



L'EXPERT

Comment prouver une discrimination à l'embauche?



JEAN-PHILIPPE DUNAND
AVOCAT ET PROFESSEUR
DE DROIT DU TRAVAIL
À L'UNIVERSITÉ
DE NEUCHÂTEL

Une personne postule pour être engagée dans une entreprise. Sa candidature n'est pas retenue, sans motif justificatif, pour une raison dépréciative liée à son appartenance à un groupe déterminé (origine, race, sexe, âge, etc.). Il est très rare en pratique qu'une telle personne se plaigne en justice d'une discrimination à l'embauche.

Deux paramètres la dissuadent généralement d'agir. Premièrement, il n'existe pas de droit à être embauché. Il faut donc se limiter à des prétentions pécuniaires (réparation du tort moral) dont l'octroi est aléatoire. Deuxièmement, la preuve de la discrimination et son caractère causal dans la décision de refus d'embauche sont difficiles à apporter, d'autant plus que les éléments décisifs ont souvent été exprimés oralement.

Lorsque la discrimination est fondée sur le sexe, la situation est un peu différente car la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes contient quelques règles spécifiques. Une femme ne peut être exclue de l'accès à un emploi en raison de son sexe (état civil, situation familiale, grossesse, etc.). En cas de refus d'embauche discriminatoire, la victime peut prétendre à une indemnité cor-

respondant à trois mois du salaire auquel elle aurait eu droit si elle avait été engagée.

Les tribunaux ont parfois admis l'existence d'un refus d'embauche discriminatoire fondé sur le sexe. Tel a, par exemple, été le cas d'une femme qui avait répondu lors de l'entretien d'embauche qu'elle envisageait d'avoir des enfants ou d'une femme qui n'avait pas été recrutée au motif de l'inexistence dans l'entreprise d'installations sanitaires réservées aux femmes.

Le Tribunal fédéral a eu récemment à se pencher sur une affaire particulièrement intéressante (arrêt 8C_719/2021 du 4 octobre 2022). Entre 2011 et 2021, une femme a fait acte de candidature à six reprises pour un poste de garde-faune dans le canton de Fribourg. La motivation du refus d'embauche a varié avec le temps. L'employeur a notamment invoqué le profil de la candidate, ses compétences relationnelles ou encore sa participation à un groupe de travail chargé de la révision de l'ordonnance fribourgeoise sur la chasse. Le Tribunal fédéral n'a pas été convaincu de la réalité et de la pertinence de ces motifs. Il a constaté, en effet, «qu'indépendamment de son profil, c'est bel et bien l'intégration d'une femme dans le corps des gardes-faune composé exclusivement d'hommes qui semblait poser un problème».

Notre Haute Cour s'est également étonnée que la Cour cantonale ait omis de prendre en compte un rapport d'ex-

pertise de la Commission cantonale fribourgeoise en matière d'égalité entre les sexes dans les rapports de travail dans lequel il avait été constaté plusieurs indices d'une discrimination à l'embauche de la candidate (excellent dossier de candidature contenant des recommandations des milieux concernés, procédure de recrutement menée exclusivement par des hommes, aucune femme n'avait jamais été engagée comme garde-faune dans le canton, etc.).

Considérant que la Cour cantonale avait retenu les faits de manière arbitraire, le Tribunal fédéral a renvoyé la cause à cette instance pour instruction complémentaire et nouvelle décision. Au-delà du cas d'espèce, l'arrêt a une portée plus générale dans la mesure où notre Haute Cour a considéré que, d'une manière générale, «au vu de la difficulté – voire de l'impossibilité dans la plupart des cas – d'apporter une preuve stricte d'une discrimination à l'embauche, il faut admettre que le juge puisse se satisfaire d'une preuve fondée sur une vraisemblance prépondérante [...]. Le contenu de l'offre d'emploi, la motivation écrite du refus d'embauche, un comportement contradictoire de l'employeur peuvent constituer autant d'indices pertinents.»

Ainsi, un tribunal peut admettre l'existence d'une discrimination à l'embauche sur la base d'indices concordants, sans exiger de preuve stricte. ■