

Nathalie Berger / Pierre Matile

WEKA

# Egalité salariale

Aspects juridiques et questions pratiques  
du principe d'égalité de traitement



*Un problème? Pas de problème!*

CIP-Notice abrégée de la deutsche Bibliothek

## **Egalité salariale**

Auteur: Nathalie Berger / Pierre Matile

Direction de projet: Birgitt Bernhard-Postma

WEKA Business Media AG, Suisse

© WEKA Business Media AG, Zurich, 2015

Sous réserve de droits d'édition. La reproduction totale ou partielle des contenus est interdite.

Les définitions, recommandations et informations juridiques émises dans le cadre de cet ouvrage reflètent le point de vue des auteurs. Bien que la rédaction de la maison d'édition accorde le plus grand soin à l'exactitude des données que le lecteur peut consulter dans cet ouvrage, des erreurs ne sont jamais exclues. La maison d'édition et ses auteurs ne peuvent en aucune façon être rendus responsables des dommages quelconques pouvant résulter de l'utilisation de données erronées mentionnées dans cet ouvrage.

WEKA Business Media AG

Hermetschloostr. 77, CH-8048 Zurich

Téléphone 044 434 88 88, Téléfax 044 434 89 99

[www.weka.ch](http://www.weka.ch)

Zurich • Kissing • Paris • Amsterdam • Vienne

---

ISBN 978-3-297-02088-3

1<sup>re</sup> édition 2015

Impression: CPI buchbücher.ch, Layout: Dimitri Gabriel, Composition: Peter Jäggi



*Un problème? Pas de problème!*

# Table des matières

I.	<b>Introduction</b> .....	3
II.	<b>Le principe d'égalité de traitement en droit du travail</b> .....	5
	A. Définition .....	6
	B. Bases légales .....	6
	1. Au niveau international.....	6
	2. Au niveau national .....	8
	3. La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) .....	10
	4. La loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (LHand).....	11
	5. La loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr) – Protection de la santé (art. 6ss LTr) .....	12
	6. Le Code des obligations (CO) – La protection de la personnalité du travailleur art. 328 CO.....	13
	7. Le Code civil (CC) – Protection générale de la personnalité des individus, art. 27 ss CC .....	13
	8. Le code pénal (CP) – art. 261bis CP.....	14
III.	<b>Egalité de traitement en droit du travail – Application générale</b> .....	15
	A. Remarques introductives.....	16
	B. Le principe d'égalité de traitement en dehors de toute relation contractuelle .....	17
	1. Principe de la liberté contractuelle .....	17
	2. Exception au principe de liberté contractuelle: Discrimination illicite à l'embauche.....	18
	C. Le principe d'égalité de traitement en cours de contrat.....	21
	D. Exemples tirés de la jurisprudence .....	24
	1. L'égalité de traitement à l'embauche – Arrêt du Tribunal des Prud'hommes du canton de Vaud – 1 <sup>er</sup> juin 2005 .....	24
	2. L'égalité de traitement en cours de contrat – Arrêt du Tribunal fédéral du 6 juillet 2007, 4A_63/2007.....	25
IV.	<b>L'égalité salariale entre hommes et femmes</b> .....	27
	A. Remarques introductives.....	29
	B. La loi fédérale sur l'égalité.....	31
	1. But de la loi.....	31
	2. Champ d'application de la loi.....	31
	3. Interdiction générale des discriminations à raison du sexe – article 3 LEg.....	32
	4. Discrimination directe/indirecte.....	32
	5. Discrimination à l'embauche .....	33
	6. Discrimination dans la résiliation du contrat .....	35
	7. Discrimination salariale .....	36
	8. Vraisemblance et fardeau de la preuve (art. 6 LEg) .....	40
	9. Motifs objectifs justifiant un traitement différent.....	42
	10. Qualité pour agir des associations – art. 7 LEg.....	43
	11. Droits des collaborateurs victime de discrimination .....	44

C.	Les outils d'autocontrôle à disposition des employeurs .....	48
1.	Méthode ABAKABA .....	49
2.	Méthode VIWIV .....	63
3.	Logib.ch.....	64
D.	Jurisprudence.....	68
1.	Discrimination à l'embauche – arrêt 2A.279/2004 du 15 mars 2005 .....	68
2.	Discrimination salariale – ATF 130 III 145 arrêt 2P.205/2003 du 22 décembre 2003.....	69
E.	Liens utiles.....	72
1.	Outils de mesure à disposition gratuitement sur Internet.....	72
2.	Liens spécifiques et projets liés à l'égalité salariale soutenus par la Confédération.....	72
<b>V.</b>	<b>Egalité salariale – Cas du travailleur frontalier .....</b>	<b>73</b>
A.	Remarques introductives.....	75
B.	La modification du contrat de travail .....	75
1.	Généralités.....	75
2.	Le congé modification .....	76
3.	Licenciement collectif.....	82
C.	Cas envisagés pour palier à la force du franc.....	88
1.	Modifier les contrats et diminuer les salaires des seuls travailleurs frontaliers?.....	88
2.	Modifier les contrats pour libeller les salaires en euro, indexer les salaires en fonction des taux de change? .....	91
3.	Limites aux mesures tendant à une diminution salariale.....	92
4.	Conclusion.....	94
D.	Jurisprudence.....	96
1.	Arrêt du Tribunal cantonal de Bâle-Campagne du 17 décembre 2012/400 12 152.....	96
<b>VI.</b>	<b>L'égalité salariale – Cas du travail temporaire.....</b>	<b>99</b>
A.	Remarques introductives.....	100
B.	Analyse.....	101
1.	Le salaire minimum dans la CCT du travail temporaire:exceptions.....	101
2.	Dumping salarial .....	103
3.	Expérience tessinoise .....	106
4.	Conclusion.....	106
<b>VII.</b>	<b>Conclusion .....</b>	<b>107</b>
<b>VIII.</b>	<b>Annexe – Loi fédérale sur l'égalité .....</b>	<b>109</b>
<b>IX.</b>	<b>Annexe – Expertises judiciaires en matière de discrimination salariale .....</b>	<b>117</b>
	<b>Bibliographie .....</b>	<b>123</b>
	<b>Liste des abréviations .....</b>	<b>125</b>
	<b>Auteurs.....</b>	<b>127</b>



# Introduction

Les principes de l'interdiction des discriminations et de l'égalité salariale sont inscrits dans la Constitution fédérale depuis de nombreuses années.

## IMPORTANT

Le principe d'égalité salariale entre hommes et femmes est un principe constitutionnel que les employeurs se doivent de respecter.



Toutefois, hormis l'interdiction spécifiques de certaines discriminations, telles que la discrimination entre hommes et femmes, le droit du travail ne connaît que peu de dispositions légales à cet égard. Ainsi, l'art. 336 CO interdit de résilier le contrat de travail du travailleur pour des raisons inhérentes à sa personne; de même, les dispositions générales de protection de la personnalité du travailleur (contenues aux art. 6 LTr, 328 CO et 27 et 28 CC) imposent à l'employeur de ne pas discriminer les travailleurs. Il n'existe cependant aucune disposition spécifique qui impose à l'employeur de traiter de manière égale les travailleurs, notamment en ce qui concerne le salaire.

S'agissant plus particulièrement du principe d'égalité salariale entre hommes et femmes, il est inscrit dans la Constitution fédérale depuis le 14 juin 1981. L'art. 4 al. 2 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 prévoyait *«L'homme et la femme sont égaux en droits. La loi pourvoit à l'égalité, en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail. Les hommes et les femmes ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.»*

Concrétisant le mandat constitutionnel contenu dans cette disposition, le législateur a adopté la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1996.

Nonobstant le fait que le principe d'égalité de traitement, plus particulièrement d'égalité salariale, est inscrit dans la constitution depuis plus de 30 ans, ce principe n'est semblait-il pas respecté à l'heure actuelle, le salaire des femmes étant généralement plus bas que celui des hommes.

Pour cette raison, en 2014, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de justice et police d'établir un projet de loi visant à introduire des mesures plus coercitives afin de promouvoir l'égalité de traitement entre hommes et femmes et de s'assurer du respect de cette obligation légale.

Le présent ouvrage a pour but de faire le point de la situation sur le principe d'égalité de traitement en droit du travail, plus particulièrement le principe d'égalité salariale.

Le principe d'égalité salariale n'est pas uniquement analysé sous l'angle de la Loi fédérale sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes, mais également en fonction du type de travailleur, soit en particulier les travailleurs frontaliers et les travailleurs intérimaires.

Le but du présent ouvrage est également de rendre attentif l'employeur aux éléments à prendre en considération et aux mesures qu'il peut devoir prendre afin de s'assurer que sa politique salariale n'est pas discriminatoire.



# Le principe d'égalité de traitement en droit du travail

<b>A. Définition</b> .....	6
<b>B. Bases légales</b> .....	6
1. Au niveau international .....	6
2. Au niveau national .....	8
2.1 Le principe constitutionnel de l'égalité de traitement – Art. 8 de la Constitution fédérale (Cst. féd.) .....	8
2.2 Principe général de l'art. 8 al. 2 Cst. féd. ....	8
2.3 Principe de l'égalité salariale entre hommes et femmes de l'art. 8 al. 3 Cst. féd. ....	8
3. La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg).....	10
3.1 Historique .....	10
3.2 But de la loi .....	11
4. La loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (LHand) .....	11
5. La loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr) – Protection de la santé (art. 6ss LTr).....	12
6. Le Code des obligations (CO) – La protection de la personnalité du travailleur art. 328 CO .....	13
7. Le Code civil (CC) – Protection générale de la personnalité des individus, art. 27 ss CC .....	13
8. Le code pénal (CP) – art. 261 <sup>bis</sup> CP .....	14

## II. Le principe d'égalité de traitement en droit du travail

### A. Définition

Il y a inégalité de traitement lorsque des situations et personnes semblables sont traitées de manière différente sans que cela ne soit justifié de manière objective. Ainsi, selon la jurisprudence, le principe de l'égalité de traitement *« exige que ce qui est semblable soit traité de la même façon dans la mesure de la similitude et que ce qui est dissemblable soit traité différemment dans la mesure de la dissemblance; il ne peut être fait aucune distinction pour laquelle on ne trouve aucune justification raisonnable dans les circonstances de fait pertinentes; le droit à l'égalité est violé si deux situations de fait semblables sont traitées différemment sans motif sérieux. Une norme ne doit pas établir des distinctions qui ne trouvent aucune justification objective dans la situation à réglementer ou omettre les distinctions qui s'imposent. »*<sup>1</sup>

### B. Bases légales

#### 1. Au niveau international

Le principe d'égalité de traitement et l'interdiction des discriminations sont contenus dans diverse normes internationales qui lient la Suisse:

- Art. 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974.<sup>2</sup>
- Art. 2 § 2 du Pacte international du 16 décembre 1996 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I ONU), entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992.<sup>3</sup>
- Art. 2 § 1 et 26 du Pacte international du 16 décembre 1996 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II ONU), entrée en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992.<sup>4</sup>  
Ces pactes imposent aux Etats parties de respecter les droits qui y sont mentionnés sans aucune discrimination (art. 2).<sup>5</sup>
- Convention no 111 de l'Organisation internationale du travail (OIT) de 1958, ratifiée par la Suisse en 1961 laquelle interdit également toute discrimination en matière d'emploi.<sup>6</sup>

1 ATF 124 I 170 consid. 2e et les références citées

2 RS 0.101

3 RS 0.103.2

4 RS 0.103.2

5 FF 1992 III 265

6 RS 0.822.721.1



- Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997.<sup>7</sup>
- Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale, entrée en vigueur pour la Suisse le 29 décembre 1994.<sup>8</sup>
- Accord entre la Confédération suisse, d'une part et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes conclu le 21 juin 1999 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002 (ALCP).<sup>9</sup>

Plus particulièrement, s'agissant du droit du travail et du principe d'égalité de traitement, l'art. 2 de l'Accord prévoit que *«Les ressortissants d'une partie contractante qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante ne sont pas, dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord, discriminés en raison de leur nationalité.»* Cette disposition est précisée à l'art. 9 § 1 de l'Annexe I, dont la teneur est la suivante *«Un travailleur salarié ressortissant d'une partie contractante ne peut, sur le territoire de l'autre partie contractante, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux salariés en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement, et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'il est tombé au chômage.»*

Cette disposition est directement applicable. La discrimination est ainsi illicite qu'elle soit le fait d'une personne privée ou d'un organisme étatique<sup>10</sup>. L'employeur doit par conséquent respecter le principe d'égalité de traitement entre travailleurs indigènes et travailleurs issus d'un Etat membre de la Communauté européenne.

---

7 RS 0.108

8 RS 0.104

9 RS 0.142.112.681

10 CJCE, 12 décembre 1974 Walrave, 36/74: dans cet arrêt, la Cour de justice des communautés européennes a précisé que l'interdiction de discriminer fondée sur la nationalité dans le domaines des activités économiques qui ont le caractère de prestations de travail salarié ou de prestations de service rémunérées s'étend à l'ensemble des prestations de travail ou de services sans égard à la nature exacte du lien juridique en vertu duquel ces prestations sont accomplies.

## 2. Au niveau national

L'interdiction des discriminations dans notre ordre juridique est ancrée dans plusieurs dispositions légales.

### 2.1 Le principe constitutionnel de l'égalité de traitement – Art. 8 de la Constitution fédérale (Cst. féd.)<sup>11</sup>

L'article 8 de la Constitution fédérale a la teneur suivante:

#### BASES LÉGALES



<sup>1</sup>Tous les êtres humains sont égaux devant la loi.

<sup>2</sup>Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique.

<sup>3</sup>L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.

<sup>4</sup>La loi prévoit des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées.

L'alinéa premier de cette disposition garantit l'égalité juridique entre les individus. Cette disposition ne vise en aucun cas l'égalité économique ou sociale, lesquelles ne relèvent pas des droits fondamentaux mais font l'objet d'un programme politique<sup>12</sup>.

### 2.2 Principe général de l'art. 8 al. 2 Cst. féd.

L'alinéa 2 de l'article 8 Cst. féd. codifie le principe général d'interdiction des discriminations entre les individus. En vertu de ce principe, aucun fait ne peut justifier un traitement différent des individus lorsque ce fait est pris comme motif pour le déprécier.<sup>13</sup>

### 2.3 Principe de l'égalité salariale entre hommes et femmes de l'art. 8 al. 3 Cst. féd.

Précédemment ancré à l'art. 4 al. 2 Cst. féd., le principe de l'égalité entre hommes et femmes a été repris lors de la modification de la constitution fédérale en 1999 à l'art. 8. al. 3 Cst. féd.

Ce principe a été inscrit dans la Constitution suite à la votation populaire du 14 juin 1981.

Cette disposition comporte trois niveaux.

<sup>11</sup> RS 101

<sup>12</sup> FF 1997 I 1, p. 144

<sup>13</sup> FF 1997 I 1, p. 144; AUBERT/MAHON, N. 14 ss ad. art. 8 Cst. féd., p. 79 ss

**IMPORTANT**

L'art. 8 al. 3 Cst. féd. est directement opposable aux employeurs de sorte que les travailleurs peuvent s'en prévaloir directement.

Cette disposition a donc un effet horizontal direct.

- a) En premier lieu, elle pose le principe de l'égalité des droits entre hommes et femmes en ce sens qu'il existe une égalité juridique entre les deux sexes et que seules des dérogations liées à des différences biologiques peuvent justifier un traitement différent, telles que la grossesse, l'accouchement, etc<sup>14</sup>. Toute discrimination à raison du sexe, qu'elle soit directe ou indirecte, est prohibée. On parle de discrimination indirecte lorsque, d'un point de vue formel, homme et femme sont traités de manière identique mais, de facto, l'un d'eux est désavantagé sans que cela ne soit objectivement justifié<sup>15</sup>. A titre exemplatif, l'on peut citer le cas d'un traitement différencié, au sein d'une même entreprise, du personnel à temps partiel, alors que dit personnel est constitué majoritairement de femmes.
- b) Ensuite, cette disposition donne mandat au législateur de promouvoir et de réaliser le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes. La réalisation du mandat constitutionnel visant à promouvoir et à réaliser l'égalité des droits entre hommes et femmes a été concrétisée par l'adoption de la loi fédérale sur l'égalité du 24 mars 1995, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1996<sup>16</sup>.
- c) Pour terminer, cette disposition pose également le droit constitutionnel de se prévaloir d'un salaire égal pour un travail de valeur égale.

Le principe de l'égalité salariale fondé sur l'art. 4 Cst. féd. a été admis par le Tribunal fédéral dans un ATF 103 Ia 517 du 12 octobre 1977. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a estimé que l'art. 4 Cst. féd. visait également l'égalité salariale des femmes qui effectuent un travail égal à celui des hommes et qu'elle leur garantissait par conséquent une rémunération identique. Ce principe était toutefois applicable uniquement aux employés du secteur public<sup>17</sup>.

L'art. 8 al. 3 Cst. féd. est directement opposable aux employeurs (tant du secteur privé que public) de sorte que les travailleurs peuvent s'en prévaloir directement (effet horizontal direct des droits fondamentaux)<sup>18</sup>. Il ne s'agit donc pas uniquement d'un droit constitutionnel mais également d'une règle impérative applicable aux relations soumises aux dispositions du Code des obligations relatives au contrat de travail<sup>19</sup>.

14 AUBERT/MAHON, N 19 ad. art. 8 Cst., p. 87

15 AUBERT/MAHON, op. cit. pp. 87–88

16 ATF 125 III 368 consid. 2

17 ATF 103 Ia 517 consid. 6

18 FF 1997 I 1, p. 145 ss; AUBERT/MAHON, N.21 ad. art. 8 Cst., p. 89; ATF 114 Ia 329 consid. 2; 113 Ia 107 consid. 1; 125 III 368 consid. 2 et 3; 124 I 223 consid. 1a/bb

19 ATF 113 Ia 107 consid. 1a et les références citées

### 3. La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)<sup>20</sup>

#### IMPORTANT

La Loi sur l'égalité a pour objectif de promouvoir l'égalité entre hommes et femmes, notamment en matière salariale.

Elle contient des outils visant à une mise en œuvre efficace de la loi.



#### 3.1 Historique

Comme mentionné ci-dessus, la Loi fédérale sur l'égalité a été adoptée suite à la votation populaire du 14 juin 1981 par laquelle le peuple et les cantons ont approuvé l'article 4 al. 2 aCst. féd. (actuellement art. 8 al. 3 Cst. féd.), à teneur duquel «*L'homme et la femme sont égaux en droits. La loi pourvoit à l'égalité, en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail. Les hommes et les femmes ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale*».

Le législateur a ainsi eu pour mandat de supprimer toutes les inégalités contenues dans de nombreux domaines juridiques, notamment assurances sociales, famille, travail etc.

En 1985 fût adopté le postulat Jaggi<sup>21</sup>, lequel précise que «*Le Conseil fédéral est prié de se prononcer sur l'opportunité de légiférer en vue de permettre la réalisation du principe de l'égalité des salaires versés aux hommes et aux femmes pour un travail de valeur égale. A cette fin, le législateur devrait notamment préciser les critères applicables pour la détermination de la valeur du travail, les personnes et organisations ayant qualité pour agir ainsi que les responsabilités pour l'administration des preuves. En clarifiant les différents points, la loi permettrait de réaliser le principe du salaire égal pour un travail de valeur égale, inscrit depuis le 14 juin 1981 dans la constitution, et dont l'application se heurte manifestement à de graves difficultés, particulièrement en raison des lacunes précitées.*»<sup>22</sup>

Le Département fédéral de justice et police a mis en place un groupe de travail chargé de «*déterminer, sur la base d'une analyse socio-juridique, les causes et l'étendue des inégalités salariales entre hommes et femmes*». Les résultats de cette analyse lui ont été remis en octobre 1988<sup>23</sup>.

Il ressort de ce rapport que, non seulement des inégalités salariales existent en Suisse, mais également que les femmes qui pourraient s'en prévaloir renoncent bien souvent à le faire soit par ignorance, soit par crainte de représailles, mais également en raison de leur statut dans la société et de la nécessité pour elle de maintenir leur emploi.

<sup>20</sup> RS 1510

<sup>21</sup> BO N 1985 1809 ss

<sup>22</sup> BO N 1985 1809ss, repris dans le message du Conseil fédéral à l'appui de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, FF 1993 I 1163, p. 1184

<sup>23</sup> Octobre 1988, édité par le DFJP, no d'article 407.290

Le groupe de travail préconisait ainsi non seulement de promouvoir la position de la femme sur le marché du travail, mais également de prévoir des mesures destinées à faciliter l'exercice des droits en justice.

Les propositions du groupe de travail ont été concrétisées par le Conseil fédéral dans l'avant-projet de loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 16 janvier 1991.

Après la procédure de consultation, le Conseil fédéral a maintenu dans son projet de loi l'interdiction générale de discriminer et la protection contre le licenciement. Les mesures proposées ont été étendues à toute discrimination à raison du sexe dans le cadre du contrat de travail et ne sont ainsi plus limitées aux seuls litiges salariaux.

### 3.2 But de la loi

Le but principal de la loi est de pourvoir à l'égalité des hommes et des femmes, notamment en matière salariale, conformément à l'art. 8 Cst. féd.

Afin d'atteindre cet objectif, la loi prévoit en premier lieu une interdiction absolue de toute discrimination à raison du sexe dans le domaine du travail.

Ensuite, la loi prévoit différents mécanismes permettant de mettre en œuvre cette égalité, tels que l'allègement du fardeau de la preuve, la qualité pour agir des associations syndicales, une protection accrue contre le licenciement, etc. Ces points sont développés plus loin dans l'ouvrage.

## 4. La loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (LHand)<sup>24</sup>

La loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004. Cette loi a permis d'instaurer une interdiction légale de discriminer les personnes en situation de handicap. Elle impose à la Confédération, aux cantons et aux communes d'offrir des prestations accessibles aux personnes handicapées.

#### IMPORTANT

La LHand impose des obligations aux employeurs du secteur public uniquement.



Dans le monde du travail toutefois, cette loi est applicable uniquement aux employés de la Confédération. L'art. 3 let. g LHand prévoit en effet que la loi est applicable «aux rapports de travail régis par la loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération.»<sup>25</sup>

24 RS 151.3

25 Art. 3 let. g LHand. RS 151.3

Ainsi, à teneur de l'art. 13 LHand., la Confédération doit utiliser «*tous les moyens dont elle dispose pour assurer des chances égales aux personnes handicapées. Elle prend les mesures propres à mettre en œuvre la présente loi dans les rapports de travail à tous les échelons, en particulier lors de l'engagement de son personnel.*»<sup>26</sup>

Les employeurs du secteur privé ne sont donc pas soumis à cette loi.

## 5. La loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr) – Protection de la santé (art. 6ss LTr)<sup>27</sup>

En matière de protection de la santé des travailleurs, l'article 6 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce prévoit que:

### BASES LÉGALES



#### Obligations des employeurs et des travailleurs

<sup>1</sup> Pour protéger la santé des travailleurs, l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise. Il doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs.

<sup>2</sup> L'employeur doit notamment aménager ses installations et régler la marche du travail de manière à préserver autant que possible les travailleurs des dangers menaçant leur santé et du surmenage.

<sup>2bis</sup> L'employeur veille également à ce que le travailleur ne soit pas obligé de consommer des boissons alcooliques ou d'autres substances psychotropes dans l'exercice de son activité professionnelle. Le Conseil fédéral règle les dérogations.

<sup>3</sup> L'employeur fait collaborer les travailleurs aux mesures de protection de la santé. Ceux-ci sont tenus de seconder l'employeur dans l'application des prescriptions sur la protection de la santé.

<sup>4</sup> Les mesures de protection de la santé qui doivent être prises dans les entreprises sont déterminées par voie d'ordonnance.

L'article 6 LTr vise à protéger la santé physique et psychique des travailleurs, mais aussi leur personnalité au sens des articles 328 ss CO<sup>28</sup>. Cette disposition impose à l'employeur un comportement actif, soit celui de prendre toutes les mesures aptes et nécessaires à la protection de la santé des collaborateurs et qui peuvent raisonnablement être exigées. Plus particulièrement, l'art. 2 OLT3<sup>29</sup> impose à l'employeur de prendre les mesures qui s'imposent afin d'assurer et d'améliorer la protection de la santé.

La LTr contient également des dispositions visant à protéger les jeunes travailleurs et les travailleuses enceintes ou qui allaitent (art. 35, 35a et 35b LTr).

<sup>26</sup> Art. 13 al. 1 LHand. RS 151.3

<sup>27</sup> RS 822.11

<sup>28</sup> Commentaire SECO, p. 006-2 ad. art. 6 LTr

<sup>29</sup> RS 822.113

## 6. Le Code des obligations (CO)<sup>30</sup> – La protection de la personnalité du travailleur art. 328 CO

Hormis certaines normes portant sur des formes spécifiques d'égalité de traitement, telles que la loi fédérale sur l'égalité entre hommes et femmes, il n'existe aucune autre loi qui prévoit une interdiction des inégalités de traitement dans les rapports de travail.

Seule l'obligation générale de protection de la personnalité pourrait être invoquée par le travailleur victime d'une discrimination. Ce principe est ancré à l'art. 328 CO, dont la teneur est la suivante:

### BASES LÉGALES



<sup>1</sup> L'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes.

<sup>2</sup> Il prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui.

## 7. Le Code civil (CC)<sup>31</sup> – Protection générale de la personnalité des individus, art. 27 ss CC

D'une manière générale, la protection de la personnalité des individus est prévue aux art. 27ss CC.

L'article 27 CC proscrit les engagements excessifs:

### BASES LÉGALES



<sup>1</sup> Nul ne peut, même partiellement, renoncer à la jouissance ou à l'exercice des droits civils.

<sup>2</sup> Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois

Quant à l'art. 28 CC, il interdit toute atteinte à la personnalité:

30 RS 220

31 RS 210

## BASES LÉGALES



<sup>1</sup> Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe.

<sup>2</sup> Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.

Cet article apparaît comme une norme protégeant les individus contre les discriminations en matière de droit privé. Cette disposition permet ainsi à toute personne qui s'estime atteinte dans sa personnalité de saisir les tribunaux pour faire cesser l'atteinte et, cas échéant, pour faire valoir son dommage. Toutefois, toute inégalité de traitement entre individus n'est pas attentatoire aux droits de la personnalité puisque seule une atteinte illicite est réprimée par cette disposition.

## 8. Le code pénal (CP)<sup>32</sup> – art. 261<sup>bis</sup> CP

## BASES LÉGALES



### Discrimination raciale

Celui qui, publiquement, aura incité à la haine ou à la discrimination envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse;

celui qui, publiquement, aura propagé une idéologie visant à rabaïsser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnique ou d'une religion;

celui qui, dans le même dessein, aura organisé ou encouragé des actions de propagande ou y aura pris part;

celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaïssé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité;

celui qui aura refusé à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse, une prestation destinée à l'usage public, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Cette disposition a été adoptée et introduite suite à la ratification par la Suisse de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

Ces dispositions ne sont pas exhaustives.

32 RS 311.0





# Egalité de traitement en droit du travail – Application générale

<b>A. Remarques introductives</b> .....	16
<b>B. Le principe d'égalité de traitement en dehors de toute relation contractuelle</b> .....	17
1. Principe de la liberté contractuelle.....	17
2. Exception au principe de liberté contractuelle: Discrimination illicite à l'embauche .....	18
<b>C. Le principe d'égalité de traitement en cours de contrat</b> .....	21
<b>D. Exemples tirés de la jurisprudence</b> .....	24
1. L'égalité de traitement à l'embauche – Arrêt du Tribunal des Prud'hommes du canton de Vaud – 1 <sup>er</sup> juin 2005.....	24
2. L'égalité de traitement en cours de contrat – Arrêt du Tribunal fédéral du 6 juillet 2007, 4A_63/2007 .....	25

# III. Le principe d'égalité de traitement en droit du travail – Application générale

## A. Remarques introductives

Comme déjà mentionné précédemment, il n'existe pas, en droit du travail, de disposition légale imposant une interdiction de l'inégalité de traitement, hormis bien évidemment les dispositions impératives interdisant certaines formes d'inégalités de traitement, telles que la loi fédérale sur l'égalité entre hommes et femmes.

En effet, l'art. 8 al. 2 Cst. féd. disposition générale interdisant toute forme de discrimination, ne peut être invoquée directement par les particuliers, à l'inverse du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes (art. 8 al. 3 Cst. féd.). Le but des droits fondamentaux est, en premier lieu, de protéger les citoyens contre le pouvoir étatique. Ainsi, la protection des droits fondamentaux ne peut en principe pas être invoquée dans les relations entre particuliers mais uniquement dans les relations entre particuliers et l'Etat (effet vertical des libertés fondamentales), sauf exceptions<sup>1</sup>.

L'art. 35 al. 3 Cst. féd. impose aux autorités de veiller au respect des droits fondamentaux également dans les relations entre particuliers. Cette disposition ne permet toutefois pas aux particuliers d'en déduire directement un droit<sup>2</sup>.

L'art. 8 al. 2 Cst. féd. ne peut par conséquent pas être directement invoqué par les particuliers pour dénoncer les éventuelles discriminations dont ils sont victimes dans les rapports de travail.

### QUESTIONS



Que se passe-t-il si l'inégalité de traitement est commise en dehors de tout contrat de travail, par exemple lors des pourparlers précontractuels ou lors de l'entretien d'embauche?

Se pose aussi la question de savoir si le travailleur victime d'une inégalité de traitement pour un autre motif que celui lié au sexe a la possibilité de se plaindre et de faire valoir ses éventuels droits à cet égard?

1 AUBERT/MAHON, N. 17 ad. art. 8 Cst. féd., p. 85; PULVER, N. 228ss, p. 164

2 AUBERT/MAHON, N. 12 ad. art. 35 Cst. féd., p. 316; PULVER, N. 229, p. 165

## B. Le principe d'égalité de traitement en dehors de toute relation contractuelle

Selon des études menées par diverses associations, les discriminations à l'embauche sont nombreuses et fréquentes<sup>3</sup>. Elles touchent notamment les personnes immigrées, les personnes handicapées, mais également les personnes atteintes de maladies telles que le VIH.

Prenons l'exemple d'un candidat qui a répondu à une offre d'emploi et a été convoqué à un entretien d'embauche. Le candidat est une personne de couleur. A l'issue de l'entretien, on lui indique qu'on ne pourra pas l'engager en raison de sa couleur de peau.

Le candidat est-il victime d'une discrimination, soit d'une inégalité de traitement justifiée par aucun motif objectif, et, dans l'affirmative, que peut-il faire pour défendre ses droits?

### 1. Principe de la liberté contractuelle

En droit suisse, les rapports contractuels sont régis par le principe de la liberté contractuelle. Ce principe n'est toutefois pas absolu et est, en droit du travail, limité par les dispositions générales des articles 19 et 20 CO, mais également par des dispositions spécifiques, soit les art. 361 et 362 CO.

L'art. 361 CO énumère les dispositions impératives, soit celles auxquelles il n'est pas possible de déroger. Quant à l'article 362 CO, il mentionne les dispositions semi-impératives, soit les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé au détriment du collaborateur<sup>4</sup>.

D'autres normes limitent la portée de la liberté contractuelle. Il s'agit notamment de la loi fédérale sur l'égalité dont il sera question plus loin dans cet ouvrage, mais également des CCT et des Contrats-types de travail (CTT) lesquels peuvent avoir un effet impératif.

Du principe de liberté contractuelle découle le droit de ne pas contracter. Là encore, des exceptions à la liberté de ne pas contracter existent, telles que la discrimination illicite à l'embauche. Dans cette hypothèse, la personne qui n'a pas été engagée pour des motifs discriminatoires peut réclamer au recruteur des dommages intérêts. Avant d'arriver à cette issue, son parcours sera toutefois semé d'embûches; pour qu'il y ait réparation, il faut en effet non seulement qu'il y ait discrimination mais que cette discrimination soit illicite. Il faut ensuite que la discrimination illicite soit à la base du refus de contracter et enfin qu'il existe un dommage en lien de causalité avec le non-engagement.

3 Notamment: Etude de l'Aide Suisse contre le Sida: PÄRLI/CAPLAZI/SUTER: Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, Editions Haupt, Berne, 2007/Etude du Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées, du Bureau fédéral de l'égalité pour femmes et hommes et du Service de lutte contre le racisme: Christina Hausammann, Instruments contre la discrimination en droit suisse – Un aperçu, version résumée, Berne, novembre 2008.

4 WYLER/HEINZER, p. 51

## 2. Exception au principe de liberté contractuelle: Discrimination illicite à l'embauche

Comme mentionné ci-dessus, le refus d'embaucher une personne pour des motifs discriminatoires peut constituer une violation de la loi et entraîner une obligation, pour l'employeur, de réparer le dommage.

### IMPORTANT

Refuser d'embaucher une personne pour des raisons discriminatoires est susceptible de constituer une violation de la loi et peut engager la responsabilité de l'employeur.



Dans le cadre d'une inégalité de traitement à l'embauche, les articles 27 ss CC trouvent à notre avis application. En effet, dans la mesure où aucune relation contractuelle relevant du droit du travail n'est établie avec le candidat, une application de l'art. 328 CO apparaît comme étant exclue. L'obligation de l'employeur de respecter la personnalité du candidat durant la procédure d'embauche de manière conforme à la loi découle par conséquent des dispositions générales, soit des articles 27 ss CC, plus particulièrement l'art. 28 CC.

Cette analyse paraît en outre cohérente avec la manière d'appréhender la question de la responsabilité précontractuelle (*culpa in contrahendo*)<sup>5</sup>. Selon la jurisprudence du Tribunal Fédéral, lors de pourparlers précontractuels, les parties se doivent de se comporter de manière conforme à la bonne foi<sup>6</sup>. En cas de *culpa in contrahendo*, la responsabilité extra-contractuelle des parties peut être engagée et une indemnisation du dommage fondée sur les art. 41 ss CO peut entrer en ligne de compte. Il n'y a, a priori, aucune raison de traiter de manière différente les relations qui se nouent entre les parties durant les pourparlers précontractuels, dont l'entretien d'embauche fait intégralement partie, de sorte qu'il n'existe à notre avis aucune légitimation fondée sur l'art. 328 CO dans le cas d'une atteinte illicite à la personnalité causée par un employeur suite à un refus d'embauche.

Les règles ordinaires de la procédure civile trouvent ainsi application, le litige n'est par conséquent pas du ressort des tribunaux chargés de trancher les litiges en matière de droit du travail. Il en va de même de la question de la prescription, laquelle apparaît sans nul doute comme étant soumise à l'art. 60 CO, soit d'une durée d'une année dès la connaissance du dommage et de la personne qui en est responsable.

Notons toutefois que dans un arrêt du 30 juin 2008, le Tribunal fédéral a admis l'application de l'article 328 CO durant l'entretien d'embauche<sup>7</sup>. Notre Haute Cour a en effet estimé que «*Dans la mesure où, lors d'un entretien d'embauche, l'employeur pose des questions au sujet*

5 WYLER/HEINZER, p. 55

6 ATF 121 III 350 consid. 6c

7 Arrêt du Tribunal fédéral du 30 juin 2008, 2C\_103/2008 consid. 6