 366/2014 du 1^{er} décembre 2015 ; AG ; Egalité salariale, personnel enseignant des jardins d’enfants et écoles primaires ; Résumé)

142 II 49 (8C 376/2015 du 24 mars 2016 ; BL ; Egalité salariale, gestionnaire en ressources humaines ; Résumé)

143 II 366 (8C 693/2016 du 4 juillet 2017 ; AG ; Egalité salariale, personnel enseignant des jardins d’enfants et des écoles primaires ; Résumé)

144 II 65 (8C 56/2017 du 21 février 2018 ; SH ; Egalité salariale, personnel enseignant d’un jardin d’enfants ; Résumé)

144 II 345 (8C 134/2018 du 17 septembre 2018 ; Administration fédérale ; Congé-représailles, greffière ; Résumé)

145 II 153 (8C 594/2018 du 5 avril 2019 ; Administration fédérale ; Non-renouvellement discriminatoire d’un contrat de travail à durée déterminée, militaire, homosexualité ; Résumé)

9.2 Arrêts non publiés

1C 54/2008 et 1C 68/2008 du 3 mars 2009 ; ZH ; Egalité salariale, gestionnaire en ressources humaines ; Résumé

1C 56/2008 et 1C 60/2008 du 7 mai 2009 ; ZH ; Egalité salariale, employée dans le domaine de la santé (Pas de résumé disponible)

1C 58/2008 et 1C 68/2008 du 7 mai 2009 ; ZH ; Egalité salariale, aide soignante (Pas de résumé disponible)

1C 310/2007 du 17 avril 2008 ; AR ; Egalité salariale, logeuse ; Résumé

1C 338/2008 du 17 juillet 2009 ; ZH ; Egalité salariale, cheffe de service dans une clinique ; Résumé

1C 405/2007 du 22 octobre 2008 ; ZH ; Arriérés de salaire, aide soignante (pas de résumé disponible)

1C.414/2008 du 14 mai 2009 ; ZH ; Egalité salariale, responsable de la formation continue d'anesthésiste ; Résumé

1C.420/2008 du 14 septembre 2009 ; ZH ; Arriérés de salaire, directrice des soins (infirmière cheffe) ; (Pas de résumé disponible)

1C.432/2008 du 14 septembre 2009 ; ZH ; Arriérés de salaires, soignante ; Résumé

2A.79/2007 du 15 juin 2007 ; ZH ; Egalité salariale, treize enseignantes de la maternelle ; Résumé

2A.80/2007 du 15 juin 2007 ; ZH ; Egalité salariale, enseignante à la maternelle ; Résumé

2A.81/2007 du 15 juin 2007 ; ZH ; Egalité salariale, deux enseignantes à la maternelle ; Résumé

2A.91/2007 du 25 février 2008 ; BE ; Egalité salariale, préfète du canton de Berne ; Résumé

2A.93/2007 et 2A.94/2007 du 20 novembre 2007 ; ZH ; Egalité salariale, psychothérapeutes ; Action des organisations ; Résumé

2A.95/2007 et 2A.96/2007 du 20 novembre 2007 ; ZH ; Egalité salariale, ergothérapeutes ; Action des organisations ; Résumé

2A.97/2007 et 2A.98/2007 du 20 novembre 2007 ; ZH ; Egalité salariale, personnel soignant, action des organisations ; Résumé

2A.127/2006 du 6 septembre 2006 ; Administration fédérale ; Egalité salariale, non-promotion d'une employée d'une école polytechnique (Pas de résumé disponible)

2A.205/2004, 2A.206/2004 et 2A.2007/2004 du 8 avril 2005 ; SO ; Egalité salariale, assistant.e.s en radiologie ; Résumé

2A.291/2006 du 4 janvier 2007 ; ZH ; Egalité salariale, infirmière en psychiatrie (pas de résumé disponible)

2A.361/2006 du 4 janvier 2007 ; ZH ; Egalité salariale, gardienne de foyer ; Résumé

2A.404/2006 du 9 février ; GE ; Harcèlement sexuel, secrétaire ; Résumé

2A.453/2003 du 8 septembre 2004 ; Administration fédérale ; Non-promotion et discrimination dans l'attribution des tâches, employée auprès d'une école polytechnique ; Résumé

2A.505/2006 du 19 juin 2007 ; ZH ; Egalité salariale, infirmière psychiatrie ; Résumé

2A.509/2006, 2A.510/2006 et 2A.511/2006 du 19 juin 2007 ; ZH ; Egalité salariale, personnel soignant en psychiatrie (pas de résumé disponible)

2A.597/2003 du 15 juillet 2004 ; Administration fédérale ; Congé-représailles, bibliothécaire dans une école polytechnique (pas de résumé disponible)

2A.637/2004 et 2P.277/2004 du 19 janvier 2006 ; GE ; Discrimination à l'embauche, candidat à un poste de professeur à l'Université de Genève ; Résumé

2A.730/2006 du 3 septembre 2007 ; VD ; Egalité salariale, secrétaire ; Résumé

2P.19/2004 du 10 février 2004 ; VS ; Licenciement immédiat, fonctionnaire de police, harcèlement sexuel (pas de résumé disponible)

4A.13/2010 du 3 février 2010 ; SO ; Harcèlement sexuel, assistante en machinerie ; Résumé

4A 18/2018 du 21 novembre 2018 ; VD ; Harcèlement sexuel et congé abusif, comptable ; Résumé

4A 35/2017 du 31 mai 2017 ; FR ; Licenciement immédiat, professeure d'italien, grossesse et congé maternité ; Résumé

4A 77/2007 du 10 juillet 2007 ; GE ; Discrimination salariale et licenciement discriminatoire, spécialiste en assurances ; Résumé

4A 105/2018 du 10 octobre 2018 ; FR ; Licenciement immédiat, instructeur du secteur hôtelier, harcèlement sexuel ; Résumé

4A 115/2011 du 28 avril 2011 ; NE ; Egalité salariale, responsable d'un magasin de mobilier (pas de résumé disponible)

4A 178/2010 du 14 mai 2010 ; FR ; Harcèlement sexuel et congé-représailles, collaboratrice à temps partiel (pas de résumé disponible)

4A 124/2017 du 31 janvier 2018 ; VD ; Licenciement discriminatoire, employé accusé de harcèlement sexuel ; Résumé

4A 249/2007 du 16 novembre 2007 ; GE ; Discrimination salariale, licenciement discriminatoire et discrimination à la promotion, manager des ventes ; Résumé

4A 251/2009 du 29 juin 2009 ; VD ; Licenciement immédiat, cadre accusé de harcèlement sexuel (pas de résumé disponible)

4A 261/2011 du 24 août 2011 ; VD ; Egalité salariale, conseillère en placement ; Résumé

4A 330/2007 du 17 janvier 2008 ; SG ; Réparation du dommage et tort moral, apprentie violée par son maître d'apprentissage ; Résumé

4A 395/2010 du 25 octobre 2010 ; GE ; Licenciement discriminatoire, employée de commerce, congé maternité (pas de résumé disponible)

4A 449/2008 du 25 février 2009 ; FR ; Egalité salariale, travailleuse sociale ; Résumé

4A 455/2007 du 12 février 2008 ; GE ; Discrimination salariale, non-promotion, licenciement discriminatoire, juriste ; Résumé

4A 473/2013 du 2 décembre 2013 ; BE ; Harcèlement sexuel, employée d'un magasin de sandwiches (pas de résumé disponible)

4A 507/2013 du 27 janvier 2014 ; VD ; Licenciement discriminatoire, agente immobilière, grossesse et maternité (pas de résumé disponible)

4A 523/2014 du 12 février 2015 ; BS ; Egalité salariale, non-paiement des indemnités de départ d'une chargée des ressources humaines ; Résumé

4A 539/2015 du 28 janvier 2016 ; VS ; Discrimination salariale et congé abusif, fiscaliste ; Résumé

4A 544/2018 du 29 août 2019 ; VD ; Harcèlement sexuel, dessinatrice ; Résumé

4A 585/2015 du 11 avril 2016 ; AG ; Egalité salariale, graphiste ; Résumé

4A 614/2011 du 20 mars 2012 ; BL ; Egalité salariale, juriste ; Résumé

4C.60/2006 et 4P.48/2006 du 22 mai 2006 ; GE ; Harcèlement sexuel et congé-représailles, employée de bureau ; Résumé

4C.91/2005 et 4P.81/2005 du 23 mai 2005 ; GE ; Discrimination salariale, harcèlement sexuel, discrimination dans l'attribution des tâches et la promotion, licenciement discriminatoire, conseillère en stratégie et communication ; Résumé

4C.109/2005 du 31 mai 2005 ; GE ; Discrimination salariale et licenciement discriminatoire, manager ; Résumé

4C.123/2004 du 9 juillet 2004 ; VD ; Egalité salariale, avocate, montant des dépens (pas de résumé disponible)

4C.138/2005 du 25 octobre 2005 ; TI ; Egalité salariale, journaliste ; Résumé

4C.276/2004 et 4P.178/2004 du 12 octobre 2004 ; GE ; Harcèlement sexuel, non-promotion et licenciement discriminatoire, journaliste ; Résumé

4C.289/2006 et 4P.197/2006 du 5 février 2007 ; GE ; Harcèlement sexuel, assistante secrétaire ; Résumé

4C.321/2005 et 4P.245/2005 du 27 février 2006 ; GE ; Harcèlement sexuel, collaboratrice scientifique ; Résumé

4C.473/2004 du 6 avril 2005 ; GE ; Discrimination en raison de la non-promotion, de l'aménagement des conditions de travail et de l'attribution des tâches, discrimination salariale, harcèlement sexuel, bibliothécaire ; Résumé

4D 88/2009 du 18 août 2009 ; AG ; Harcèlement sexuel, employée de restaurant (pas de résumé disponible)

6B 836/2009 du 19 mars 2010 ; ZG ; Harcèlement sexuel, stagiaire et autres apprenties mineures au sein d'un cabinet dentaire, procédure pénale contre l'employeur (pas de résumé disponible)

6B 1245/2018 du 20 mai 2019 ; ZH ; Harcèlement sexuel réitéré et viol, employée d'un salon de coiffure, procédure pénale contre l'employeur ; Résumé

8C 31/2009 du 4 janvier 2010 ; ZH ; Egalité salariale, thérapeute ; Résumé

8C 32/2009 et 8C 33/2009 du 4 janvier 2010 ; ZH ; Egalité salariale, thérapeute avec fonction cadre ; Résumé

8C 34/2009 et 8C 35/2009 du 4 janvier 2010 ; ZH ; Egalité salariale, thérapeute ; Résumé

8C 119/2015 du 7 décembre 2015 ; ZH ; Egalité salariale, diminution des congés sans augmentation salariale, directrices de crèche ; Action des organisations ; Résumé

8C 422/2013 du 9 avril 2014 ; VD ; Licenciement immédiat, professeur d'université, harcèlement sexuel ; Résumé

8C 469/2019 du 30 octobre 2019 ; ZG ; Licenciement discriminatoire en raison de la maternité, psychologue (pas de résumé disponible)

8C 584/2015 du 6 avril 2016 ; ZH ; Egalité salariale, médiathécaire ; Résumé

8C 605/2016 du 9 octobre 2017 ; Administration fédérale ; Egalité salariale, employée des CFF, maternité ; Résumé

8C 675/2016 du 1^{er} mars 2017 ; SG ; Egalité salariale, soignante ; Résumé

8C 696/2016 du 19 septembre 2017 ; ZH ; Egalité salariale, personnel enseignant à la maternelle ; Résumé

8C 703/2015 du 14 juin 2016 ; GE ; Non-renouvellement discriminatoire des rapports de travail, professeure d'architecture ; Résumé

8C 821/2016 du 26 janvier 2018 ; GE ; Discrimination à l'embauche, biologiste, poste de professeure à l'Université de Genève ; Résumé

8C 1006/2012 du 10 avril 2013 ; BS ; Egalité salariale, chargé de cours à l'Université de Bâle ; Résumé

8C 1012/2010 du 31 mars 2011 ; SG ; Egalité salariale, personnel soignant, sages-femmes, laborantin.e.s et assistant.e.s en chirurgie et en radiologie ; Retard injustifié de la procédure ; Résumé

