

Christine Sattiva Spring, Le TF verrouille la porte d'entrée de la LEg aux homosexuels – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_594/2018, Newsletter DroitDuTravail.ch juillet 2019

## Le TF verrouille la porte d'entrée de la LEg aux homosexuels – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_594/2018

Christine Sattiva Spring, Dr en droit, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

### I. Objet de l'arrêt

Après avoir vu son contrat de durée déterminée non renouvelé, motif pris pour l'employeur de la suppression du poste, le recourant se plaint d'une discrimination à l'embauche liée à son homosexualité. Le Tribunal administratif fédéral rejette son recours. Il est amené à se pencher sur l'application de la LEg aux homosexuels.

### II. Résumé

#### A. Faits et procédure

A. Le demandeur A a conclu avec le groupe de défense un contrat de travail de durée déterminée en qualité de commandant d'unité avec des fonctions supplémentaires à l'école X (poste militaire temporaire). Par courrier du 9 janvier 2016, le commandant de l'école X lui a communiqué qu'aucune prolongation de son contrat ne serait possible, puisque l'école ne disposait d'un poste que jusqu'à fin janvier 2016. A a sollicité une décision relative à son non-engagement en qualité de militaire temporaire. Il a soutenu que c'était en raison de son orientation sexuelle (homosexualité) qu'on avait refusé de l'engager. Il conviendrait donc d'en tirer la conséquence d'une discrimination fondée sur le sexe. Par décision du 23 janvier 2017, le groupe de défense a nié toute discrimination liée à l'orientation sexuelle, motivant le refus d'embauche par le fait que le poste n'apparaissait plus dans l'organigramme. Au surplus, du fait de son âge, A ne remplissait plus les conditions pour un engagement comme futur officier professionnel.

B. Le recours interjeté par A contre cette décision a été rejeté par le Tribunal administratif fédéral le 7 août 2018. Par recours en matière de droit public, A a alors saisi le Tribunal fédéral en concluant à la nullité de la décision du 7 août 2018 ainsi que la non-embauche du 23 janvier 2017, au paiement d'une indemnité fixée à dire de justice ainsi qu'à un montant minimum de

CHF 20'000.- à titre de tort moral. Subsidiairement, il a conclu au paiement d'une indemnité pour discrimination à l'embauche. Le groupe de défense a conclu au rejet du recours. Le Bureau fédéral pour l'égalité homme/femme a préavisé en faveur de l'admission du recours.

## **B. Le droit<sup>1</sup>**

- 1.1 Le Tribunal fédéral examine d'office les conditions d'entrée en matière avec une libre cognition.
- 1.2 Le jugement entrepris, du Tribunal fédéral administratif, est une décision en matière de rapport de travail de droit public concernant une contestation non pécuniaire ; en principe, le recours en matière de droit public est exclu dans de telles causes, sauf si elles touchent à la question de l'égalité des sexes (art. 83g LTF). La présente cause concerne une demande d'indemnisation fondée sur une prétendue discrimination à l'embauche. Bien qu'il n'y ait pas encore de contrat de travail conclu, la cause s'inscrit dans un litige dans le domaine des relations de travail de droit public au sens de l'art. 85 al. 1b LTF en lien avec l'art. 13 al. 1 LEg, étant précisé que le Tribunal fédéral a déjà jugé qu'en vertu de cette dernière disposition, une discrimination dans la constitution du rapport de travail peut justifier un dédommagement.
- 1.3 Selon l'art. 34 al. 3 de la Loi sur le personnel de la Confédération dans sa teneur au 1<sup>er</sup> juillet 2013, les personnes dont la candidature à un poste a été rejetée ne peuvent exiger qu'une décision susceptible de recours soit rendue. Il en découle que, dans de tels cas, aucun recours au Tribunal fédéral n'est possible quand bien même la contestation serait de nature patrimoniale. Cependant, des voies de droits existent quand la discrimination peut se fonder sur l'art. 3 LEg, ce qui résulte clairement de l'art. 83g LTF et de l'art. 13 al.2 LEg, en relation avec l'art. 5 al. 2 LEg. Il est toutefois clair, à la lecture de ces textes, que le Tribunal ne peut annuler une non-embauche, mais uniquement attribuer une indemnisation au postulant refoulé.
- 1.4 La recevabilité du recours présuppose que l'objet de la contestation tombe sous le coup de la LEg. Pour l'instance précédente, la discrimination directe prétendue par le recourant n'entre pas dans le champ d'application de la LEg. La question de l'applicabilité et de l'étendue de la LEg aux prétentions formulées est une question qui relève tant du droit matériel que de la recevabilité. Il s'agit donc d'un état de fait de double pertinence. Il suffira alors que les faits allégués, qui revêtent une importance aussi bien pour la recevabilité du recours que pour son admission au fond (double pertinence) aient une certaine probabilité
- 2.1 Le recours en matière de droit public peut être interjeté pour violation des art. 95 et 96 LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les arguments invoqués dans le recours ni par les considérants de la juridiction inférieure ; il peut admettre un recours par substitution de motif et le rejeter avec un raisonnement différent de celui de l'instance inférieure. Au surplus, compte tenu de l'obligation générale de motivation de l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués, à moins que les irrégularités juridiques ne soient évidentes.

---

<sup>1</sup> Compte tenu du fait qu'il s'agit du premier arrêt du TF sur la question de l'application de la LEg aux homosexuels, les considérants 3 et 4 ont été traduits pratiquement in extenso.

- 2.2 Selon l'art. 105 LTF, le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par la juridiction inférieure. Il peut rectifier ou compléter d'office les constatations de fait manifestement inexacts ou établies en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF.
- 3.1 Est litigieuse la question de savoir si le non-engagement du recourant résulte d'une discrimination à raison du sexe au sens de l'art. 3 al. 1 LEg, ainsi que, cas échéant, s'il a droit à une indemnité (art. 5 al. 2 et art. 13 al. 2 LEg). Est en particulier litigieuse la question de savoir si une discrimination à raison de l'orientation sexuelle peut constituer une discrimination directe au sens de l'art. 3 al. 1 LEg.
- 3.2 Selon l'art. 8 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique. Selon l'art. 8 al. 3 Cst., l'homme et la femme sont égaux en droits. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. La loi sur l'égalité a pour but de promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes (art. 1 LEg). Il est interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale ou, s'agissant de femmes, leur grossesse (art. 3 al. 1 LEg). L'interdiction de toute discrimination s'applique notamment à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et à la formation continue, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail (art. 3 al. 2 LEg). Lorsque la discrimination porte sur un refus d'embauche, la personne lésée ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité (art. 5 al. 2 LEg). Celle-ci ne peut excéder le montant correspondant à trois mois de salaire (art. 5 al. 4 LEg). Une telle indemnité peut aussi être réclamée dans le cadre d'un rapport de travail de droit public (art. 13 al. 2 LEg ; TF 1C\_37/2007 du 10 juillet 2007, c. 4.1, non publié à l'ATF 133 II 257).
- 4.1 L'instance précédente a considéré que les discriminations à raison de l'orientation sexuelle, en particulier à cause de l'homosexualité, ne pourraient être considérées comme des discriminations à raison du sexe au sens de l'art. 3 al. 1 LEg que si elles étaient de nature à discriminer de manière exclusive ou prépondérante les représentants de l'un des deux sexes par rapport à l'autre. Cela serait notamment le cas si l'employeur était certes prêt à engager des femmes homosexuelles, mais pas des hommes homosexuels ou inversement. Il en résulterait qu'en principe, seules de telles discriminations à raison de l'orientation sexuelle entreraient dans le champ d'application de la LEg et pourraient, cas échéant, fonder une prétention au versement d'une indemnité en raison d'un refus d'embauche sur la base de l'art. 13 al. 2, 1<sup>re</sup> phrase LEg en lien avec l'art. 5 al. 2, 1<sup>re</sup> phrase LEg. Le recourant n'aurait pas allégué avoir fait l'objet d'une discrimination à raison de son orientation sexuelle dans le sens exposé ci-dessus. Il se serait au contraire contenté de reprocher à l'employeuse de ne pas (ou plus) l'avoir engagé en raison de son homosexualité. Il n'aurait en revanche pas allégué que l'employeuse ne prendrait d'une manière générale pas en considération les postulations d'hommes homosexuels pour des postes de militaires contractuels ou pour d'autres postes disponibles, contrairement aux postulations similaires de femmes homosexuelles. Il n'aurait pas non plus affirmé qu'elle ne

prendrait d'une manière générale pas en considération les postulations des intéressés et intéressées homosexuels et ce de manière prépondérante au détriment des premiers. Cela ne ressortirait pas du dossier. Il n'existerait pas non plus d'autres indices en faveur d'une telle pratique. En conséquence, il n'y aurait pas de discrimination à raison du sexe au sens de la LEg, ce indépendamment de la question de savoir si le poste de militaire contractuel en question existait toujours et, cas échéant, pour quels motifs l'employeuse n'a pas retenu la candidature du recourant pour ce poste.

- 4.2 Le recourant allègue que RAINER J. SCHWEIZER considère explicitement, s'agissant de la discrimination à raison du sexe, que l'art. 8 al. 2 Cst. prend tout son sens dans les cas de discriminations à raison de l'orientation sexuelle. La discrimination à raison de l'orientation sexuelle devrait en conséquence être considérée comme une discrimination à raison du sexe. Il faudrait en conclure que, dans le contexte de l'art. 3 al. 1 LEg, une discrimination à raison de l'orientation sexuelle devrait être considérée comme une discrimination à raison du sexe et qu'elle serait ainsi protégée par la LEg. En pratique, une discrimination à raison de l'orientation sexuelle serait considérée comme tombant sous le coup de l'art. 3 al. 1 LEg. L'argumentation de l'instance précédente ne serait en conséquence pas convaincante. Ainsi, une discrimination à raison de l'orientation sexuelle constituerait une forme de discrimination directe au sens de l'art. 3 LEg. L'instance précédente aurait donc violé le droit fédéral en rejetant le recours au motif qu'aucune base légale ne fonderait le droit à l'indemnité réclamée.
- 4.3.1 La loi s'interprète en premier lieu selon la lettre de la disposition (composante grammaticale). Si celle-ci est claire, c'est-à-dire univoque et sans ambiguïté, on ne peut s'en écarter qu'en présence d'une raison sérieuse de penser que le texte de la loi ne reflète pas son « sens véritable ». Une telle supposition peut résulter de la genèse de la disposition (historique), de son but (téléologique) ou de son lien avec d'autres dispositions (systématique), soit notamment lorsque l'interprétation grammaticale aboutit à un résultat que le législateur ne peut pas avoir souhaité. (ATF 142 V 402 c. 4.1 p. 404 s. et réf.).
- 4.3.2 Le TF rappelle la teneur de l'art. 3 LEg dans les différentes langues officielles.
- 4.3.3 Selon l'art. 3 al. 1 LEg, les travailleurs ne doivent être discriminés ni directement ni indirectement à raison de leur sexe. Grammaticalement, il ressort que la discrimination doit être en rapport avec le sexe. Il y a en outre lieu de rappeler la teneur de l'art. 1 LEg, selon lequel la LEg a pour but de promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes. Il peut donc être déduit du but de la loi qu'elle concerne l'égalité des sexes.
- 4.3.4 Le Conseil Fédéral a exposé, dans son message sur la LEg, que le but de la loi était de concrétiser, par voie législative, le mandat constitutionnel de l'art. 4 al. 2 aCst. (aujourd'hui art. 8 al. 3 Cst.) de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes. Le but de la loi serait de parvenir à une égalité de fait entre femmes et hommes (Message concernant la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes [Loi sur l'égalité] du 24 février 1993, FF 1993 I 1163 s.). Une discrimination est dite directe lorsqu'elle se fonde explicitement sur le critère de l'appartenance à un sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à l'un des deux sexes et qu'elle n'est pas justifiée objectivement. Une discrimination est en revanche qualifiée d'indirecte lorsque le critère utilisé pourrait certes s'appliquer à l'un ou l'autre sexe, mais qu'il a ou peut avoir pour effet de discriminer une proportion considérablement plus grande de

personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans que cela soit justifié objectivement (FF 1993 I 1210). L'énumération des critères dans l'art. 3 n'a pas un caractère exhaustif. Un autre exemple qui peut être mentionné est notamment l'orientation sexuelle, pour autant que celle-ci soit de nature à désavantager une plus grande proportion de personnes de l'un des deux sexes. Le critère du sexe est en principe prohibé (FF 1993 I 1212). Durant les débats parlementaires, il a été mentionné de manière répétée que la loi avait pour but la promotion de l'égalité de fait entre femmes et hommes. La finalité d'un monde du travail dans lequel les deux sexes seraient effectivement égaux a été affirmée. Une discrimination directe serait un traitement défavorable à raison d'une caractéristique qui ne pourrait s'appliquer qu'à l'un des deux sexes sans être justifié objectivement. L'objectif de l'égalité des chances entre hommes et femmes a également été mis en exergue.

4.3.5 Conformément à la définition donnée dans le Message, la jurisprudence estime qu'il y a discrimination directe selon l'art. 3 al. 1 LEg lorsqu'un traitement discriminatoire se fonde explicitement sur le critère de l'appartenance à un sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à un des deux sexes, sans être justifié objectivement. Il est en revanche question d'une discrimination indirecte lorsqu'une règle formellement neutre quant au sexe a pour résultat de désavantager notablement plus de représentants – respectivement de manière prépondérante les représentants – de l'un des deux sexes par rapport à l'autre sans justification objective (ATF 144 II 65 c. 4.1 p. 68 ; 141 II 411 c. 6.1.2 p. 419 ; 125 I 71 c. 2a p. 79 ; 124 II 409 c. 7 p. 424 s. ; TF 4A\_395/2010 du 25 octobre 2010 c. 5.1).

4.3.6 Selon la doctrine dominante, les discriminations résultant de l'orientation sexuelle (hétéro-, homo-, ou bisexualité) sont à mettre relation avec le critère du « mode de vie » de l'art. 8 al. 2 Cst. L'interdiction de la discrimination à raison de l'identité sexuelle (intersexualité et transidentité) est liée au critère du « sexe ». BERNHARD WALDMANN est d'avis que l'orientation sexuelle fait partie des caractéristiques sensibles au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. Celle-ci n'appartiendrait néanmoins pas à l'ensemble des éléments constitutifs d'une discrimination à raison du sexe, car il ne s'agirait pas en l'espèce de la « sexualité » d'une personne, mais au contraire d'une préférence sexuelle interne – et qui n'est en conséquence pas immédiatement apparente – orientée vers l'un ou l'autre sexe ou même les deux sexes. L'orientation sexuelle ne pourrait ainsi correspondre à aucune des caractéristiques nommées à l'art. 8 al. 2 Cst. et constituerait donc une caractéristique personnelle distincte de celles énumérées à l'art. 8 al. 2 Cst. Ce n'est que lorsque cette prédisposition serait vécue dans le cadre d'un partenariat qu'il y aurait lieu d'appliquer l'interdiction de la discrimination à raison du mode de vie. Selon SCHWEIZER, les discriminations à raison de l'orientation sexuelle tombent sous le coup de l'interdiction de discriminer à raison du critère du sexe selon l'art. 8 al. 2 Cst. Il admet néanmoins également que, conformément à la volonté du législateur, le critère du mode de vie avait notamment pour but de protéger les personnes à tendances homosexuelles, ainsi que les concubinats hétérosexuels et homosexuels. STÉPHANIE FÄSSLER range également l'interdiction de la discrimination à raison de l'orientation sexuelle sous l'art. 8 al. 2 Cst. et estime que la protection contre la discrimination dans le cadre du droit du travail est garantie par la protection de la personnalité de l'art. 28 CC. WYLER/HEINZER nient l'applicabilité de la LEg aux discriminations en lien avec l'homosexualité, au motif que l'interdiction de

discrimination à raison de l'homosexualité serait garantie par l'art. 8 al. 2 Cst., car elle doit être rapportée au critère du mode de vie. Dans ce contexte, il y a également lieu de renvoyer au Message du Conseil Fédéral relatif à la Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 29 novembre 2002 (FF 2003 1192 ss). Il y est précisé qu'il résulte de la genèse du concept de mode de vie de l'art. 8 al. 2 Cst. que celui-ci vise non seulement les orientations homosexuelles, respectivement la vie conjointe avec des personnes de même sexe, mais également d'autres modes de vie. L'interdiction de discrimination des personnes homosexuelles a ainsi une autre base constitutionnelle que le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes de l'art. 8 al. 3 Cst. Le Conseil Fédéral poursuit en affirmant que le seul principe général d'interdiction de discriminer n'implique pas une égalité de traitement absolue (au contraire de l'art. 8 al. 3 Cst.). En conséquence, le législateur a, pour tenir compte de la nouvelle institution juridique que constituait le partenariat enregistré, procédé entre autres à des modifications du CO, mais pas de la LEg. WYLER/HEINZER en déduisent que le législateur ne voulait pas étendre le champ d'application de la LEg au partenariat enregistré et encore moins aux personnes homosexuelles.

- 4.4.1 Une partie de la doctrine est d'avis que, lorsque des personnes sont traitées de manière inéquitable en raison de leur homosexualité, il s'agirait d'une forme de discrimination directe au sens de l'art. 3 al. 1 LEg. Dans leurs écrits, ces auteurs reconnaissent certes que la loi sur l'égalité a pour but la promotion de l'égalité entre femmes et hommes dans le monde du travail (art. 1 LEg) et que le texte de l'art. 3 al. 1 LEg pose le principe correspondant de l'interdiction de la discrimination à raison du sexe. Ils reconnaissent également que les discriminations sur le lieu de travail à raison de la transidentité et/ou de l'homosexualité, respectivement de la bisexualité des travailleurs ne sont pas explicitement interdites par la loi sur l'égalité. Néanmoins, selon ces auteurs, les lesbiennes, gays et les bisexuels, ainsi que les personnes trans et inter (LGBTI) pourraient invoquer, en cas de discrimination dans le monde du travail, la loi sur l'égalité et les facilités procédurales qu'elle accorde. Ils argumentent que l'applicabilité de la LEg aux cas de discrimination liés au fait que les concernés soient trans- ou inter- serait unanimement approuvée par la doctrine car ces catégories seraient directement rattachées au concept classique de sexe. La doctrine est un peu plus critique, mais néanmoins majoritairement en faveur de l'applicabilité de la LEg aux discriminations à raison de l'homosexualité, respectivement de la bisexualité des concernés. L'énumération des trois critères complémentaires de l'art. 3 al. 1 LEg n'aurait pas de caractère définitif et pourrait, entre autres, aussi englober le critère de l'orientation sexuelle, en particulier lorsque les homosexuels se comportent d'une manière contraire aux attentes sociétales liées à leur sexe. Les personnes LGBTI contrediraient les normes sociales traditionnelles, les attentes classiques liées aux apparences masculines/féminines et/ou aux comportements masculins/féminins. L'interdiction de la discrimination aurait justement pour objectif de tirer un trait sur de telles attentes et de tels stéréotypes. Dans la doctrine juridique dominante, cette interdiction serait de plus en plus considérée comme une interdiction de la discrimination à raison de déviations aux normes sexospécifiques. De ce fait, le sexe ne pourrait être uniquement qualifié comme une catégorie génitale et biologique, mais également en fonction des attentes sociales qui y sont rattachées et qui visent à ce que chacun se comporte conformément au rôle défini par son genre. Le concept de genre tel qu'il serait conçu actuellement compte tenu de l'évolution sociétale

légitimerait en conséquence l'application de l'art. 3 LEg aux cas de discriminations à raison de l'orientation sexuelle (LEMPEN/VOLODER, Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, SJZ 2018 p. 86 ss. ; KARINE LEMPEN *in* : Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, 2011, n° 4 ad art. 3 LEg ; ELISABETH FREIVOGEL, *in* : Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2<sup>e</sup> édition 2009, n° 17 ad art. 3 LEg). Les personnes homo- et bisexuelles ne rempliraient souvent pas les rôles qui leur sont attribués en fonction d'une compréhension conservatrice du concept de genre et ne seraient en conséquence pas conformes à l'image d'un « vrai » homme ou d'une « vraie » femme. Dans la mesure où ils ne rempliraient ainsi pas leur « rôle sexuel » de la manière dont on l'attend d'eux et subiraient pour ce motif une discrimination sur le lieu du travail, ces discriminations tomberaient clairement dans le champ d'application de la loi sur l'égalité, car il s'agirait en fin de compte de discriminations à raison du sexe (STAUBER-MOSER/VOLODER, Gleichstellungsgesetz wird es noch lange brauchen, *in* : Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 2016, p. 122).

4.4.2 JAKOB UEBERSCHLAG, qui soutient le point de vue contraire, argumente que l'existence d'une discrimination directe présuppose en principe qu'une mesure, un règlement ou un accord fasse explicitement référence à l'appartenance à un sexe, et, qu'en conséquence, une discrimination sexospécifique doit être formellement apparente. Le fait d'assimiler d'une manière générale l'orientation sexuelle aux éléments constitutifs d'une discrimination (directe) à raison du sexe sans que les représentants d'un sexe particulier ne soient désavantagés de manière exclusive ou au moins prépondérante ne serait pas conforme à la *ratio legis* de la loi sur l'égalité, compte tenu du fait qu'aussi bien les hommes que les femmes peuvent être homosexuels, de sorte que la sexospécificité nécessaire ferait défaut. Il devrait en aller autrement lorsque l'employeur serait certes prêt à engager des femmes homosexuelles, mais pas des hommes homosexuels ou inversement. Dans de tels cas de figure, il y aurait un lien direct avec le sexe du candidat, respectivement avec les attentes liées au rôle sexuel qu'il serait censé remplir (Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis [Art. 3 Abs. 2 GIG], 2009, n° 37 et 53). BAUR/ROSSINELLI sont également d'avis qu'une discrimination à raison de l'orientation sexuelle ne serait pas assimilable à une discrimination directe. Une candidate refusée en raison de son sexe pourrait prétendre au versement d'une indemnité conformément à l'art. 5 LEg. Une protection correspondante contre la discrimination n'existerait néanmoins pas en cas de refus d'embauche à raison de l'orientation sexuelle malgré la référence de l'art. 8 al. 2 Cst. au mode de vie. En cas de discrimination à raison de l'orientation sexuelle, il n'existerait pas, dans le cadre des relations précontractuelles, de dispositions particulières sur la base desquelles un candidat pourrait prétendre au versement d'une indemnité de manière analogue à ce que prévoit l'art. 5 al. 2 LEg. En cas de refus d'embauche en raison de son orientation sexuelle, l'employé pourrait en revanche tenter une action pour atteinte aux droits de la personnalité (Arbeits- und Dienstrecht, dans : Rechte der Lesben und Schwulen in der Schweiz, 2007, p. 372 et p. 378 n° 53, dans lequel les deux auteurs déclarent qu'une discrimination à raison de l'orientation sexuelle pourrait constituer une discrimination indirecte selon l'art. 3 al. 1 LEg). MONIQUE COSSALI SAUVAIN est également d'avis qu'un comportement de l'employeur, de nature à traiter inéquitablement les femmes et les hommes homosexuels en raison de leurs préférences sexuelles ne peut pas tomber dans le champ d'application de la LEg. Un tel comportement pourrait en

revanche tomber sous le coup d'autres dispositions légales, comme l'art. 328 CO. Il en irait autrement dans la mesure où un employeur traiterait les femmes homosexuelles d'une manière différente des hommes homosexuels, ou inversement. Un tel cas pourrait constituer une discrimination à raison du sexe au sens de la LEg (*in* : Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, 2011, n° 17 ss. ad art. 1 LEg ; voir également JEAN-PHILIPPE DUNAND, L'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité [LEg], *in* : Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 2016, p° 38 s.).

- 4.4.3 Les cas tirés de la pratique cités dans la doctrine, dans lesquels il est question d'une discrimination à raison de l'orientation sexuelle concernant exclusivement des procédures devant des autorités de conciliation. Faute d'accord, une autorisation de procéder a été délivrée dans trois de ces cas ([www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch), cas ZH 348, ZH 218, AG 46 ; consulté le 21 mars 2019). Dans un cas, les parties ont conclu un accord sur proposition de l'autorité de conciliation après que celle-ci a déclaré que le fait de poser une question relative à l'orientation sexuelle durant l'entretien d'embauche serait inapproprié et discriminatoire au sens de la LEg. Cette décision n'est néanmoins pas motivée ([www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch), cas ZH 71 ; consulté le 21 mars 2019).
- 4.5.1 A l'instar de l'instance précédente, il y a lieu de suivre l'opinion doctrinale selon laquelle une discrimination directe selon l'art. 3 al. 1 LEg à raison de l'orientation sexuelle ne saurait entrer en ligne de compte. Comme exposé plus haut (voir c. 4.3.6), de nombreux indices tendent à démontrer que telle n'était pas la volonté du législateur compte tenu de la manière dont elle s'est notamment manifestée au moment de la genèse de la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (Loi sur le partenariat, LPart ; RS 211.231). En outre, il est correct de dire qu'autant les hommes que les femmes peuvent être homosexuels. Il manque, dans pareils cas, l'élément sexospécifique nécessaire. Cette approche est en outre conforme au but de la LEg (égalité de fait entre femmes et hommes) ainsi qu'au texte de la disposition (discrimination à raison du sexe). Une discrimination ne peut donc être considérée comme directe que si elle est liée à l'appartenance à un sexe ou à un critère spécifique à l'un des deux sexes et ne repose pas sur un motif justifié. Pour cette raison, comme exposé dans le c. 4.3.6, le constituant a également rangé l'orientation sexuelle avec le critère du mode de vie dans le catalogue des interdictions générales de la discrimination de l'art. 8 al. 2 Cst. et non avec le principe de l'égalité des droits des hommes et des femmes de l'art. 8 al. 3 Cst.
- 4.5.2 L'opinion contraire ne convainc pas. L'argumentation essentiellement soutenue selon laquelle les homosexuels se comporteraient d'une manière contraire aux attentes sociales liées à leur sexe et dont on devrait déduire que la discrimination correspondante devrait être considérée comme une discrimination à raison du sexe vaut autant pour les femmes homosexuelles que pour les hommes homosexuels. Elle n'est en conséquence pas sexospécifique au sens de l'art. 3 al. 1 LEg. Comme l'instance précédente l'a correctement exposé, les discriminations à raison de l'orientation sexuelle ne sauraient être considérées comme des discriminations à raison du sexe au sens de l'art. 3 al. 1 LEg que si elles sont de nature à désavantager les représentants de l'un des deux sexes de manière exclusive ou prépondérante. Une telle discrimination n'a pas été invoquée par le recourant. Il se borne au contraire à alléguer qu'il n'a pas



été engagé en raison de son homosexualité. En conséquence, il n’y a pas lieu d’examiner la question d’une éventuelle discrimination indirecte au sens de l’art. 3 al. 1 LEg.

En outre, le recourant n’invoque pas (au sens de l’art. 106 al. 2 LTF) qu’il aurait droit à une décision sujette à recours sur la base de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales (Convention Européenne des Droits de l’Homme, CEDH ; RS 0.101), du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économique, sociaux et culturels (ONU-Pacte I ; RS 0.103.1), du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (ONU-Pacte II ; RS 0.103.2) ou de la Convention du 18 décembre 1979 sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes. Enfin, la question de l’existence d’une discrimination à raison de l’orientation sexuelle au sens de l’art. 8 al. 2 Cst. ou d’une autre disposition (notamment la CEDH, les pactes des Nations Unies ou un autre accord international) ne fait pas l’objet de cette procédure (c. 1.3 et 1.4).

- 4.6 Il en résulte que la décision de l’instance précédente ne viole pas le droit fédéral. Le recours s’avère en conséquence infondé, dans la mesure où il est recevable.

### III. Analyse

1. Alors qu’on sait le Tribunal fédéral très friand de ne pas trancher des questions délicates, en indiquant qu’elles peuvent rester ouvertes, puisqu’il y a matière à décider du sort du recours sur d’autres éléments déjà, on s’étonne de l’élan pris par nos juges fédéraux en avril dernier pour tenter de décortiquer si la LEg s’applique ou non à des discriminations fondées sur l’orientation sexuelle. Cette position étonne ici d’autant plus que notre Haute cour avait divers arguments qu’elle pouvait invoquer sans devoir trancher cette question, dans une affaire où elle pouvait rejeter le recours pour d’autres motifs.

En l’espèce, le recourant voulait être engagé à un poste qui avait été supprimé. Il se plaignait dès lors de discrimination à l’embauche au sens des art. 8/13 LEg. On ne saurait clairement blâmer les tribunaux lorsqu’ils ont constaté qu’il n’y avait pas matière à lui donner raison. En effet, une discrimination à l’embauche suppose que l’on imagine engager quelqu’un pour un poste qui est ouvert. L’art. 8 LEg, auquel renvoie l’art. 13 par l’intermédiaire des dispositions topiques de la LPers, s’applique à la victime d’un refus d’embauche discriminatoire, c’est-à-dire à la personne qui n’a pas été engagée en raison de son sexe sans qu’il existe de motifs justificatifs<sup>2</sup>.

Dès lors, dans la mesure où il n’y a pas d’embauche qui était prévue, il paraît difficile de construire une discrimination au sens des art. 8/13 LEg. Sans l’élément constitutif d’une candidature écartée en raison du sexe, pour un poste donné, la LEg n’a pas vocation à s’appliquer. Le TF aurait pu s’en tenir à cette explication-là.

---

<sup>2</sup> JEAN-PHILIPPE DUNAND, N. 1 ad. art. 8 LEg, in : GABRIEL AUBERT ET KARINE LEMPEN (éds), Commentaire de la loi fédérale sur l’égalité, Genève, 2011.

2. Certes, trancher ainsi aurait nécessité de déclarer le recours éventuellement recevable, tout en laissant explicitement ouverte la question de l'application de la LEg aux cas de discrimination fondés sur l'homosexualité. En effet, comme le TF l'a relevé, en matière de rapports de travail de droit public, les postulants n'ont pas de voie de droit ouverte pour contester leur refus d'embauche lorsqu'ils ne peuvent se fonder sur une discrimination à raison du sexe (ou du genre). Au sens de la LEg, le refus d'embauche discriminatoire constitue une décision sujette à recours conformément aux dispositions générales du droit administratif, qui prend le pas sur les règles légales ou jurisprudentielles selon lesquelles la création initiale des rapports de travail ne peut pas être revue judiciairement<sup>3</sup>.

Comme le TF l'a relevé, la théorie des faits de double pertinence trouvait ici tout son sens, puisque la question de la recevabilité du recours présupposait l'applicabilité de la LEg au fond du litige.

En l'espèce, c'est le recourant lui-même qui avait mis en avant son homosexualité pour en déduire qu'il avait été victime d'une discrimination à l'embauche. Cela étant, en restant sur le terrain de cette discrimination, beaucoup plus difficile à établir vu l'absence de rapports de travail préexistants et l'inapplicabilité de l'art. 6 LEg qui allège le fardeau de la preuve, la Haute cour avait des arguments juridiques largement suffisants pour rejeter son recours.

3. Contrairement aux instances de conciliation cantonales<sup>4</sup>, la jurisprudence fédérale n'avait pas encore été saisie de l'application de la LEg aux homosexuels qui se plaindraient de discrimination fondée sur le genre et établiraient en particulier être l'objet d'un traitement défavorable et discriminant par rapport à des collègues, hommes ou femmes, attirés par l'autre sexe. Les arguments des juges fédéraux pour rejeter le recours au fond se concentrent sur l'analyse grammaticale de la loi, sur les travaux parlementaires et sur l'absence de toute modification de la LEg au moment de l'adoption de la LPart.

A titre préliminaire, on rappelle qu'il s'agissait, lors des travaux menant à l'adoption de la LEg, de rattraper des dizaines d'années de retard sur les pays alentours en matière d'égalité entre les sexes, comme le Conseil fédéral l'avait mentionné déjà dans son Message de 1979 en lien avec l'initiative pour l'égalité des droits entre hommes et femmes, qui a donné lieu au contre-projet adopté par le constituant le 14 juin 1981 sous forme de l'art. 4 al. 2 aCst.<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> CHRISTIAN BRUCHEZ, N. 43 ad art. 13 LEg in : GABRIEL AUBERT ET KARINE LEMPEN (éds), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève, 2011 ; JEAN-PHILIPPE DUNAND, l'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité, in : JEAN-PHILIPPE DUNAND, KARINE LEMPEN, PASCAL MAHON (éds). L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, Genève/Zürich 2016, p. 35 ss, 60.

<sup>4</sup> KARINE LEMPEN/ANER VOLODER, Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, RSJ 114/2018, p. 81-89, p. 87.

<sup>5</sup> FF 1980 I 73, notamment pp. 88-109.

A l'époque, l'actuel art. 8 al. 2 Cst. n'existait pas, et l'interprétation historique que le TF veut donner de la LEg en se fondant sur les travaux parlementaires omet complètement que la situation n'est plus la même aujourd'hui, 25 ans après les travaux préparatoires, dans une société qui a beaucoup changé sur de multiples aspects<sup>6</sup>. En se référant aujourd'hui encore aux débats parlementaires sur une question qui est devenue très actuelle depuis<sup>7</sup>, on perpétue une idée extrêmement simpliste de l'identité de genre, qui paraît se résumer, pour le Tribunal fédéral, à une identité de sexe. C'est la raison pour laquelle il a été soutenu en doctrine que des hommes homosexuels ne pourraient invoquer la LEg que s'ils étaient traités différemment des femmes lesbiennes, la comparaison étant ainsi réduite de manière drastique.

Or le caractère exemplatif de l'art. 3 al. 1 LEg n'est nullement remis en cause, et on ne voit pas que la notion d'orientation sexuelle ne pourrait s'y rattacher. On relève ici que l'argument tiré de la loi sur le partenariat enregistré, qui se réfère à la notion de mode de vie, n'est pas convaincant ; cette loi n'est pas en phase avec les problématiques rencontrées dans le cadre des rapports de travail. On ne voit dès lors pas pourquoi il aurait fallu modifier la LEg, dont on rappelle qu'elle ne s'applique qu'aux seuls rapports de travail, à l'exclusion des régimes d'assurance qui sont liés au poste de travail ; l'interprétation de la loi non pas historique mais téléologique permettait de se passer d'une révision.

4. Contrairement à l'opinion exprimée dans la jurisprudence fédérale, mais probablement de manière conforme à l'avis de LEMPEN et VOLODER<sup>8</sup>, il faut se rendre à l'évidence du terrain : hommes ou femmes homosexuels ne sont pas conformes, sur le marché du travail, aux qualités assignées généralement à leur sexe biologique. Les caractéristiques du leadership et du commandement, associées aux compétences historiquement considérées comme masculines ne sont habituellement pas reconnues aux hommes homosexuels, tout comme elles sont déniées aux femmes ; l'empathie et le care, qualités que les hommes ne présentent souvent pas, sont généralement considérées comme inexistantes chez les femmes homosexuelles.

On rappelle que la LEg avait également pour objectif, relevé d'ailleurs dans le Message du Conseil fédéral, de combattre les stéréotypes : dans cet ordre d'idée, étendre le champ d'application de la loi aux homosexuels, victimes de préjugés tels que ceux que la loi sur l'égalité voulait abolir, devrait s'imposer.

5. On savait le TF peu enclin à une application extensive de la LEg. Les arrêts récents liés à des problématiques de harcèlement en témoignent. La solution finale de l'arrêt doit certes être approuvée, ce d'autant que le recourant n'a même pas tenté de se prévaloir de conventions internationales telles la CEDH.

---

<sup>6</sup> Même si certaines composantes de l'égalité, comme l'égalité salariale, divisent encore et toujours les chambres fédérales : les interventions parlementaires ayant précédé la modification de la LEg du 14 décembre 2018 en témoignent de manière éloquent.

<sup>7</sup> On en veut pour preuve notamment la feuille de route contre l'homophobie et les discriminations liées à l'orientation sexuelle, votée au sein du parlement européen en 2014.

<sup>8</sup> KARINE LEMPEN/ANER VOLODER, Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, RSJ 114/2018, p. 81-89 et références citées p. 86.

On tient cependant à rappeler la problématique de la discrimination multiple, qui vise notamment les femmes homosexuelles pour deux motifs, tant du fait de leur qualité de femme que de leur homosexualité. Dans ce genre de cas, le comité CEDEF souligne la nécessité de tenir compte des particularités de situations entre femmes, pour éviter des effets pervers<sup>9</sup>. Il serait dommage que la Suisse, qui a ratifié la Convention et son protocole facultatif, se fasse remettre à l'ordre pour refuser de reconnaître les formes multiples et croisées de discrimination.

---

<sup>9</sup> ELÉONOR KLEBER, n. 38 ad art. 1 CDEF, p. 37 in : MAYA HERTIG RANDALL/MICHEL HOTTELIER/KARINE LEMPEN, CEDEF-La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son protocole facultatif, Genève-Zürich 2019 ; KARINE LEMPEN, op. cit., n. 35 ad art. 11 CDEF et références citées.