

# Mettre en pratique la loi sur l'égalité Das Gleichstellungsgesetz anwenden

---

AVANT-PROPOS / VORWORT	259
K. LEMPEN, Le point sur la loi fédérale sur l'égalité	261
A. SCHOENENWEID, Egalité entre hommes et femmes – Réflexions sur la procédure au sein de l'administration fribourgeoise	281



## Mettre en pratique la loi sur l'égalité Das Gleichstellungsgesetz anwenden

### AVANT-PROPOS / VORWORT

Le Bureau de l'égalité hommes-femmes et de la famille du canton de Fribourg (BEF) va fêter en 2014 ses 20 ans d'existence en organisant tout au long de l'année diverses manifestations. La RFJ s'associe à cette célébration en publiant deux des contributions préparées pour la journée de formation du 21 janvier 2014 à l'Université de Fribourg. Cette formation, consacrée à la mise en pratique de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg), s'inscrit dans le contexte de la lutte contre les discriminations en fonction du sexe dans l'emploi.

*Das Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann und für Familienfragen (GFB) feiert 2014 sein zwanzigjähriges Bestehen mit verschiedenen, über das Jahr verteilten Veranstaltungen. Die FZR feiert das Ereignis mit und veröffentlicht dafür zwei der Beiträge, die für die Weiterbildungstagung vom 21. Januar 2014 an der Universität Freiburg verfasst worden sind. Mit dieser Weiterbildung soll die Anwendung des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG) untersucht und so ein Beitrag zum Kampf gegen Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts in der Arbeitswelt geleistet werden.*

LE COMITÉ DE RÉDACTION  
DER REDAKTIONSAUSSCHUSS



# LE POINT SUR LA LOI FEDERALE SUR L'EGALITE

## Karine Lempen

Docteure en droit, chargée de cours à l'Université de Genève, juriste au Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes à Berne <sup>1</sup>

### *Zusammenfassung*

*Das Gleichstellungsgesetz bezweckt die Überwindung von Denkmustern und Praktiken, die einer tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben im Weg stehen. Der vorliegende Beitrag untersucht aktuelle Fragen aus der Rechtsprechung zum Gleichstellungsgesetz. Er geht insbesondere auf folgende Aspekte ein: Auslegung des Ausdrucks «Frau und Mann» im Titel des Gesetzes; Bestimmung, ob eine Massnahme einen «wesentlich höheren Anteil» von Angehörigen des einen Geschlechts als von Angehörigen des anderen trifft; Gegenüberstellung der Begriffe der Lohndiskriminierung und des Lohnunterschieds; Anspruch, bei der Anfechtung einer Kündigung während der Dauer des Prozesses – in gewissen Fällen – tatsächlich weiterbeschäftigt zu werden; Möglichkeit eines Gerichts, eine sexuelle Belästigung aufgrund einer hohen Wahrscheinlichkeit zu bejahen, einschliesslich bei Handlungen ausserhalb des Arbeitsplatzes.*

Adoptée il y a bientôt vingt ans, la loi fédérale sur l'égalité poursuit un but ambitieux, à savoir «promouvoir *dans les faits* l'égalité entre femmes et hommes» (art. 1 LEg). Ainsi, la loi ne vise pas seulement à réaliser une égalité formelle entre les sexes, mais a pour objectif de *transformer* les mentalités et les pratiques qui font obstacle à une véritable égalité<sup>2</sup>. La portée transformatrice de la loi sur

---

<sup>1</sup> L'article est tiré d'une conférence donnée le 21 janvier 2014 à l'Université de Fribourg, à l'occasion des vingt ans du Bureau de l'égalité hommes-femmes et de la famille (BEF).

<sup>2</sup> L'art. 8 al. 3 2<sup>ème</sup> phrase Cst. «contient un mandat visant à réaménager les rapports sociaux par la suppression des stéréotypes et des structures discriminatoires existants» (ATF 137 I 305, consid. 3.1, traduit au JdT 2012 I 47, 57).

l'égalité dépend bien sûr de l'interprétation donnée à ce texte en pratique. La présente contribution examine dès lors les principales dispositions de la loi sur l'égalité à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine récentes.

L'article se découpe en sept parties, d'importance inégale. Après quelques propos introductifs relatifs à la conception sur laquelle repose la loi sur l'égalité (I) et à son champ d'application (II), un accent particulier est mis sur la portée de l'interdiction de discriminer en raison du sexe (III). Sont ensuite présentées les règles de preuve (IV), les prétentions que peuvent faire valoir les personnes qui portent plainte pour discrimination (V) et la protection contre le licenciement dont ces dernières jouissent (VI). Une dernière partie est consacrée au harcèlement sexuel (VII).

## I. VERS UN CONTROLE ETATIQUE ACCRU ?

La loi sur l'égalité a été conçue afin de mettre en œuvre le mandat constitutionnel de pourvoir à l'égalité de droit et de fait, notamment dans le domaine de la vie professionnelle. Il s'agissait, plus particulièrement, de faciliter l'application du droit à un « salaire égal pour un travail de valeur égale » (art. 8 al. 3 Cst.). Le législateur a souhaité *inciter* les employeuses et les employeurs à prendre des mesures sur une base volontaire. Le Parlement fédéral a choisi de laisser aux individus concernés la responsabilité d'agir contre une discrimination. La loi n'instaure, en effet, aucun contrôle systématique de son application par une institution étatique et prévoit uniquement que des organisations, telles que des syndicats, « ont qualité pour agir en leur propre nom en vue de faire *constater* une discrimination lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail » (art. 7 LEg). L'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité a mis en évidence les limites de cette approche fondée sur l'autonomie du droit privé<sup>3</sup>. Suite à cette évaluation, le Conseil fédéral s'est engagé à examiner « les avantages et inconvénients de différents modèles d'autorités dotées de compétences d'investigation et d'intervention »<sup>4</sup>. Le 13 décembre

---

<sup>3</sup> Voir COSSALI SAUVAIN, in : AUBERT/LEMPEN (Ed.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève, Slatkine, 2011, N 5 *ad* art. 1 LEg.

<sup>4</sup> Rapport du Conseil fédéral du 15 février 2006 relatif à l'évaluation de l'efficacité la loi sur l'égalité, FF 2006 III 3098.

2013, il a pris connaissance de deux études<sup>5</sup> mettant en lumière divers mécanismes de contrôles étatiques qui pourraient être introduits en Suisse afin d'assurer le respect du principe d'égalité salariale. Le Conseil fédéral a prévu de s'appuyer, notamment, sur les résultats de ces recherches pour décider de l'éventuelle introduction de mesures supplémentaires de lutte contre les discriminations salariales<sup>6</sup>.

## II. CHAMP D'APPLICATION – ART. 2 LEG

La loi sur l'égalité entre femmes et hommes vise avant tout le domaine de la *vie professionnelle* et non, par exemple, celui des prestations de services. Il n'est donc pas possible d'interdire sur la base de ce texte les prix parfois plus chers des coupes de cheveux pour femmes ni, par ailleurs, les tarifs douaniers plus élevés fixés pour les vêtements féminins<sup>7</sup>.

La loi sur l'égalité est toujours invoquée contre la partie employeuse et ne trouve application que dans le cadre de rapports de travail *salariés*<sup>8</sup>. Par exemple, une conseillère nationale qui souhaiterait se plaindre des propos sexistes tenus à son égard par un collègue de parti, ne pourrait pas se fonder sur la loi sur l'égalité, mais devrait s'appuyer sur d'autres dispositions de protection de la personnalité.

Les rapports de travail peuvent être de *droit privé ou de droit public*. Les sections 3 et 4 de la loi posent des règles de procédure spécifiques selon la nature de ces rapports. En revanche, l'interdiction de discriminer prévue par la section 2 s'impose dans la même mesure,

---

<sup>5</sup> MÜLLER/TIN/SCHWENKEL/WYTTENBACH/RITZ, Instruments étatiques de contrôle et de mise en application permettant de réaliser l'égalité des salaires, Lucerne, Interface, Université de Berne, 24 octobre 2013 ; INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARE, Avis sur les mesures étatiques en matière de discrimination salariale hommes-femmes, Lausanne, 30 septembre 2013.

<sup>6</sup> Voir communiqué de presse du Conseil fédéral du 13 décembre 2013 « Deux études sur l'égalité salariale ».

<sup>7</sup> Au sujet de ce second exemple, voir un article « Femmes et hommes ne sont pas égaux face à la douane », paru le 13 novembre 2013 dans le magazine économique « Bilan ».

<sup>8</sup> FREIVOGEL, in : KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN (Ed.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2009, N 22 ad art. 2 LEG.

en principe, aux employeurs et employeuses des secteurs privé et public. Une exception concerne les droits que l'on peut faire valoir en cas de licenciement discriminatoire<sup>9</sup>. En effet, dans le cadre de rapports de travail de droit public, un tel licenciement permet de demander la réintégration au poste de travail via une action en cessation de l'atteinte (art. 5 al. 1 let. b LEg)<sup>10</sup>. Lorsque les rapports de travail sont soumis au Code des obligations, en revanche, la personne lésée ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité (art. 5 al. 2 LEg). Un licenciement ne peut être annulé que s'il s'agit d'un congé de rétorsion (art. 10 LEg)<sup>11</sup>. En outre, dans le secteur public, un licenciement discriminatoire peut donner droit à une indemnité supérieure au maximum de six mois de salaire prévu en droit privé<sup>12</sup>.

### III. INTERDICTION DE DISCRIMINER EN RAISON DU SEXE – ART. 3 LEg

#### A. Champ d'application

L'interdiction de discriminer en raison du sexe couvre l'ensemble de la relation d'emploi, depuis le moment où une personne fait acte de candidature jusqu'à la résiliation des rapports de travail (art. 3 al. 2 LEg). L'interdiction de discriminer s'applique donc *durant le temps d'essai*<sup>13</sup>.

*L'évaluation des prestations de travail* – qui précède parfois la décision de ne pas renouveler un contrat – tombe sous le coup de l'interdiction de discriminer, notamment lorsqu'il est fait usage de « critères directement ou indirectement discriminatoires » ou lorsque

---

<sup>9</sup> AUBERT, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 1-4 *ad* art. 2 LEg.

<sup>10</sup> ARIOLI, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, N 67 *ad* art. 13 LEg. Voir aussi l'art. 34c al. 1 let. d LPers.

<sup>11</sup> Voir *infra* VI.

<sup>12</sup> Voir, par exemple, l'art. 34b al. 2 LPers, qui prévoit que l'indemnité se situe en général entre 6 et 12 mois de salaire.

<sup>13</sup> A titre d'illustration, voir les cas de licenciement discriminatoire cités par LEMPEN, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 35 n. 145 *ad* art. 3 LEg.



des critères, en soi « objectivement admissibles, sont appliqués de façon inconséquente au détriment d'un sexe »<sup>14</sup>.

## B. La discrimination « à raison du sexe »

La référence aux *femmes* et aux *hommes* qui figure dans l'intitulé de la loi sur l'égalité doit être interprétée à la lumière de l'article 3 alinéa 1 LEg, en vertu duquel il est interdit de discriminer à *raison du sexe*, notamment en se fondant sur l'*état civil*, la *situation familiale* ou la *grossesse*.

La référence au critère du *sexe* permet d'inclure dans le champ d'application de la loi sur l'égalité les discriminations fondées sur l'identité de genre<sup>15</sup>. Ainsi, l'autorité de conciliation du canton de Zurich a considéré, dans deux cas, que les discriminations dont peuvent être victimes les personnes *transgenres* dans la vie professionnelle tombent sous le coup de l'interdiction de discriminer prévue à l'art. 3 LEg<sup>16</sup>.

Pour qu'une différence de traitement fondée sur l'*état civil*, la *situation familiale* ou la *grossesse* puisse être qualifiée de discrimination au sens de l'art. 3 LEg, il suffit qu'une *partie du groupe des femmes* – par exemple les femmes enceintes ou les mères avec des enfants en bas âge – ait été discriminée par rapport au sexe masculin dans le cadre, par exemple, d'un processus d'embauche, de promotion ou de résiliation des rapports de travail<sup>17</sup>. Ainsi, une entreprise accusée d'avoir discriminé une travailleuse en raison d'une grossesse (réelle ou supposée) ne peut valablement se défendre en expliquant avoir attribué le poste à une autre femme. Le Tribunal administratif du canton de Lucerne, par exemple, a jugé qu'un hôpital qui préfère engager une femme d'un certain âge, plutôt qu'une jeune

---

<sup>14</sup> Arrêt de la Cour de Justice du canton de Genève, Chambre administrative, 18 juin 2013, ATA/377/2013, § 16, qui se réfère notamment à un ATF 125 III 168, consid. 3.

<sup>15</sup> A ce sujet : LEMPEN, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 4 *ad* art. 3 LEg, avec les références ; ÜBERSCHLAG, Repetitorium zum Gleichstellungsgesetz (GlG), Berne, Stämpfli, 2012, pp. 12-13.

<sup>16</sup> Voir les résumés publiés sur la base de données « [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch) », ZH/226 (2011) et ZH/165 (2008).

<sup>17</sup> Voir LEMPEN, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 2 *ad* art. 3 LEg, avec les références ; ÜBERSCHLAG, Repetitorium, p. 26.

mère, au motif que la seconde pourrait avoir un deuxième enfant, viole l'interdiction de discriminer en raison du sexe<sup>18</sup>.

Dans le domaine salarial, le Tribunal fédéral considère qu'il n'est pas possible de justifier une différence de traitement entre femmes et hommes par l'existence de différences de traitement injustifiées au sein du groupe des femmes ou au sein du groupe des hommes<sup>19</sup>. Une employée qui estime être injustement moins bien rétribuée par rapport à ses collègues aussi bien hommes que femmes peut se prévaloir d'une discrimination fondée sur le sexe<sup>20</sup> dès lors qu'au moins un collègue du sexe opposé, avec une position semblable et un cahier des charges comparable, se trouve mieux payé<sup>21</sup>.

### C. La discrimination « directe » vs. les « mesures positives »

La loi sur l'égalité interdit les discriminations « directes » et « indirectes » en raison du sexe (art. 3 al. 1 LEg). Est constitutive d'une discrimination « directe » une différence de traitement qui se fonde explicitement sur le sexe ou la grossesse, sans justification objective<sup>22</sup>. Une telle différence de traitement est donc en principe prohibée, sous réserve de trois types d'exceptions.

Premièrement, il peut être nécessaire de s'écarter de l'interdiction de traiter différemment sur la base du sexe en raison de « différences biologiques »<sup>23</sup>. La capacité des femmes à enfanter justifie, en effet, une protection spéciale des travailleuses enceintes, accouchées et allaitantes<sup>24</sup>. Deuxièmement, le critère du sexe représente parfois un facteur déterminant pour l'exécution du travail<sup>25</sup>. Dans le cadre d'une enquête pénale, par exemple, l'unité chargée d'entendre des victimes d'infractions contre l'intégrité sexuelle doit être en mesure d'attribuer

---

18 Arrêt du 13 mars 2001, résumé sur « [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch) » LU/2.

19 ATF 127 III 207, consid. 4.

20 AUBRY GIRARDIN, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 28 *ad* art. 3 LEg.

21 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_449/2008 du 25 février 2009, consid. 3.2.

22 Message LEg, FF 1993 1210.

23 Voir, par exemple, ATF 129 I 265, consid. 3.2.

24 Voir art. 35 ss LTr.

25 Voir LEMPEN, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 7, 15-19 *ad* art. 3 LEg.

cette tâche à une personne du même sexe que celle interrogée<sup>26</sup>. Troisièmement, une mesure qui se réfère au critère du sexe n'est pas discriminatoire si elle a pour objectif de réaliser une égalité de fait entre femmes et hommes et qu'elle répond aux exigences de la proportionnalité (art. 3 al. 3 LEg).

La loi sur l'égalité réserve, en effet, la possibilité pour les employeuses et les employeurs des secteurs privé et public d'adopter des « mesures positives ». Dans le cadre de rapports de travail de droit public, le Tribunal fédéral a jugé que lorsque la mesure positive prend la forme d'un quota rigide, elle doit reposer sur une base légale formelle<sup>27</sup>. Les villes de Berne et de Zurich, par exemple, sont en train d'élaborer les bases légales nécessaires à l'introduction de quotas en faveur du sexe sous-représenté pour les cadres de l'administration communale.

#### **D. La discrimination « indirecte »**

Est constitutive d'une discrimination indirecte en raison du sexe une différence de traitement (à l'embauche, dans l'attribution des tâches, la promotion, le salaire, par exemple), qui se fonde sur un *critère neutre* au premier abord (comme l'état civil, la situation familiale, l'ancienneté, le temps partiel, la force physique), qui a ou peut avoir pour *effet* de désavantager une proportion « considérablement plus élevée » de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans que cette différence soit objectivement justifiée<sup>28</sup>. La question à se poser n'est pas de savoir si la partie employeuse avait l'intention de commettre une discrimination, mais consiste à se demander dans quelle mesure la différence de traitement a pour effet de discriminer le groupe des femmes ou le groupe des hommes auprès d'une même entité employeuse. Afin de juger si une mesure a ou peut avoir pour effet de désavantager une plus forte proportion de personnes d'un sexe, le tribunal pourra s'aider de données

---

<sup>26</sup> Voir l'art. 153 al. 1 CPP, selon lequel la victime d'une infraction contre l'intégrité sexuelle peut exiger d'être entendue par une personne du même sexe. Voir aussi l'art. 68 al. 4 CPP relatif au sexe de la personne qui traduit l'interrogatoire.

<sup>27</sup> ATF 131 II 361, consid. 7.

<sup>28</sup> Message LEg, FF 1993 I 1210.

statistiques<sup>29</sup>. Une discrimination indirecte à l'égard des femmes est statistiquement vraisemblable lorsque leur *proportion* dans le groupe des personnes désavantagées par une mesure est « considérablement plus élevée »<sup>30</sup> que leur *proportion* dans le groupe avantage<sup>31</sup>. Pour que la comparaison soit pertinente, il faut que les groupes examinés se composent d'un nombre suffisant d'individus<sup>32</sup>.

Admettons, par exemple, qu'une entreprise décide de ne plus octroyer de formation continue aux membres de son personnel qui travaillent à temps partiel. Il s'agira donc de comparer le groupe des personnes affectées par la mesure – en l'espèce les personnes travaillant à temps partiel – avec le groupe des personnes qui ne sont pas touchées par la mesure – en l'espèce les personnes travaillant à plein temps. Plus précisément il s'agira de voir quel pourcentage de femmes et d'hommes travaillent à temps partiel et quel pourcentage de femmes et d'hommes travaillent à temps plein dans l'entreprise concernée.

Dans sa thèse sur la discrimination à l'embauche, JAKOB ÜBERSCHLAG, qui se fonde notamment sur la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, propose de considérer, en principe (*Faustregel*), qu'une proportion « considérablement plus élevée » de femmes est désavantagée par une mesure lorsque leur proportion dans le groupe désavantagé est supérieure d'au moins 30 points à leur proportion dans le groupe avantage ou non touché par la mesure<sup>33</sup>. Dès lors, si le groupe des personnes à temps partiel est composé de 80% de femmes et 20% d'hommes, alors que le groupe des personnes à plein temps compte 50% de femmes et 50% d'hommes, le tribunal pourra considérer, sur la base de cette règle générale, que la mesure, neutre en apparence, désavantage le groupe des femmes par rapport au groupe des hommes.

---

<sup>29</sup> Message LEg, FF 1993 I 1211.

<sup>30</sup> Message LEg, FF 1993 I 1216, qui renvoie à la jurisprudence européenne.

<sup>31</sup> STEINER, *Das Verbot der indirekten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben*, thèse, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1999, pp. 260-261, 355 ; TOBLER, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Luxembourg, Commission européenne, 2008, p. 48, avec les références jurisprudentielles.

<sup>32</sup> STEINER, p. 258 ss. A titre d'illustration : ATF 124 II 536, consid. 5h/aa.

<sup>33</sup> ÜBERSCHLAG, thèse, N 137 ; Repetitorium, pp. 25-26.

Toutefois, il ne sera possible de conclure à l'existence d'une discrimination que pour autant que cette mesure, qui désavantage une plus forte proportion de femmes que d'hommes, ne soit pas objectivement justifiée.

## E. La justification objective

### 1) En général

Un critère d'apparence neutre, mais qui a pour effet de désavantager un sexe par rapport à l'autre, perd son caractère discriminatoire s'il est objectivement justifié. Tel est le cas lorsque la partie employeuse démontre que le critère litigieux poursuit un *but légitime*, sans rapport avec la répartition des rôles entre les sexes, et que les *moyens* pour atteindre ce but sont *proportionnés*. Afin d'être jugé légitime, le critère devra répondre à un véritable besoin de l'entreprise, être indispensable à l'exécution du travail ou reposer sur des considérations de politiques sociales<sup>34</sup>. Le tribunal ne saurait cependant se satisfaire du fait qu'un objectif légitime est invoqué. « Si le but poursuivi est objectivement justifié, il faudra également que le critère soit nécessaire et propre à atteindre ce but et que l'on ne puisse raisonnablement exiger de l'employeur qu'il choisisse un critère moins discriminatoire ou prenne des mesures afin de réduire l'effet discriminatoire »<sup>35</sup>.

Ainsi, un hôpital qui exige de ses « médecins chefs de clinique » un taux d'activité à 100% (condition plus difficile à remplir pour les personnes – majoritairement des femmes – qui assument la responsabilité principale des tâches domestiques et éducatives) devra, en cas de plainte, être en mesure de démontrer la nécessité d'une telle exigence au regard des besoins spécifiques liés à la conduite du service concerné. La direction devra prouver qu'il est impossible, pour des raisons organisationnelles, de rendre la fonction de « médecin chef de clinique » accessible aux personnes employées à temps partiel via, notamment, un modèle de *top-sharing*.

---

<sup>34</sup> Message LEg, FF 1993 I 1211. Voir LEMPEN, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 11 *ad* art. 3 LEg, avec les références.

<sup>35</sup> Message LEg, FF 1993 I 1211.

## 2) En lien avec la rémunération

En 2010, les femmes gagnaient en moyenne 1'800 francs de moins par mois que les hommes. Environ 62.4% de cet écart s'explique par des facteurs objectifs (qualifications personnelles, facteurs liés au poste de travail, facteurs liés aux entreprises). En revanche, 37.6 % de cet écart – soit une part s'élevant à 677 francs par mois – ne s'explique pas par de tels motifs et peut donc être considéré comme discriminatoire<sup>36</sup>.

La loi sur l'égalité n'interdit pas la *différence* salariale entre femmes et hommes mais uniquement la *discrimination* salariale, à savoir la différence qui ne repose pas sur un motif objectif. Le Tribunal fédéral retient comme motifs objectifs, propres à justifier une différence de salaire, principalement des critères qui peuvent influencer la valeur même du travail<sup>37</sup>, « comme la formation, le temps passé dans une fonction, la qualification, l'expérience professionnelle, le domaine concret d'activité, les prestations effectuées, les risques encourus et le cahier des charges »<sup>38</sup>. Ainsi, une expérience professionnelle moins longue peut justifier, au regard de la loi sur l'égalité, une rémunération moins élevée d'une collaboratrice par rapport à son collègue masculin, même lorsque cette expérience moindre est due à des interruptions de carrière résultant d'une répartition inégalitaire des tâches dans la sphère familiale.

Toutefois, il faut que les différences d'expérience ou de qualification aient véritablement une influence sur la prestation de travail<sup>39</sup>. Dans un cas fribourgeois, par exemple, le Tribunal fédéral a jugé que le fait de payer davantage un employé masculin parce qu'il est bilingue ne peut constituer un motif justifié que si la maîtrise de deux langues représente réellement un avantage dans l'activité exercée. En l'espèce, les juges ont considéré, au regard du principe de

---

<sup>36</sup> BUREAU FEDERAL DE L'EGALITE ENTRE FEMMES ET HOMMES, OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Vers l'égalité des salaires ! Faits et tendances, Berne, juin 2013, pp. 7-11.

<sup>37</sup> Voir AUBRY GIRARDIN, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 32-39, qui distingue les motifs liés à l'exercice de l'activité, de politique sociale (au sujet desquels il faut se montrer très prudent) et de nature économique (qui sont admis de manière plus restrictive dans le secteur privé que dans la fonction publique).

<sup>38</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2.

<sup>39</sup> Voir AUBRY GIRARDIN, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 40-41.

*proportionnalité*, qu'une expérience professionnelle plus longue, même associée au motif du bilinguisme, ne justifiait pas une différence salariale d'environ 16%<sup>40</sup>.

#### IV. LA PREUVE

L'article 6 de la loi fédérale sur l'égalité prévoit un allègement du fardeau de la preuve. Selon cette disposition, il suffit à une personne qui estime être discriminée en raison du sexe de rendre cette discrimination *vraisemblable*. Si elle y parvient, le fardeau de la preuve est renversé et il appartient à la partie employeuse de fournir la preuve complète de l'absence de différence de traitement ou du caractère objectivement justifié de cette différence<sup>41</sup>.

Afin que la vraisemblance soit admise, il n'est pas nécessaire que le tribunal soit « convaincu du bien-fondé des arguments de la partie qui se prévaut de la discrimination ; il doit simplement disposer d'*indices objectifs suffisants* pour que les faits allégués présentent une certaine vraisemblance, sans devoir exclure qu'il puisse en aller différemment »<sup>42</sup>. Dès lors, une personne qui estime avoir été licenciée de manière abusive et discriminatoire en raison de son sexe a tout intérêt à fonder son action sur l'article 3 LEg, plutôt que sur l'article 336 CO, puisque cette seconde disposition « exige la haute vraisemblance du motif abusif et non sa simple vraisemblance »<sup>43</sup>.

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

---

<sup>40</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_449/2008 du 25 février 2009, consid. 3.2.1 et 3.2.2.

<sup>41</sup> Au sujet de cette preuve du contraire : DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, thèse, Université de Neuchâtel, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2011, N. 614 ; STEIGER-SACKMANN, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, N 143-146 *ad* art. 6 LEg ; WYLER, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 11 *ad* art. 6 LEg.

<sup>42</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_261/20011 du 24 août 2011, consid. 3.2, avec les références. Sur la notion de vraisemblance : WYLER, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 8 *ad* art. 6 LEg, avec les références.

<sup>43</sup> DIETSCHY, N 611.

harcèlement sexuel<sup>44</sup>. Concernant la *discrimination à l'embauche*, toutefois, l'art. 8 al. 1 LEg prévoit qu'une personne qui n'est pas engagée et qui se prévaut d'une discrimination peut exiger de l'employeur qu'il motive sa décision par écrit. L'obligation de motiver qui résulte de cette disposition est similaire à celle prévue par les art. 335 al. 2 et 337 al. 1 CO en cas de résiliation des rapports de travail. Son inobservation n'affecte pas la validité formelle du refus d'embauche mais peut être prise en compte lors de l'appréciation des preuves et de la répartition des frais judiciaires (art. 107 al. 1 let. f CPC)<sup>45</sup>.

Un *harcèlement sexuel au travail* est particulièrement difficile à prouver, soit parce que les actes se produisent sans témoins directs, soit parce que les personnes susceptibles de témoigner n'osent pas faire des déclarations susceptibles d'entraîner une responsabilité de l'entité qui les emploie. Au vu de ces difficultés, le tribunal devrait pouvoir se contenter d'une *haute vraisemblance*, comme pour la preuve du congé abusif<sup>46</sup>. Le Tribunal fédéral considère qu'un harcèlement sexuel, comme un harcèlement psychologique, peut être admis sur la base d'un faisceau d'indices convergents. Parmi ces indices, la jurisprudence mentionne les témoignages de personnes auxquelles la victime s'est confiée<sup>47</sup> ou les certificats médicaux constatant l'existence de symptômes observés habituellement chez les victimes de harcèlement<sup>48</sup>. Des courriels<sup>49</sup>, sms ou mms comportant

---

<sup>44</sup> Voir un arrêt du Tribunal fédéral 4A\_473/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3, qui précise toutefois que lorsque, comme en l'espèce, l'appréciation des preuves convainc le juge de la réalité du harcèlement sexuel, la question de la répartition du fardeau de la preuve au sens de l'art. 8 CC ne se pose plus.

<sup>45</sup> Voir DUNAND, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 12-14, 22-24 *ad* art. 8 LEg, avec les références.

<sup>46</sup> DIETSCHY, N 692 ; DUNAND, in : DUNAND/MAHON (Ed.), Commentaire du contrat de travail, Berne, Stämpfli, N 49 *ad* art. 328 CO, avec les références.

<sup>47</sup> En matière de harcèlement, un témoignage par ouï-dire, sans perception directe au sens de l'art. 169 CPC, devrait être admis : DIETSCHY, N 693.

<sup>48</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4P\_214.2006 du 19 décembre 2006, consid. 2.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_418/2008 du 27 mai 2009, consid. 2.2.4.

<sup>49</sup> Voir, par exemple, les arrêts du Tribunal fédéral : 4C.289/2006 du 5 février 2007, consid. 3.2. ; 4A\_251/2009 du 29 juin 2009, consid. 2.2.



des images ou des termes à caractère sexuel peuvent aussi permettre de prouver un harcèlement sexuel<sup>50</sup>.

## **V. LES PRETENTIONS – ART. 5 LEG**

### **A. Les actions inspirées du droit de la protection de la personnalité**

Les trois premières actions prévues à l'article 5 al. 1 LEG, à savoir les actions en interdiction (let. a), en cessation (let. b) et en constatation (let. c) de l'atteinte, sont inspirées du droit de protection de la personnalité (art. 28 ss CC). L'*action en interdiction ou en prévention* vise à empêcher une discrimination imminente. Elle permet, par exemple, de demander au tribunal d'interdire à l'employeur l'introduction d'une grille salariale de nature discriminatoire ou d'un code vestimentaire propre à créer un environnement de travail sexiste. L'*action en cessation* du trouble vise, quant à elle, à faire cesser une discrimination présente. Sur la base de cette action, une salariée peut demander au tribunal d'obliger son employeur à prendre des mesures pour faire cesser un harcèlement sexuel (p. ex. sanction de l'auteur, retrait d'images pornographiques, mise en place d'un dispositif). La partie employeuse qui refuse d'exécuter les actions prescrites par un jugement est susceptible d'être condamnée pour insoumission à une décision d'autorité (art. 292 CP). Les actions en interdiction et en cessation ne sont toutefois pas ouvertes lorsque la discrimination consiste dans un refus d'embauche ou dans la résiliation d'un contrat de travail de droit privé. En pareils cas, seule une indemnité monétaire peut être demandée (art. 5 al. 2, art. 13 al. 2 LEG)<sup>51</sup>. Dès lors, une travailleuse qui a des raisons de penser qu'elle sera licenciée à son retour de congé maternité en raison de sa situation familiale peut demander au tribunal d'interdire la résiliation des rapports de travail uniquement lorsque ceux-ci relèvent du droit public.

### **B. L'action en paiement du salaire**

L'*action en paiement du salaire* prévue à l'art. 5 al. 1 let. d permet de demander, rétroactivement, sur une période de cinq ans (art. 128

---

<sup>50</sup> DIETSCHY, N 693.

<sup>51</sup> Voir AUBERT, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 6-16 *ad* art. 5 LEG.

ch. 3 CO), la différence entre le salaire touché et le salaire jugé discriminatoire. Cette action porte sur les *arriérés* de rémunération alors que les actions en interdiction et en cessation de l'atteinte permettent d'éviter que, dans le futur, un salaire discriminatoire ne soit versé<sup>52</sup>.

### C. Les indemnités spéciales

La loi sur l'égalité prévoit aussi des *indemnités spéciales en cas de refus d'embauche discriminatoire, de résiliation discriminatoire ou de harcèlement sexuel* (art. 5 al. 2-4 LEg). Le montant de ces indemnités est plafonné à trois, respectivement six mois de salaire (art. 5 al. 4 LEg). En cas de harcèlement sexuel, l'indemnité devrait être calculée sur la base du salaire moyen suisse (art. 5 al. 3 LEg). En réalité, les tribunaux se fondent sur le salaire médian<sup>53</sup> qui, selon l'Office fédéral de la statistique, s'élevait en 2010 à 5'979 francs brut par mois<sup>54</sup>. Si on multiplie ce montant par six, on obtient une indemnité maximale pour harcèlement sexuel de près de 36'000 francs. Fixée compte tenu de toutes les circonstances, cette indemnité vise à la fois à punir la partie employeuse qui n'a pas rempli son devoir de protection et à réparer l'atteinte résultant du harcèlement sexuel<sup>55</sup>. Lorsqu'au harcèlement sexuel s'ajoute un licenciement discriminatoire, l'indemnité spéciale prévue à l'art. 5 al. 3 LEg peut être cumulée avec celle prévue à l'art. 5 al. 2, puisque ces deux indemnités visent à réparer une atteinte différente<sup>56</sup>. En revanche, l'indemnité pour licenciement discriminatoire prévue à l'art. 5 al. 2 LEg n'est pas cumulable avec celle pour licenciement abusif au sens de l'art. 336a al. 1 let. a CO, une même atteinte ne pouvant être réparée deux fois. En pareille hypothèse, l'art. 5 al. 2 LEg, *lex specialis*, s'applique seul<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> Voir AUBERT, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 23-33 *ad* art. 5 LEg.

<sup>53</sup> AUBERT, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 57 *ad* art. 5 LEg.

<sup>54</sup> Voir, notamment, un communiqué de presse publié par cet office le 28 novembre 2011.

<sup>55</sup> ATF 131 II 361, consid. 4.4 ; AUBERT, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 63 *ad* art. 5 LEg.

<sup>56</sup> Voir AUBERT, N 67 *ad* art. 5 LEg.

<sup>57</sup> AUBERT, N 65 *ad* art. 5 LEg.

## D. Les dommages-intérêts et la réparation du tort moral

L'article 5 alinéa 5 LEg réserve les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral. Ainsi, lorsque la gravité de l'atteinte le justifie, le tribunal peut allouer, en plus des indemnités spéciales prévues aux alinéas 2 à 4, une indemnité pour tort moral en vertu de l'alinéa 5<sup>58</sup>. Dans un arrêt du 17 janvier 2008, le Tribunal fédéral a condamné sur le plan civil un patron qui avait violé son apprentie au versement d'une indemnité pour harcèlement sexuel correspondant à cinq mois de salaire (donc d'un montant inférieur au maximum de six mois prévu à l'art. 5 al. 4 LEg), à laquelle s'ajoutait une indemnité pour tort moral à hauteur de 15'000 francs (réservée par l'art. 5 al. 5 LEg)<sup>59</sup>.

## VI. LA PROTECTION CONTRE LE CONGE DE RETORSION – ART. 10 LEg

La loi sur l'égalité protège contre deux types de licenciements : le congé *discriminatoire* (signifié, par exemple, au retour d'un congé maternité, en raison de la nouvelle situation familiale<sup>60</sup>) et le congé *de rétorsion*, qui fait suite à une plainte pour discrimination en raison du sexe. Lorsque les rapports de travail relèvent du droit public, les deux sortes de licenciements peuvent être annulés au moyen d'une action en cessation du trouble (art. 5 al. 1 let. b LEg)<sup>61</sup>. Dans le cadre de rapports soumis au Code des obligations, en revanche, une annulation du congé ne peut être demandée qu'en présence d'un congé de rétorsion (art. 10 LEg). En cas de congé discriminatoire (art. 3 LEg), en effet, seule une indemnité peut être demandée (art. 5 al. 2 LEg).

---

<sup>58</sup> Voir PORTMANN, *Genugtuungsbegründende Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis, recht*, vol. 28, 2010, pp. 1-15, spéc. p. 11 ; AUBERT, *Commentaire de la loi sur l'égalité*, N 75 *ad* art. 5 LEg ; DUNAND, *Commentaire du contrat de travail*, N 52 *ad* art. 328 CO.

<sup>59</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_330/2007 du 17 janvier 2008.

<sup>60</sup> Voir un arrêt de la Cour d'appel des prud'hommes de Genève, 16 mars 2010, CAPH/31/2010.

<sup>61</sup> ARIOLI, *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, N 67 et 70 *ad* art. 13 LEg ; KLETT, *Rachekündigung*, in : MÜNCH/METZ (Ed.) *Stellenwechsel und Entlassung*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2012, pp. 285-297, N 10.1.

L'article 10 LEg, qui se trouve dans la section relative aux rapports de travail régis par le Code des obligations, offre la possibilité de faire annuler un licenciement qui ne *repose pas sur un motif justifié et qui fait suite à une réclamation* adressée à un supérieur ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise, à l'ouverture d'une procédure de conciliation ou à l'introduction d'une action en justice (al.1). Un licenciement qui suit une réclamation est présumé être un congé de rétorsion. La partie employeuse peut renverser cette *présomption* en prouvant que la résiliation des rapports de travail repose sur un motif justifié<sup>62</sup>. La notion de *motif justifié* est plus large que celle de juste motif applicable en cas de résiliation immédiate du contrat de travail<sup>63</sup>. Un licenciement est, par exemple, considéré comme justifié, au sens de l'art. 10 LEg, s'il est motivé par des absences répétées et non excusées du travail ou par la non observation continue d'instructions<sup>64</sup>.

La protection commence dès le moment où la réclamation a été portée à la connaissance de la partie employeuse et s'étend «durant toute la durée des démarches effectuées au sein de l'entreprise, durant la procédure de conciliation et durant toute la durée du procès, de même que pendant le semestre qui suit la clôture des démarches ou de la procédure » (al. 2)<sup>65</sup>. L'entreprise qui tarde à notifier sa décision retarde la clôture des démarches internes et prolonge ainsi la période de protection<sup>66</sup>. Un licenciement qui intervient durant la période de protection n'est pas nul d'office mais annulable, à condition que la personne discriminée *saisisse le tribunal ou l'autorité de conciliation* avant l'échéance du délai légal ou contractuel de congé (al. 3).

---

<sup>62</sup> KLETT, N 10.2 ; RIEMER-KAFKA/ÜBERSCHLAG, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, N 13-14 *ad* art. 10 LEg.

<sup>63</sup> Message LEg, FF 1993 1222.

<sup>64</sup> RIEMER-KAFKA/ÜBERSCHLAG, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, N 15 *ad* art. 10 LEg, qui renvoient notamment à la doctrine relative aux arts. 336 al. 2 let. b et 340c al. 2 CO.

<sup>65</sup> Voir AUBERT, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 8-32 *ad* art. 10 LEg ; KLETT, N 10.4-10.8. Lors d'une affaire jugée par le Tribunal fédéral dans un arrêt 4A\_178/2010 du 14 mai 2010, le licenciement signifié à la salariée était intervenu après le délai semestriel de protection prévu à l'art. 10 al. 2 LEg (voir consid. 3).

<sup>66</sup> Voir AUBERT, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 13-14 *ad* art. 10 LEg.

Afin d'éviter qu'une personne licenciée vraisemblablement au titre de représailles se retrouve sans emploi pendant la durée de la procédure, « le juge peut ordonner le *réengagement provisoire* du travailleur lorsqu'il paraît vraisemblable que les conditions d'une annulation du congé sont remplies » (al. 3, 2<sup>ème</sup> phrase). Dans un arrêt du 30 septembre 2011, le Tribunal supérieur du canton de Zurich a jugé que le tribunal peut ordonner, sous menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, d'*occuper effectivement* une travailleuse au même poste ou à un poste comparable lorsque le fait d'être libérée de son obligation de prester pour une durée indéterminée provoquerait un dommage difficilement réparable. En l'espèce, les juges ont qualifié de discriminatoire la décision de libérer une cadre enceinte de l'obligation de fournir sa prestation de travail<sup>67</sup>. L'ordonnance de réengagement provisoire est rendue dans le cadre de *mesures provisionnelles* (art. 261 ss CPC) sur requête de la partie employée<sup>68</sup>. La demande de réintégration provisoire<sup>69</sup>, soumise à la procédure simplifiée, doit faire l'objet d'une conclusion différente de celle au fond en annulation du congé, soumise à la procédure simplifiée<sup>70</sup>.

En pratique, rares sont les personnes licenciées de façon discriminatoire qui souhaitent réintégrer leur poste de travail. Pour cette raison, l'article 10 LEg offre à la partie travailleuse la possibilité de renoncer, au cours du procès, à poursuivre les rapports de travail et

---

<sup>67</sup> Obergericht des Kantons Zurich, LA100034. Le tribunal reconnaît que, en pratique, il est difficile d'obliger la partie employeuse à occuper effectivement une travailleuse avec laquelle il ne souhaite plus travailler. Pour un résumé détaillé de cet arrêt, voir GEISER, *Rechtsprechung zum Arbeitsrecht* 2012, *Pratique juridique actuelle*, 2013, p. 437, 440-441. Sur la question controversée du droit d'exiger une occupation effective, voir STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag. Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7<sup>ème</sup> éd., Zurich, Schulthess, 2012, N 17 *ad* art. 319 CO ; AUBERT, *Commentaire de la loi sur l'égalité*, N 43 *ad* art. 10 LEg.

<sup>68</sup> AUBERT, *Commentaire de la loi sur l'égalité*, N 40 *ad* art. 10 LEg ; DIETSCHY, N 470 ; *contra* RIEMER-KAFKA/ÜBERSCHLAG, *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, N 46 *ad* art. 10 LEg.

<sup>69</sup> A titre d'illustration, voir un arrêt du Tribunal fédéral 8C\_745/2011 du 6 juin 2012.

<sup>70</sup> Voir AUBERT, *Commentaire de la loi sur l'égalité*, N 40 *ad* art. 10 LEg, auquel se réfère un jugement du Tribunal des prud'hommes de Genève, 2 mars 2012, TRPH 320/2012, cause n° C/3735/2012.

de demander une *indemnité* pour licenciement abusif (art. 336a CO) en lieu et place de l'annulation du congé (al. 4).

## VII. LA PROTECTION CONTRE LE HARCELEMENT SEXUEL – ART. 4 LEG

Le harcèlement sexuel est interdit par l'art. 4 LEG comme une forme de discrimination fondée sur le sexe contraire à l'art. 3 LEG. La violation de cette première disposition, comme celle de la seconde, n'a pas à être intentionnelle<sup>71</sup>. En effet, comme le relève le Tribunal administratif fédéral dans un arrêt du 25 octobre 2010, « il n'est pas nécessaire que l'intimé ait voulu obtenir des faveurs sexuelles pour que son comportement soit inclus dans la définition du harcèlement sexuel »<sup>72</sup>. Le Tribunal fédéral a précisé que cette définition inclut les actes qui contribuent à rendre un environnement de travail sexiste, telles que « les plaisanteries déplacées ou l'affichage de photos indécentes »<sup>73</sup>.

Selon la jurisprudence, « la définition donnée par l'art. 4 LEG n'exige pas que le harcèlement sexuel se produise effectivement sur le lieu de travail, » mais simplement qu'il puisse avoir un impact négatif sur les rapports de travail.<sup>74</sup> Par exemple, dans un arrêt du 19 septembre 2012, le Tribunal cantonal vaudois a reconnu le directeur d'un établissement scolaire coupable d'avoir harcelé sexuellement une enseignante durant leurs nombreuses rencontres en dehors du lieu de travail<sup>75</sup>. Le 8 janvier 2014, le Tribunal fédéral a jugé irrecevable le recours intenté contre cet arrêt par le directeur d'école vaudois et rappelle que la loi sur l'égalité traite « de la responsabilité de l'employeur et non de celle de l'auteur du harcèlement sexuel »<sup>76</sup>. Le 9 janvier 2014, en revanche, le Tribunal fédéral a confirmé l'acquittement prononcé en matière pénale par le Tribunal cantonal valaisan, le 7 juin 2013, à l'égard d'un ancien directeur d'école qui, lui

---

<sup>71</sup> LEMPEN, Commentaire de la loi sur l'égalité, N 1, 9 ss *ad* art. 4 LEG.

<sup>72</sup> Arrêt A-6910/2009, consid. 9.3.

<sup>73</sup> Arrêt 4C.289/2006 du 5 février 2007, consid. 3.1 (qui se réfère notamment à l'ATF 126 III 395, consid. 7b/bb).

<sup>74</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6910/2009 du 25 octobre 2010, consid. 6.1.

<sup>75</sup> Consid. 6.1.3.

<sup>76</sup> Arrêt 8C\_981/2012, consid. 3.3.

aussi, avait été accusé de harcèlement sexuel à l'égard d'une enseignante<sup>77</sup>. Le 9 mai 2006, les juges fédéraux avaient cependant admis à propos de cette même affaire une responsabilité civile du canton du Valais<sup>78</sup>.

Enfin, le Tribunal fédéral a rejeté, le 2 décembre 2013, le recours formé par une société exploitant un magasin de sandwicherie contre un arrêt de la Cour suprême du canton de Berne la condamnant à verser une indemnité pour harcèlement sexuel (art. 5 al. 3 LEg)<sup>79</sup> en raison du comportement « inexcusable »<sup>80</sup> (remarques sexistes, baiser forcé) dont avait fait preuve un de ses organes (art. 55 CC) à l'égard d'une employée. Selon le Tribunal, en effet, « lorsque l'auteur du harcèlement est un organe de la personne morale qui a engagé la victime, l'employeur ne dispose pas de la preuve libératoire instituée par l'art. 5 al. 3 LEg »<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Arrêts du Tribunal fédéral 6B\_675/2013 et 6B\_687/2013 du 9 janvier 2014.

<sup>78</sup> Arrêts du Tribunal fédéral 2P.165/2005 et 2A.419/2005 du 9 mai 2006.

<sup>79</sup> Voir *supra*, chiffre V, lettre C.

<sup>80</sup> Arrêt 4A\_473/2013, consid. 3.

<sup>81</sup> Consid. 3.3, qui se réfère notamment à un arrêt 4A\_330/2007 du 17 janvier 2008, consid. 4.3.





# EGALITE ENTRE HOMMES ET FEMMES – REFLEXIONS SUR LA PROCEDURE AU SEIN DE L'ADMINISTRATION FRIBOURGEOISE

**André Schoenenweid**

Chef du Service de législation <sup>1</sup>

## *Zusammenfassung*

*Der erste Teil dieses Beitrags präsentiert die gesetzlichen Grundlagen, das Dienstverhältnis des Staatspersonals sowie die wichtigsten verfahrensrechtlichen Besonderheiten aufgrund von Ansprüchen aus dem Gleichstellungsgesetz. Der zweite Teil behandelt Fragen, die sich bei gewissen gleichstellungsrechtlichen Verfahren stellen.*

## I. INTRODUCTION

L'exposé présente la procédure dont dispose une personne qui travaille pour l'Etat de Fribourg et s'estime victime d'une violation de la loi sur l'égalité. En réalité, cette personne dispose de deux voies, l'une informelle et l'autre formelle.

La *voie informelle* est constituée de mesures d'écoute et de soutien à la personne victime d'une discrimination et de conseils à cette personne, mais aussi, le cas échéant, à l'auteur-e de l'atteinte et à la hiérarchie concernée. Cette voie vise à obtenir des mesures concrètes permettant de mettre fin à la discrimination et à rétablir un climat de travail satisfaisant. Cette procédure est confiée au Bureau de l'égalité hommes-femmes et de la famille (BEF) ainsi qu'au Service du personnel et d'organisation (SPO). L'Etat a en outre instauré, dans le domaine du harcèlement sexuel, des personnes de confiance bénéficiant d'une formation adéquate et d'une garantie de confidentialité.

---

<sup>1</sup> Cette contribution a servi de base pour l'exposé présenté, le 21 janvier 2014, lors de la Journée « Mettre en pratique la loi sur l'égalité » organisée par le Bureau fribourgeois de l'égalité hommes-femmes et de la famille. Sa rédaction a été finalisée sur la base de la législation en vigueur au 1<sup>er</sup> mars 2014.

La *voie formelle* tend à obtenir une décision de l'autorité compétente conformément à la législation applicable, à savoir principalement la LPers et le CPJA, avec les garanties particulières que la législation fédérale offre en plus dans le domaine de l'égalité entre femmes et hommes. Ces garanties concernent essentiellement l'allègement du fardeau de la preuve et la gratuité de la procédure.

Dans ces deux voies, les parties sont invitées à rechercher une *solution de conciliation*. Dans la procédure informelle, ces démarches sont entreprises sous l'égide du BEF, du SPO ou des personnes de confiance. Dans la procédure formelle, la recherche d'une conciliation relève de l'autorité saisie conformément au CPJA ; malgré son nom, en matière de rapports de droit public, la Commission de conciliation en matière d'égalité des sexes dans les rapports de travail (CCMES) n'est appelée qu'à rendre un avis sur un recours dirigé contre une décision de première instance. Dans tous les cas, ces démarches nécessitent une demande préalable de la victime présumée de la discrimination ; cette condition est particulièrement importante dans le domaine du harcèlement sexuel.

L'ensemble de ces interventions peut déboucher sur d'autres procédures classiques de la législation sur le personnel (notamment enquête administrative, avertissement, déplacement, sanctions pécuniaires, licenciement ou mise à la retraite). Demeurent également réservées des procédures pénales ou civiles selon le type d'atteinte et leur gravité, avec l'appui, le cas échéant, du Centre de consultation LAVI<sup>2</sup>.

## **II. BASES LEGALES SPECIFIQUES**

### *A. Droit fédéral*

*I.* Basée sur l'article 8 al. 3 de la Constitution fédérale, la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) s'applique aussi bien aux rapports régis par le code des obligations qu'à ceux soumis au droit public fédéral, cantonal ou communal (art. 2). Elle interdit la discrimination à raison du sexe (art. 3) et le harcèlement sexuel (art. 4) et permet à la personne concernée de saisir le tribunal ou l'autorité administrative pour faire interdire, cesser ou constater la

---

<sup>2</sup> Cf. [http://www.fr.ch/sej/fr/pub/aide\\_victime.htm](http://www.fr.ch/sej/fr/pub/aide_victime.htm).

discrimination ou le harcèlement et ordonner le paiement du salaire dû. Le droit à des dommages et intérêts et du tort moral est en outre réservé (art. 5).

Sans entrer dans les détails de ces dispositions, non spécifiques à la situation fribourgeoise<sup>3</sup>, relevons quelques aspects à prendre en compte lorsque la LEg est invoquée dans le cadre d'une procédure concernant des rapports de travail de droit public.

*1.1.* L'article 6 LEg prévoit un *allègement du fardeau de la preuve*, dans le sens que la discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable.

a) Il ne s'agit pas d'un renversement du fardeau de la preuve, mais seulement d'un allègement : il appartient toujours à la personne qui se prévaut d'une discrimination d'en apporter la preuve. Le fait que l'autorité doive établir les faits et administrer d'office les preuves simplifie la démarche des parties, mais ne change rien au fait que la partie qui invoque un fait doit supporter la conséquence d'une absence de preuve à cet égard. Donc, si la vraisemblance n'est pas suffisamment étayée, la personne qui invoque le fait non établi devra supporter les conséquences de l'absence de preuve. En outre, la partie défenderesse peut toujours renverser la présomption en apportant la preuve de ses propres allégations (par ex. les raisons objectives justifiant une apparente inégalité de traitement).

b) Cet allègement s'applique à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnels, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail. Il ne s'applique donc ni à la discrimination à l'embauche ni au harcèlement sexuel, deux domaines dans lesquels pourtant la preuve est souvent très difficile à apporter.

c) La vraisemblance et l'admissibilité des critères que l'employeur invoque pour justifier une différence de traitement entre femmes et hommes sont des questions de droit, et de droit fédéral. Le Tribunal fédéral peut donc les revoir librement dans le cadre d'un recours en matière de droit public, mais en se fondant toutefois sur les faits constatés par l'autorité judiciaire cantonale.

---

<sup>3</sup> Pour ce motif, j'ai renoncé à mettre un appareil critique au sujet du droit fédéral cité. Deux ouvrages de référence en français sont indiqués en fin de texte, tout comme les principales abréviations utilisées.

**1.2.** L'article 13 al. 5 LEg prescrit la *gratuité de la procédure cantonale* concernant les rapports de travail de droit public, sauf en cas de témérité. Cette règle vaut aussi bien pour la procédure administrative que pour la procédure judiciaire cantonales. Par contre, elle ne vaut pas devant le Tribunal fédéral. Elle couvre tous les frais de procédure (y compris les expertises), mais pas les dépens ; les collectivités publiques n'ont toutefois que rarement droit à des dépens.

**1.3.** Lorsqu'il est vraisemblable que l'issue de la procédure affectera un nombre considérable de rapports de travail, *des organisations peuvent également avoir qualité pour agir* en leur nom propre aux conditions de l'article 7 al. 1 LEg. L'action des organisations est indépendante d'une procédure individuelle portant sur les mêmes faits. En conséquence, il appartient à la personne qui se prévaut d'une discrimination de veiller à sauvegarder ses propres droits, ce d'autant que l'action des organisations est purement constatatoire, à défaut de droit cantonal plus généreux.

**1.4.** Outre ces règles spécifiques, la LEg prévoit que, dans les rapports de travail de droit public, les voies de droit sont régies par « les dispositions générales sur la procédure fédérale » (« Der Rechtsschutz ... richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege », art. 13 al. 1 LEg). Cette règle n'a plus de véritable portée depuis l'entrée en vigueur de la réforme de la justice<sup>4</sup>.

**1.5.** En cas de *discrimination à l'embauche*, l'article 13 al. 2 LEg déclare l'article 5 al. 2 LEg applicable. Cette disposition tranche donc positivement le débat doctrinal de savoir si le refus d'embauche est une décision susceptible de recours. Dans les rapports de droit public, la LEg ne fixe pas de délai de péremption pour agir. La personne lésée ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité (art. 13 al. 2, 2<sup>e</sup> phr., LEg), donc ni à son engagement ni à l'annulation de la procédure d'embauche. Nous verrons plus loin que la procédure en cas de refus d'embauche soulève bien des questions (section VII ci-après).

**1.6.** La LEg *ne prévoit pas* l'obligation pour les cantons d'instaurer un *organe de conciliation* pour les contestations en matière de contrat de travail de droit public (art. 13 al. 3 *a contrario*) ; une telle obligation ne découle pas non plus du droit constitutionnel ou international (ATF 133 I 305). Curieusement, l'article 200 al. 2 CPC

---

<sup>4</sup> Cf. les art. 29 à 30 et 119b Cst. féd. ainsi que 110 à 112, 114 et 117 LTF.

(qui vise exclusivement des procédures relevant du droit civil) prévoit que « l'autorité de conciliation se compose d'un président et d'une représentation paritaire d'employeurs et d'employés des secteurs privé *et public*, l'ensemble des représentants étant constitué d'un nombre égal d'hommes et de femmes ». Cela permet, en tout cas, de justifier que notre canton fasse appel à cette autorité en cas de litige portant sur un rapport de travail de droit public, même s'il lui attribue une compétence plus limitée qu'en procédure civile (cf. ch. 5 ci-après).

## B. *Droit fribourgeois*

2. Selon l'article 9 al. 2 de la Constitution fribourgeoise : « La femme et l'homme sont égaux en droit. Ils ont droit en particulier au même salaire pour un travail de valeur égale. L'Etat et les communes veillent à l'égalité de droit et de fait, notamment dans les domaines de la famille, de la formation, du travail et, dans la mesure du possible, pour l'accès à la fonction publique ».

3. La loi du 6 novembre 2003 instituant un Bureau et une Commission de l'égalité hommes-femmes et de la famille (RSF 122.26.3) prescrit que « L'Etat veille à l'application du principe de l'égalité entre femmes et hommes ainsi qu'à l'élimination de toute forme de discrimination de droit et de fait et mène une politique dans l'intérêt de la famille » (art. 1). Le BEF « est un organe de conseil, de consultation, d'information, de promotion, d'exécution, de coordination et de contrôle pour la réalisation des buts fixés à l'article 1 » (art. 2 al. 1).

4. La LPers précise que la politique du personnel a pour but de valoriser de manière optimale les ressources humaines de l'Etat en se fondant notamment sur le respect de l'intégrité du collaborateur ou de la collaboratrice et son épanouissement professionnel (art. 4 let. b) ainsi que l'égalité des chances et l'égalité de traitement entre hommes et femmes (art. 4 let. d).

L'article 12 let. e mentionne que le SPO « est organe de conseil, de contrôle, de rapport et de préavis au Conseil d'Etat, aux Directions et aux établissements dans tous les domaines relatifs au personnel ».

L'article 27 prescrit que lorsque le candidat ou la candidate fait valoir, sur la base d'indices concrets, qu'un motif discriminatoire lié notamment au sexe, à l'état civil ou à l'origine est la cause du refus

d'embauche, il ou elle peut demander à l'autorité d'engagement de motiver son refus.

L'article 127 al. 1 oblige l'Etat à prendre toutes les mesures nécessaires à assurer la protection des membres du personnel qui font l'objet de menaces ou d'attaques présumées injustifiées pour des motifs liés à l'exercice conforme de leur fonction.

Quant à l'article 130, il prévoit que le Conseil d'Etat prend les mesures nécessaires à la prévention, à la constatation et à la cessation de toute atteinte à la personnalité du collaborateur ou de la collaboratrice, notamment les cas de harcèlement sexuel et psychologique causés au lieu ou dans le cadre du travail par des collaborateurs ou collaboratrices. En outre, il délègue aux dispositions d'exécution l'institution d'une procédure informelle de plainte et de conciliation.

5. L'article 13 RPers, sous le titre médian « Conseils et médiation », donne le droit à chaque membre du personnel de s'adresser au SPO pour obtenir des informations et des conseils ; il réserve les dispositions sur le harcèlement sexuel et psychologique.

L'article 20 RPers prescrit que les directives du SPO concernant l'examen des candidatures à un emploi à l'Etat tiennent compte des principes de politique du personnel relatifs à la promotion de l'égalité des chances entre hommes et femmes. En vertu de l'article 22 al. 2 let. c RPers, le SPO doit donner un préavis négatif à un engagement si le choix du candidat ou de la candidate est entaché d'un motif discriminatoire et le SPO doit en informer le Conseil d'Etat (art. 22 al. 3 RPers).

L'article 141a RPers prévoit que la CCMES peut être appelée à rendre un avis sur un recours dirigé contre une décision de première instance portant sur les rapports de service de droit public et comprenant une discrimination au sens de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes invoquée par la partie recourante<sup>5</sup>. La CCMES est l'autorité paritaire prévue par l'article 200 al. 2 CPC et régie par l'article 62 LJ. Dans notre canton, nous avons donc la même autorité pour les cas soumis au droit des obligations et ceux relevant du droit public. Toutefois en matière de droit public, sur la base de

---

<sup>5</sup> Cette règle est une reprise de l'art. 8 de l'arrêté du 9 juillet 1996 d'exécution de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, arrêté abrogé par le règlement sur la justice au 31.12.2010.

l'article 141a RPers, la CCMES n'exerce pas de conciliation, mais elle peut être appelée, sur demande, à rendre un avis sur un recours.

**6.1.** Pour toutes les difficultés relationnelles dans le cadre du travail, le personnel peut obtenir du soutien auprès des personnes chargées de la santé et de la sécurité (care management) au sein du SPO.

**6.2.** Dans le domaine du harcèlement sexuel, des dispositions spécifiques ont été prises sous la forme de *directives*<sup>6</sup>. Celles-ci définissent le harcèlement sexuel, chargent le BEF, en collaboration avec le SPO, de la prévention, de l'information et de la formation dans ce domaine, instituent les personnes de confiance et définissent leurs missions. Sous le titre « procédure de médiation », elles autorisent les personnes de confiance, avec l'accord de la personne harcelée, à entreprendre des démarches pour trouver un accord ou à faire des propositions à l'autorité compétente pour rétablir un climat de travail satisfaisant pour la personne importunée. Finalement, elles rappellent quelques règles concernant la procédure formelle et prescrivent que la personne plaignante ne doit subir aucun préjudice du fait de sa démarche.

On notera encore que le « formulaire de départ d'un collaborateur ou d'une collaboratrice », dans la section « motivation du départ », suggère à titre d'exemple les points : climat de travail et conflit à la place de travail (y compris mobbing et harcèlement sexuel).

**6.3.** La procédure d'évaluation et de classification des fonctions – traitant, entre autres, de la représentation du personnel lors de cette tâche et de la procédure en cas de contestation – fait l'objet d'un règlement spécifique (RSF 122.72.22).

### **III. STATUT DU PERSONNEL**

7. Le personnel de l'Etat est concerné presque exclusivement par les dispositions de la LEg relatives aux rapports de droit public.

**7.1.** Par personnel de l'Etat, il faut entendre les personnes qui exercent une activité au service de l'Etat et qui sont rémunérées pour cette activité, à savoir les collaborateurs et collaboratrices de

---

<sup>6</sup> Directives du 2 octobre 2007 visant à prévenir et réprimer le harcèlement sexuel, <http://www.fr.ch/spo/fr/pub/doc/juridique/harcelement.htm>.

l'administration cantonale – y compris des établissements personnalisés de l'Etat<sup>7</sup> –, du Secrétariat du Grand Conseil et de l'ordre judiciaire (art. 2 LPers)<sup>8</sup>. L'autorité d'engagement est généralement la Direction concernée ; le Conseil d'Etat est l'autorité d'engagement des directeurs et directrices d'établissements et des chef-fe-s des services centraux (art. 8 LPers).

7.2. Les rapports de travail du personnel de l'Etat sont régis par le droit public (art. 24 LPers), à l'exception de ceux des stagiaires et des apprenti-e-s dont le contrat relève du code des obligations (art. 3 al. 3 LPers).

7.3. Pour les apprenti-e-s et les stagiaires, la procédure formelle est celle du droit privé (conciliation devant la CCMES, action devant les prud'hommes et règles spécifiques du code de procédure civile)<sup>9</sup>. L'Etat, en tant qu'employeur, est tenu de par la LEg, la loi sur le travail et le code des obligations de prendre des mesures pour prévenir et faire cesser la discrimination également si le rapport de travail relève du droit privé ; les apprenti-e-s et les stagiaires bénéficient donc aussi, à mon avis, des mesures de la procédure informelle. Les

---

<sup>7</sup> Sauf dérogation légale, le personnel des établissements personnalisés est soumis à la LPers. Souvent, la législation spéciale relative à ces établissements le rappelle par un renvoi explicite à la législation sur le personnel de l'Etat, avant d'apporter certaines dérogations ou précisions pour tenir compte du statut et des missions propres de l'établissement ou des caractéristiques des fonctions qui en relèvent. C'est le cas en particulier pour le personnel de l'hôpital fribourgeois (HFR), du Réseau fribourgeois de santé mentale, de l'Université, de l'Institut agricole de Grangeneuve et de l'Etablissement cantonal des assurances sociales (cf. art. 2 RPers).

<sup>8</sup> Les membres du Conseil d'Etat et du Tribunal cantonal ne sont pas soumis à la LPers ; les préfets n'y sont soumis que par analogie (art. 3 al. 1 LPers). En réalité, les magistrats de l'ordre judiciaire se trouvent dans la même situation que les préfets, puisque leur élection et leur révocation notamment sont réglées par la Cst. et la LJ et non par la LPers.

<sup>9</sup> La procédure en cas de rapports de travail soumis au droit privé n'étant pas spécifique à notre canton, les personnes intéressées consulteront l'abondante doctrine récente concernant le CPC et la LTF, et plus spécialement les commentaires consacrés aux articles suivants : 113 al. 3 let. a, 114 let. a, 199 al. 2 let. c, 200 al. 2, 203 al. 3, 210, 243 al. 2 let. a et 348 CPC et 65 al. 4 let. b, 64 al. 5, 72ss, 74 al. 1 let. a, 95 let. a et 113ss LTF. L'autorité paritaire de conciliation prévue par l'article 200 al. 2 CPC est régie par l'article 62 LJ.



apprenenti-e-s sont en outre protégés par des mesures spécifiques en cas de difficultés avec leur employeur<sup>10</sup>.

8. Les personnes élues, non soumises à la LPers, sont-elles dans un rapport de travail de droit public au sens de l'article 2 LEg ? La réponse dépend de l'interprétation du droit fédéral (champ d'application de la LEg et portée de l'art. 8 Cst. féd)<sup>11</sup>. Si la personne élue est l'auteur d'un acte de discrimination, un membre du personnel peut certainement se prévaloir de la LEg à l'encontre de l'Etat (l'auteur est alors un agent ou un organe de l'Etat-employeur). La réponse est plus délicate si la personne élue est victime d'une discrimination. De nos jours, ce n'est guère que dans le domaine de la répartition des tâches au sein de l'autorité concernée et du harcèlement sexuel qu'une discrimination est envisageable pour ces fonctions. Même lorsque le droit cantonal ne prévoit pas de recours au niveau cantonal<sup>12</sup>, on ne peut exclure un recours au Tribunal fédéral contre certaines décisions du parlement, du gouvernement ou du Tribunal cantonal à l'égard d'un de ses membres, ni l'ouverture d'une procédure civile en défense de la personnalité ou d'une procédure pénale, par ex. en cas de harcèlement sexuel par un membre de la même autorité, sous réserve, selon les cas, de la levée de l'immunité<sup>13</sup>.

#### IV. VOIES DE DROIT

9. Dans son état au 1<sup>er</sup> mars 2014, la LPers prévoit, en dérogation au CPJA, que le recours contre les décisions prises à l'égard du personnel de l'Etat n'a, en principe, pas d'effet suspensif et que la contestation de ces décisions est portée devant le Conseil d'Etat avant

---

<sup>10</sup> Art. 337, 346 CO ; art. 14, al. 4 et 24 LFPr (RS 412.10) ; art. 11 OFPr (RS 412.101).

<sup>11</sup> ARIOLI/FURRER ISELI (n. 31, 35 et 146ss) considèrent que la LEg est applicable aux magistrats et aux membres de commissions, à l'exception de la création et de la fin de leurs rapports de service. A Fribourg, pour la discrimination à l'embauche et l'éventuelle révocation par le Grand Conseil, la preuve sera impossible à apporter en raison du vote à bulletin secret (art. 152 al. 2 LGC). Pour le ou la secrétaire général-e du Grand Conseil, cf. art. 32 al. 1, 34 al. 4 et 35 al. 3 LGC. Pour les membres du Pouvoir judiciaire, cf. art. 103 à 109 LJ.

<sup>12</sup> On ne peut pas non plus invoquer l'art. 6 al. 1 CEDH pour ces fonctions.

<sup>13</sup> Art. 89 Cst. cant. ; art. 18 LOCEA (RSF 122.0.1) ; art. 49 al. 3, 104, 141 al. 1 let. d et 172s. LGC ; art. 111 LJ.

un éventuel recours au Tribunal cantonal (art. 132s. LPers)<sup>14</sup>. La procédure hiérarchique est gratuite (art. 133 al. 3 LPers) ; cela vaut donc jusqu'au Conseil d'Etat, mais pas devant le Tribunal cantonal.

**10.** La LEG n'impose pas une juridiction mixte ou une voie de droit spécifique, pas plus que le passage devant une autorité de conciliation en cas de rapports de travail de droit public. Par rapport à la procédure ordinaire, le droit fribourgeois permet simplement à la victime de demander que la CCMES fournisse un avis sur le recours contre la décision de 1<sup>re</sup> instance (cf. ch. 5 ci-dessus). Durant toute la procédure, l'autorité administrative ou judiciaire devra tenir compte notamment de l'allègement du fardeau de la preuve, sauf en cas de refus d'embauche et de harcèlement sexuel (art. 6 LEG). En outre, la procédure sera gratuite aussi devant le Tribunal cantonal. Toutefois, comme l'article 14 CPJA réserve aux avocat-e-s le droit d'agir comme mandataires devant le Tribunal cantonal, il conviendra, le cas échéant, de demander l'assistance judiciaire.

**11.** Devant le Tribunal fédéral, si la cause *n'est pas de nature pécuniaire*, la voie du recours en matière de droit public est exceptionnellement ouverte quand la décision attaquée touche à la question de l'égalité des sexes (art. 83 let. g LTF). Entrent dans cette catégorie : les affaires concernant la répartition des tâches, les conditions de travail, le perfectionnement professionnel et le harcèlement sexuel (même si l'action tend au paiement d'une indemnité selon l'art. 5 al. 3 LEG). Si la cause est *de nature pécuniaire*, il faut une valeur litigieuse minimale de 15 000 francs ou que l'affaire porte sur une question juridique de principe (art. 85 al. 1 let. b et al. 2 LTF) ; cela concerne notamment la rémunération, la promotion, l'engagement et le renvoi. Si le recours en matière de droit public n'est pas recevable, la voie de droit est alors le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 LTF). La gratuité prévue par la LEG ne s'étend pas à la procédure devant le Tribunal fédéral.

## V. PARTIES

**12.1.** Les actions et mesures basées sur la LEG sont toujours dirigées par la victime présumée contre l'Etat-employeur et/ou par

---

<sup>14</sup> Ces règles dérogent au système ordinaire du CPJA. Le Conseil d'Etat a mis en consultation en 2013 un projet de loi supprimant ce recours auprès du Conseil d'Etat.

l'Etat-employeur contre l'auteur-e à son service. Cela ne signifie pas pour autant que, notamment en matière de harcèlement sexuel, la victime et l'auteur-e ne se retrouvent pas parties dans la même procédure ou dans chacune des procédures pouvant résulter des mêmes faits.

**12.2.** En effet, dans tous les cas susceptibles de recours en matière de droit public au Tribunal fédéral (ce qui est le cas notamment pour le harcèlement sexuel en vertu de l'art. 83 let. g LTF), la qualité de partie à la procédure devant toute autorité cantonale précédente doit être reconnue à quiconque a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral (art. 111 al. 1 LTF). Selon l'article 89 al. 1 LTF, la qualité pour recourir est reconnue à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire, est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. Par ailleurs, le Tribunal cantonal a jugé que la qualité de partie (art. 11 CPJA) se confond avec la qualité pour recourir (art. 76 CPJA)<sup>15</sup> et que donc un tiers qui a un intérêt digne de protection peut être partie à la procédure. L'autorité doit l'informer de ses droits<sup>16</sup>.

**12.3.** En cas de harcèlement sexuel, la victime et l'auteur-e sont plus touchés que la généralité des administrés et peuvent faire valoir un intérêt particulier digne de protection à être entendu dans la procédure concernant l'autre personne. L'autorité administrative doit donc traiter ces personnes comme parties dès le début de la procédure. L'intérêt public commande aussi que l'autorité évite des décisions lacunaires ou contradictoires et assure l'économie de la procédure en administrant une seule fois les preuves concernant les mêmes faits<sup>17</sup>.

**13.1.** Une personne mise en cause par un-e collègue dans une procédure basée sur la LEg, notamment pour harcèlement sexuel, risque de voir ses droits et obligations résultant de la LPers péjorés par la décision basée sur la LEg. Elle a donc qualité de partie même si la

---

<sup>15</sup> Idem pour les art. 48 PA et 89 al. 1 LTF, ATF 138 II 279, consid. 2.2.

<sup>16</sup> ATA 3A 99 176 à 179 publié à l'adresse [http://www.fr.ch/tc/files/pdf2/ac\\_3a\\_99\\_176\\_177\\_178\\_179.pdf](http://www.fr.ch/tc/files/pdf2/ac_3a_99_176_177_178_179.pdf).

<sup>17</sup> Pour veiller à la coordination des procédures, l'autorité d'engagement devrait avertir rapidement l'auteur-e présumé-e de la demande de la victime et ouvrir, le cas échéant, une procédure LPers contre la personne incriminée. En outre, le ou la chef-fe de service devra être invité-e à donner son avis avant la prise de décision (art. 10 al. 1 let. f LPers).

procédure « oppose » formellement la collectivité publique en tant qu'employeur à la personne qui se dit victime de discrimination.

**13.2.** Si la présumée victime réclame une indemnisation de la part de l'employeur en vertu de la LEg, la personne mise en cause risque d'être l'objet d'une action récursoire en vertu de la LResp (RSF 16.1), qui prévoit que la collectivité publique qui a réparé, en application de la présente loi *ou d'une autre loi*, le préjudice causé à un tiers dispose d'une action récursoire contre l'agent qui a causé le préjudice en violant intentionnellement ou par négligence grave ses devoirs de fonction (art. 11). Ce droit subsiste même après la cessation des rapports qui lient l'agent à la collectivité (art. 11 al. 2). La personne mise en cause remplit donc clairement les conditions de partie<sup>18</sup>.

**14.** De son côté, la victime a un intérêt légitime à participer comme partie à la procédure contre l'auteur présumé, car l'article 5 LEg lui donne notamment le droit de requérir que son employeur interdise la discrimination, la fasse cesser ou la constate ; l'article 130 LPers va dans le même sens. Selon l'ATF 133 II 257 (consid. 5.3), la loi sur l'égalité exige des cantons qu'ils aménagent des moyens de droit permettant aux personnes et organisations légitimées de se prévaloir efficacement des droits mentionnés à l'art. 5 LEg ; la personne lésée doit dès lors pouvoir faire valoir toutes ces prétentions dans une même procédure. Cette solution s'impose également du point de vue de l'économie de la procédure.

## VI. DELAIS

**15.1.** Les délais de recours et leur computation sont réglés par le CPJA (art. 27ss et 79). Ils sont de trente jours aussi bien dans la voie hiérarchique que judiciaire.

En pratique, il est toutefois souvent nécessaire d'agir d'abord pour demander que l'autorité rende une décision qui constate, prévienne ou

---

<sup>18</sup> L'art. 23 LResp prévoit expressément, en cas d'action en responsabilité, que la collectivité publique informe l'agent par écrit dès qu'un lésé fait valoir une prétention, puis, le cas échéant, dès qu'une action est ouverte. L'agent a le droit de se constituer intervenant dans le procès opposant le lésé à la collectivité. Cette règle montre bien que le législateur voulait assurer le respect des droits de l'agent incriminé et éviter des décisions contradictoires entre la demande en indemnisation et l'action récursoire. L'agent mis en cause n'a pas à souffrir du fait que la demande d'indemnité est présentée dans une procédure décisionnelle (ATF 133 II 257) plutôt par une action basée sur la LResp.

fasse cesser un comportement discriminatoire. Il en va ainsi par exemple lorsqu'une autre personne bénéficie d'une mesure discriminatoire, par ex. en matière de salaire, de promotion, de formation ou de répartition des tâches.

**15.2.** Tant que la discrimination dure ou menace, il est possible de demander des mesures pour la faire constater, interdire ou cesser. Le paiement du salaire dû ou d'une indemnité est par contre soumis à des délais de prescription<sup>19</sup>. Selon l'article 106 LPers, la créance en paiement du traitement, des allocations et des indemnités (des art. 99ss LPers) se prescrit par cinq ans à compter de son exigibilité. Pour les dommages-intérêts ou le tort moral réclamés à l'employeur, à défaut de prescription cantonale spécifique, les délais de prescription du code des obligations s'appliquent, à savoir dix ans pour les créances uniques (art. 127 CO) et cinq ans pour les créances périodiques liées au rapport de travail (art. 128 ch. 3 CO). Quant à l'action en responsabilité contre l'Etat, elle est soumise à des délais spécifiques et suppose que le lésé a fait usage des moyens de droit qui étaient à sa disposition pour s'opposer à l'acte ou à l'omission préjudiciable<sup>20</sup>. Finalement, on rappellera que, pour les infractions pénales punies sur plainte, le délai est de trois mois à compter du jour où l'ayant droit a connu l'auteur de l'infraction (art. 31 CP)<sup>21</sup>.

## VII. REMARQUES CONCERNANT LE REFUS D'EMBAUCHE

**16.** Comme rappelé dans la présentation des bases légales, la discrimination à l'embauche est interdite. L'Etat y veille d'office (not. art. 20 RPers) ; le SPO doit donner un préavis négatif et informer le Conseil d'Etat si le choix est entaché d'un motif discriminatoire (art. 22 RPers), mais, vu le nombre de dossiers transitant par le SPO, ce contrôle reste le plus souvent illusoire.

---

<sup>19</sup> A défaut de règles légales pour les rapports de droit public, il n'y a pas de péremption du droit à l'indemnisation en vertu de la LEg. Les art. 8 al. 2 et 10 al. 3 et 4 LEg ne s'appliquent qu'aux rapports de travail soumis au droit privé.

<sup>20</sup> Art. 6 al. 3 et 24ss LResp.

<sup>21</sup> Les principales infractions envisageables en cas de harcèlement sexuel sont celles des articles suivants du code pénal suisse (CP, RS 311) : 180\* (menaces), 190 (viol), 188, 191, 192, 193, 198\* (actes d'ordre sexuel) [\* = plainte nécessaire].

**17.** De leur côté, les personnes qui s'estiment victimes d'une discrimination peuvent recourir contre le refus d'embauche, tant en vertu de la LEg que de la LPers<sup>22</sup>. En pratique, les cas sont heureusement extrêmement rares, car ces règles laissent plusieurs questions ouvertes.

**18.** En recourant directement contre la décision de refus d'embauche, les personnes dont la candidature n'a pas été retenue peuvent faire valoir leur droit à une indemnité qui est calculée sur la base du salaire auquel la personne discriminée avait droit ou aurait vraisemblablement eu droit (art. 13 al. 2 renvoyant à l'art. 5 al. 2 LEg). L'indemnité totale ne dépassera pas le montant de trois mois de salaire et devra être répartie, le cas échéant, entre toutes les personnes qui ont fait valoir le droit à une indemnité pour un même poste (art. 5 al. 4 LEg)<sup>23</sup>.

La LEg instaure ainsi une procédure particulière où par le biais du recours, on n'obtient pas la suppression de la décision de refus, mais la constatation d'une discrimination et le versement d'une indemnité. Celui-ci est d'ailleurs conçu comme une sanction pécuniaire contre l'employeur autant que comme une compensation forfaitaire du manque à gagner subi par la personne discriminée.

**19.1.** La LPers traite également du refus d'embauche. Son article 27 commence par déclarer qu'il n'existe pas de droit à l'engagement (al. 1), puis donne le droit de demander une motivation du refus (al. 2).

**19.2.** Cet article ne fait pas mention de la LEg et la LPers ne contient aucune règle spécifique concernant une éventuelle suite de la procédure. Il ne fait évidemment aucun doute qu'en vertu du droit fédéral, l'on peut demander une indemnité en déposant un recours contre le refus d'embauche. Mais le droit cantonal va-t-il au-delà de ce minimum fixé par la LEg ? Ce n'est pas le cas, à mon avis.

Selon l'article 132 al.1 LPers, un recours peut être formé contre une décision au sens de l'article 4 CPJA. Comme l'article 27 LPers prévoit expressément qu'il n'y a pas de droit à être engagé-e, seule la lettre b de l'article 4 al. 2 CPJA semble applicable, à savoir la constatation du contenu de droits, en l'espèce du droit à ne pas être discriminé-e. En

---

<sup>22</sup> Des associations pourraient aussi agir pour faire constater la discrimination lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail (art. 7 LEg).

<sup>23</sup> C'est un standard minimal selon BRUCHEZ, n. 39 et 41 ad art. 13.

outre, contrairement au cas de licenciement abusif ou de résiliation injustifiée, où le législateur a explicitement permis, à certaines conditions, la réintégration de la personne discriminée (art. 41 et 46 LPers), s'agissant de l'embauche, il a explicitement précisé qu'il n'y a pas de droit à être engagé-e. Cette différence me semble justifiée, car une résiliation ou une non-promotion discriminatoire implique un cercle restreint et bien déterminé de personnes déjà liées par un rapport de travail avec l'Etat-employeur<sup>24</sup>.

**20.1.** Selon les règles ordinaires de la procédure administrative, la motivation et l'indication des voies de droit sont des éléments essentiels d'une décision (art. 66s. CPJA). En conséquence, le délai de recours ne devrait en principe pas courir avant qu'une décision conforme à ces exigences ait été communiquée à la partie concernée (art. 69 al. 2 CPJA par analogie)<sup>25</sup>.

Comme il ne serait pas réaliste d'exiger la motivation d'office de chaque refus d'un dossier de candidature, l'article 27 LPers prévoit que la motivation est fournie seulement sur demande de la personne qui fait valoir, sur la base d'indices concrets, qu'un motif discriminatoire lié au sexe est la cause du refus d'embauche. Cette règle est manifestement inspirée de la solution de l'article 8 LEg, applicable aux rapports de travail de droit privé<sup>26</sup>.

**20.2.** Dans sa lettre-décision de refus d'embauche, l'autorité d'engagement devrait donc indiquer le délai et l'autorité de recours

---

<sup>24</sup> *Contra* : le message du 28.11.2000 relatif à la LPers (BGC 2001 p. 1005ss) mentionne que l'autorité de recours pourrait condamner l'autorité d'engagement, soit à payer une indemnité en dommages et intérêts, soit à procéder à l'engagement (commentaire de l'art. 34 du projet). Outre les arguments contraires qui viennent d'être développés, suivre le message sur ce dernier point impliquerait que la procédure d'engagement soit suspendue pendant la période où un recours peut être déposé ou que l'engagement et tous les refus d'embauche soient révoqués, même plusieurs mois ou années après, en cas d'admission d'un recours.

<sup>25</sup> Dans le même sens, l'art. 112 al. 2 LTF en relation avec l'art. 100 al. 1 LTF.

<sup>26</sup> Pour les rapports de droit privé, la doctrine estime que la personne dont la candidature a été refusée peut se limiter à se prévaloir d'une discrimination. La demande n'est pas soumise à un délai, car la LEg fixe un délai de péremption de trois mois pour agir en justice, qui court depuis la réception de l'avis du refus et non pas depuis la réception de la motivation, qui peut ne jamais venir ... (DUNAND, avec références, n. 33 ad art. 8).

contre la décision de refus et le délai pour demander la motivation. Mais quels sont ces délais, respectivement depuis quand courent-ils ?

**20.3.** La LPers ne fixe pas de délai pour présenter cette demande et le délai de trois mois pour agir en justice prévu à l'article 8 al. 2 LEg ne vaut que pour les rapports de travail soumis au droit privé<sup>27</sup>. En l'absence de délai de péremption imposé par la loi et d'une décision de refus motivée, la personne qui s'estime discriminée aurait donc théoriquement le droit d'agir dans un délai de dix ans<sup>28</sup>.

**20.4.** Il tombe sous le sens que ce n'est pas praticable. On ne peut pas exiger de l'autorité d'engagement qu'elle motive son refus après plusieurs mois d'inaction de la personne concernée, alors que, dès la clôture de la procédure d'engagement, l'autorité n'a plus les dossiers de candidature, qui, pour des motifs de protection des données, sont renvoyés à la fin de la procédure d'engagement. De plus, selon la situation du marché et le type de postes, il n'est pas rare que plusieurs dizaines de postulations soient déposées ; l'autorité n'aura donc pas forcément le souvenir du cas de la personne qui se croit discriminée. Comme le montant maximal de l'indemnité doit, le cas échéant, être partagé entre toutes les personnes qui prétendent avoir été discriminées pour un même poste, devrait-on bloquer l'indemnité sur un compte jusqu'à l'expiration du délai de prescription ?

Par ailleurs, l'unité dans l'application du droit fédéral s'oppose à ce que l'autorité fixe, à son gré, un délai péremptoire lors de la notification du refus et l'on ne peut pas non plus se contenter des règles de la bonne foi sous l'angle de la sécurité juridique et sous l'angle pratique.

**20.5.** A mon avis, en attendant une modification de l'article 27 LPers, la meilleure solution serait d'interpréter littéralement l'article 13 al. 2 LEg (« En recourant *directement* contre la décision de refus » / « kann *direkt* mit Beschwerde gegen die abweisende Verfügung ») et d'exiger que la personne dépose son recours dans les trente jours dès la réception de la décision de refus, tout en lui accordant le droit de compléter son recours lorsqu'elle aura reçu la motivation, qui devrait être requise au plus tard lors du dépôt du recours. Cela me semble conforme à l'esprit des articles 83 et 85 al. 3 CPJA, puisque l'autorité a toujours la possibilité de modifier sa décision (donc de la motiver)

---

<sup>27</sup> DUNAND, n. 6 et note 8 ad art. 8.

<sup>28</sup> ARIOLI/FURRER ISELI n. 254.



jusqu'à l'envoi de ses observations au mémoire de recours (art. 85 al. 2 CPJA)<sup>29</sup>.

**21.1.** On peut également se demander si, dans sa requête de motivation, la personne concernée doit indiquer quels indices concrets de discrimination l'incitent à agir, comme semble le demander l'article 27 LPers. Selon le message relatif à la LPers, « la décision de refus devra être motivée si le candidat ou la candidate estime que ce refus repose sur un motif discriminatoire. Il faudra alors que la personne concernée rende vraisemblable ce motif pour que l'autorité soit tenue de motiver son refus. Dans pareil cas, la décision de refus est susceptible de recours (la décision de refus de motivation pouvant elle aussi être susceptible de recours), la procédure ayant alors pour objet de déterminer si le motif est ou non discriminatoire ».

**21.2.** Selon la doctrine relative à l'article 8 al. 1 LEG, dont est inspiré l'article 27 LPers, il suffit d'invoquer l'article 8 al. 1 LEG dans la demande de motivation, qui peut même être présentée par oral. Je suis de l'avis que la même règle devrait valoir pour les rapports de droit public, car l'absence provisoire de motivation est une facilité accordée à l'autorité d'engagement, alors que toute décision devrait être motivée de manière à ce que cette personne puisse se faire une idée de la décision et savoir sur quels points l'attaquer<sup>30</sup>. Il devrait donc suffire d'invoquer l'article 27 LPers et les articles 13 et 5 LEG dans la demande de motivation adressée à l'autorité d'engagement.

**22. De lege ferenda,** il faudrait régler ces questions dans la LPers. Serait-il compatible avec la force dérogatoire du droit fédéral de prévoir, le cas échéant, un délai de péremption ? J'estime que oui, car il y a des motifs objectifs qui militent clairement en faveur de cette solution : sécurité du droit, économie de procédure, pas de véritable intérêt de la personne évincée à attendre pour agir, problème du partage de l'indemnité s'il y a plusieurs recours.

---

<sup>29</sup> Cette solution présente l'inconvénient de devoir déposer un recours alors qu'on pourrait être convaincu finalement du bienfondé d'une décision motivée (ou du moins du peu de chances de succès d'un recours, étant rappelé que la victime ne bénéficie pas de l'allègement du fardeau de la preuve dans ce cas).

<sup>30</sup> ATF 122 II 362 (mais le Tribunal fédéral admet que la motivation puisse résulter d'éléments qui ne figurent pas dans la décision elle-même, ATF 131 II 305).

## VIII. REMARQUES CONCERNANT LA PROCEDURE INFORMELLE

23. Dans leur mission de conseil, de soutien et de recherche d'une solution amiable, les personnes de confiance, ainsi que le personnel du BEF et du SPO ont besoin de pouvoir assurer une certaine confidentialité à leurs interlocuteurs, notamment en cas de harcèlement sexuel. C'est pourquoi les directives du Conseil d'Etat mentionnées au chiffre 6.2 ci-dessus donnent aux personnes de confiance pour mission, entre autres, « d'entreprendre toute démarche informelle et confidentielle utile afin de faire cesser les comportements importuns » et réservent l'accord ou la demande des personnes intéressées pour informer l'autorité d'engagement et l'accord de la personne qui s'estime harcelée pour informer son ou sa supérieur-e hiérarchique.

Même si ces directives du Conseil d'Etat reposent sur une délégation légale formulée de manière très générale (art. 130 LPers), elles forment une base légale valable pour l'activité des personnes de confiance, car les règles qu'elles posent sont pratiquement intrinsèques à une application efficace des mesures demandées par la LEg et la LPers pour constater, prévenir ou faire cesser les atteintes à la personnalité de la victime. Les relations de ces directives avec les règles ordinaires de la LPers et du CPJA posent toutefois des questions lorsqu'il s'agit d'impliquer d'autres personnes dans la procédure (autorité hiérarchique ou d'engagement, témoins), notamment au sujet du secret professionnel et de l'obligation d'informer ou de dénoncer.

### A. *Dépositions*

24.1. L'article 60 LPers interdit au personnel, y compris après la cessation des rapports de service, de divulguer des faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui doivent rester secrets en raison de leur nature, des circonstances ou d'instructions spéciales. L'article 65 LPers exige une autorisation écrite de la Direction ou de l'établissement concerné pour déposer en justice sur les faits dont un membre du personnel a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ; l'autorisation ne peut toutefois être refusée que si un intérêt public majeur l'exige.

En outre, le CPJA se montre restrictif quant au recours à l'audition de témoins : l'autorité ne peut y recourir que si les faits ne peuvent être

suffisamment élucidés à l'aide d'autres moyens de preuve (art. 46 al. 2 CPJA) et seuls le Tribunal cantonal, les commissions de recours, le Conseil d'Etat, les Directions et les préfets sont habilités à l'ordonner (art. 53 al. 1 CPJA), le cas échéant, en procédant par l'intermédiaire d'une personne suffisamment qualifiée pour cette tâche (art. 53 al. 2 CPJA).

*24.2. Comment se situe l'intervention des personnes de confiance<sup>31</sup> en cas de harcèlement sexuel par rapport à ces règles ?*

On notera, tout d'abord, que leur intervention n'est pas soumise au CPJA, car elle ne tend pas à rendre une décision de caractère obligatoire (art. 4 CPJA). Vu le caractère confidentiel et non judiciaire de la procédure informelle, l'article 65 LPers n'est pas applicable et, en cas de nécessité, un membre du personnel pourrait accepter de déposer sans requérir une autorisation de la Direction ; on ne saurait d'ailleurs lui reprocher d'avoir obéi dans ce cas à une directive du Conseil d'Etat.

Les personnes entendues feront toutefois preuve de prudence dans l'exposé de faits touchant à leur activité professionnelle, par ex. en évitant de donner sans nécessité le nom de dossiers. La hiérarchie veillera en particulier à respecter la protection des données de la personne dont on se plaint ou de tiers<sup>32</sup>. On ne saurait trop conseiller au supérieur ou à la supérieure hiérarchique de demander le consentement de la personne concernée lorsqu'il paraît indispensable de faire part à une personne de confiance de certaines données personnelles sensibles même s'agissant de la personne qui a saisi la personne de confiance et en tenant compte de l'article 10 al. 1 let. c LPrD, qui autorise la communication de données personnelles si, dans le cas d'espèce, les circonstances permettent de présumer un tel consentement.

Quant à l'audition de témoins, à mon avis, l'article 53 CPJA exprime un principe de précaution à respecter autant que possible à ce stade de

---

<sup>31</sup> L'audition de témoins par la CCMES n'entre pas en considération puisque son intervention se limite à fournir un avis sur le recours ; on voit mal la CCMES mener une instruction parallèle à celle de l'autorité de recours.

<sup>32</sup> Dans la procédure informelle, la loi du 25 novembre 1994 sur la protection des données (LPrD, RSF 17.1) est applicable, et notamment ses art. 10ss relatifs à la communication des données. Elle ne s'applique par contre pas aux procédures administratives en cours (art. 2 al. 2 let. b), où le CPJA assure la pesée des intérêts (cf. not. art. 50 al. 2, 61et 64s. CPJA).

la procédure et il serait approprié, malgré ce que permettent les directives, de renoncer à l'audition par une personne de confiance des personnes qui seront probablement appelées à témoigner dans une procédure formelle ultérieure<sup>33</sup>. Il ne s'agirait d'ailleurs pas, à ce stade, d'une véritable audition de témoins, puisque les garanties procédurales spécifiques à une telle audition ne sont pas assurées<sup>34</sup>. Si une audition paraît indispensable, il faudrait au moins la confier à une personne neutre et expérimentée, car la conduite d'une telle audition peut déboucher sur une confrontation avec les parties ou leurs représentants, ce qui risque d'exiger une attitude directive et critique, guère compatible avec le statut de personne de confiance.

### *B. Obligation d'informer et de protéger*

**25.1.** Le membre du personnel qui fait l'objet d'une poursuite pénale doit informer l'autorité d'engagement, sauf si l'infraction reprochée est de peu de gravité et sans rapport avec la fonction exercée (art. 61 LPers) ; l'autorité pénale a une obligation similaire (art. 77 LPers). Par ailleurs, tout membre du personnel qui constate ou éprouve des soupçons sérieux au sujet d'un fait punissable et préjudiciable aux intérêts de l'Etat est tenu de le signaler sans retard à son autorité d'engagement, qui, le cas échéant doit le dénoncer à l'autorité pénale et en informer le Conseil d'Etat (art. 62 LPers).

Ces dispositions signifient en particulier que, hormis les personnes de confiance, les membres du personnel doivent agir si le comportement constaté ou suspecté semble relever du droit pénal, car les intérêts de l'Etat ne sont pas que ses intérêts financiers, mais aussi son image et la réputation de son personnel (cf. aussi art. 127 al. 1 LPers) ainsi que la prévention d'une éventuelle récidive, dans le même service ou ailleurs. Même en cas de doute sur le caractère pénal du

---

<sup>33</sup> A la suite de l'arrêt du TF 8C\_690/2010 du 1.11.2010, la doctrine conseille aux employeurs de droit privé de transmettre rapidement les affaires sérieuses aux autorités pénales pour que celles-ci procèdent à une instruction qui assure le respect des droits de toutes parties. Voir aussi dans l'exposé des faits de l'arrêt du TF 4C\_510/2010, les exigences des juges genevois s'agissant d'une enquête interne à une banque.

<sup>34</sup> Dans le même sens, l'article 129 al. 4 LPers prévoit que les témoignages recueillis au cours d'une enquête administrative ne peuvent pas être retenus contre un collaborateur ou une collaboratrice et doivent donc être requis à nouveau dans la procédure ultérieure.

comportement, le personnel, et en particulier la hiérarchie (art. 57 al. 1 let. c LPers), doit informer l'autorité d'engagement pour que celle-ci puisse prendre les mesures nécessaires, par ex. une suspension ou un déplacement provisoire (art. 33 LPers).

**25.2.** L'application de l'article 62 LPers peut poser problème à la victime d'un harcèlement sexuel, qui voudrait éviter la multiplication des personnes au courant de son cas et les désagréments d'une procédure formelle ainsi qu'une confrontation directe avec l'auteur-e du harcèlement.

**25.3.** D'un autre côté, l'Etat ne peut pas accepter un risque de récidive dû à l'inaction des personnes qui avaient été mises au courant d'un problème. Il faut également tenir compte des droits de la personne accusée qui doit pouvoir se défendre ; il ne serait pas admissible que son dossier personnel contienne des notes confidentielles pouvant nuire à sa réputation ou à sa carrière. En conséquence, à la différence d'une personne de confiance, un supérieur hiérarchique ne peut pas garantir valablement la confidentialité à l'égard de la personne incriminée, de l'autorité d'engagement ou d'un-e juge des propos portés à sa connaissance par la victime ou ses collègues<sup>35</sup>.

L'article 127 LPers charge l'Etat de prendre les mesures nécessaires pour protéger son personnel de menaces ou d'attaques injustifiées pour des motifs liés à l'exercice conforme de sa fonction (al. 1) et lui assurer, sur requête, une assistance juridique contre les actions des tiers ou pour lui permettre d'agir juridiquement contre ceux-ci (al. 2). L'alinéa 1 oblige l'Etat à agir que la menace soit le fait de membres du personnel ou de tierces personnes. Les mesures à l'égard du personnel sont notamment celles mentionnées aux articles 75 et 130 al. 1 LPers.

**25.4.** Selon les cas, notamment si le comportement incriminé semble relever d'une attitude collective, une enquête administrative sur le fonctionnement du service peut être ouverte. Elle sera généralement préalable à une éventuelle procédure à l'encontre de

---

<sup>35</sup> Dans l'arrêt 8C\_449/2011 du 6.06.2012 (consid. 2.3), le Tribunal fédéral a jugé que des notes relatives à l'audition en interne du personnel d'un tribunal devaient être accessibles à la personne licenciée, car elles avaient ensuite servies de base au rapport demandant à l'autorité d'engagement de procéder au licenciement.

personnes déterminées (art. 129 al. 2 LPers), dans laquelle les droits individuels seront garantis (art. 129 al. 3 et 4 LPers).

### C. *Plainte et conciliation*

**26.1.** L'article 130 al. 2 LPers prévoit que les dispositions d'exécution instituent une procédure informelle de plainte et de conciliation. Cette terminologie est reprise du droit genevois, qui toutefois instaure une procédure spécifique devant une autorité ad hoc. A Fribourg, il n'existe plus de procédure spécifique de plainte dans la LPers. La plainte prévue dans l'ancien règlement sur le personnel de l'Etat était une démarche auprès du supérieur hiérarchique réglée de manière relativement détaillée (art. 148ss aRPE), et donc pas une procédure informelle.

**26.2.** Quant à la conciliation, la terminologie est fluctuante dans les directives du Conseil d'Etat : on parle de médiation dans le titre de la section avant le chiffre 1, ainsi qu'au chiffre 3, mais de conciliation au chiffre 2. Y a-t-il une différence et sinon quel terme choisir de préférence ? Généralement dans nos lois, la conciliation est une démarche de la compétence de l'autorité saisie (par ex. art. 92 CPJA), qui laisse une grande part d'initiative aux parties. Il n'y a pas de médiation prévue dans le CPJA ; quelques lois instituent une procédure de médiation, qui se déroule devant une autorité tierce (par ex. art. 33 LInf, RSF 17.5)<sup>36</sup>. Telle qu'elle est organisée dans les directives, l'intervention des personnes de confiance devrait donc plutôt être qualifiée de médiation, mais cela reste sans portée juridique spéciale.

---

<sup>36</sup> Par comparaison, dans les procédures civiles (art. 197ss CPC), la conciliation est une phase préalable à la procédure qui, en matière de LEg, se déroule devant une autorité paritaire ; au cours de la conciliation, les dépositions ne sont pas protocolées et elles ne peuvent être invoquées dans la suite de la procédure. L'autorité paritaire peut conseiller les parties, leur faire une proposition de jugement, voire statuer à la demande du demandeur si la valeur litigieuse est inférieure à 2 000 francs. Si toutes les parties sont d'accord, la procédure de conciliation peut être remplacée par une médiation ; une médiation peut aussi être proposée au cours de la procédure au fond. La médiation est réglée par les parties et est indépendante de la procédure au fond, sous réserve de la ratification d'un éventuel accord.

## EXCURSUS : PERSONNEL COMMUNAL

a) Selon la loi sur les communes (LCo, RSF 140.1), celles-ci peuvent adopter leurs propres règles relatives au personnel, sous réserve de quelques règles fixées dans la LCo. A défaut d'un règlement communal de portée générale, les dispositions de la loi sur le personnel de l'Etat (hormis les art. 4 à 23, 132 al. 1 et 2 et 133 al. 1) ainsi que ses dispositions d'exécution s'appliquent par analogie au personnel communal à titre de droit communal supplétif (art. 70 al. 2 LCo).

Les voies de droit sont prévues par les articles 153ss LCo. S'agissant du contentieux en matière de personnel, la voie de droit contre toute décision du conseil communal est le recours au préfet, puis au Tribunal cantonal. Une réclamation auprès du conseil communal est parfois possible (cf. art. 153 al. 2 et 3 LCo).

b) Le même système vaut pour le personnel des associations de communes (art. 126 et 131 LCo).

c) La loi sur les agglomérations (LAgg, RSF 140.2) renvoie aux règles en matière de personnel communal (art. 34 al. 2 let. g LAgg) sauf pour les voies de droit. Toute décision du comité d'agglomération en matière de personnel peut faire l'objet d'une réclamation auprès dudit comité avant le recours auprès du Tribunal cantonal (art. 41 LAgg).

d) Toutes ces collectivités communales sont soumises aux règles de la LEg, qu'elles aient choisi de donner à leur personnel un statut de droit privé ou de droit public (art. 2 LEg). Si la LPers s'applique à leur personnel à titre subsidiaire, la personne concernée pourra demander à la CCMES de donner son avis en cas de recours au préfet (ou, pour l'Agglomération de Fribourg, en cas de recours au Tribunal cantonal).

---

### *Abréviations*

- LEg : loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 mars 1995 (RS 151.1)  
PA : loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (RS 172.021)  
LTF : loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)

- CPC : code de procédure civile (RS 272)  
LJ : loi du 31 mai 2010 sur la justice (RSF 130.1)  
LPers : loi du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat (RSF 122.70.1)  
RPers : règlement du 12 décembre 2002 sur le personnel de l'Etat (RSF 122.70.11)  
CPJA : code du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (RSF 150.1)  
CCMES : Commission de conciliation en matière d'égalité des sexes dans les rapports de travail  
LGC : loi du 6 septembre 2006 sur le Grand Conseil (RSF 121.1)

### ***Références bibliographiques***

La présentation des règles fédérales est essentiellement basée sur les ouvrages suivants :

ARIOLIO/FURRER ISELI, L'application de la loi sur l'égalité aux rapports de droit public, Bâle 2000

AUBERT/LEMPEN, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011

Ce dernier livre est un ouvrage collectif dont j'ai cité en note les contributions de :

- CHRISTIAN BRUCHEZ (commentaire des articles 7 et 13) ;
- JEAN-PHILIPPE DUNAND (commentaire des articles 8 et 9).