

**La vraisemblance au sens de l'article 6 de la Loi
fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes au
regard de la jurisprudence fédérale**

Prof. François Bohnet

Tables des matières

Liste des abréviations	IV
Bibliographie	VI
Mandat	1
Dossier	1
A. Introduction	1
B. La conviction du tribunal : le degré de la preuve	2
1. Le principe : la certitude	4
2. Un allègement : la réduction du degré de la preuve	4
2.1 La notion de vraisemblance	5
2.1.1 La vraisemblance prépondérante	5
2.1.2 La simple vraisemblance	6
2.2 Les conséquences de la vraisemblance	7
3. Conclusions intermédiaires	8
C. La vraisemblance dans les litiges relevant de la loi sur l'égalité (LEg)	9
1. La reprise du droit européen	9
2. L'article 6 LEg	10
2.1 But de la norme	10
2.2 Champ d'application de la norme	13
2.3 Notion de simple vraisemblance	14
2.4 Conséquence de l'admission de la vraisemblance	16
2.5 Conclusions intermédiaires	18
3. L'application de l'art. 6 LEg par le Tribunal fédéral : généralités	18
3.1 Un raisonnement en deux temps	18
3.2 Objet de la vraisemblance	22
3.2.1 La mesure litigieuse	22
3.2.2 Des personnes de sexe opposé	23
3.2.3 Des personnes occupant une position semblable	24
3.2.4 Des personnes travaillant pour un-e même employeur-e	25
3.3 La preuve du contraire : les motifs justificatifs	26
3.3.1 Généralités	26
3.3.2 Quelques motifs justificatifs objectifs et leur appréciation	27
3.3.2.1 L'expérience professionnelle et la formation	28
3.3.2.2 L'ancienneté	29
3.3.2.3 La marge de négociation individuelle	30
3.3.2.4 Les préoccupations sociales	30
3.3.3 La proportionnalité	31
3.4 Conclusions intermédiaires	32
4. L'application de l'art. 6 LEg par le Tribunal fédéral : les cas de discrimination salariale	32
4.1 La vraisemblance d'une discrimination salariale	33
4.1.1 L'écart de salaire	33
4.1.2 Le cas particulier de la discrimination salariale dans le secteur public	36
4.2 Les motifs justificatifs d'une discrimination salariale	39
4.2.1 La marge de négociation individuelle	39
4.2.2 La situation conjoncturelle	39
4.2.3 Des avantages particuliers	40
4.2.4 La non-réalisation des conditions permettant une promotion	41
4.3 La proportionnalité d'une discrimination salariale	41
4.4 Conclusions intermédiaires	42
5. Un regard critique sur la pratique du Tribunal fédéral	42
6. L'appréciation de la vraisemblance : des spécificités liées à l'art. 6 LEg ?	44
D. Conclusions	47

<i>E. Quelles recommandations pour la pratique ?</i>	48
<i>1. Recommandations aux praticien-ne-s</i>	49
1.1 Réunir tous les moyens de preuves disponibles	49
1.2 Limiter la procédure à la question de la vraisemblance d'une discrimination fondée sur le sexe	50
<i>2. Modification législative</i>	52
<i>3. En résumé</i>	54

Liste des abréviations

a[+abréviation]	ancien(ne)
al.	alinéa(s)
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BFEG	Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes
c.	considérant(s)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Code des obligations ; RS 220)
CPC	Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (RS 272)
CR	Commentaire romand (voir bibliographie)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ég.	également
etc.	<i>et cetera</i>
FF	Feuille fédérale
JdT	Journal des Tribunaux
LEg	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1)
let.	lettre

N	numéro(s) marginal(aux)
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RDS	Revue de droit suisse
réf. cit.	référence(s) citée(s)
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s./ss	suivant(e)(s)
SJ	La Semaine judiciaire
TF	Tribunal fédéral suisse

Bibliographie

ARIOLI KATHRIN/EGG BIBIANE, Arbeitswissenschaftliche Gutachten in Lohnungleichheitsprozessen, *in* PJA 2001, p. 1299-1307.

AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : [AUTEUR-E], Commentaire LEg 2011, art. ... N ...).

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Égalité salariale et décisions judiciaires : questions pratiques du point de vue de la justice, *in* PJA 2005, p. 1062-1073 (cité : AUBRY GIRARDIN, Questions).

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg, *in* L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Genève 2016, p. 95-117 (cité : AUBRY GIRARDIN, Problèmes).

BERSIER ERIC, Les diverses méthodes d'évaluation et de comparaison des salaires, *in* WYLER RÉMY (édit.), Panorama en droit du travail : Recueil d'études réalisées par des praticiens, Berne 2009, p. 381-390.

BERGER-STEINER ISABELLE, Beweismass und Privatrecht, *in* RJB 2008, p. 269-317.

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Lohnungleichheit – eine kritische Bestandesaufnahme, *in* PJA 2001, p. 1269 -1277.

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/KAUFMANN CLAUDIA (édit.), Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000, (cité : [AUTEUR-E], Commentaire LEg 2000, art. ... N ...).

BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 2^{ème} éd., Neuchâtel 2014.

BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, *in* RDS 2015, p. 223-256 (cité : BOHNET/JEANNIN, RDS).

BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, Le fardeau de la preuve en droit du bail, *in* BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE (édit.), 19^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2016, p. 1-76 (BOHNET/JEANNIN, Droit du bail).

BOVAY BENOÎT, Procédure administrative, 2^{ème} éd., Berne 2015.

BRUCHEZ CHRISTIAN, Réflexions sur l'action judiciaire individuelle pour discrimination salariale, *in* L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Genève 2016, p. 179-190.

DIETSCHY PATRICIA, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Bâle 2011.

FAVRE CHRISTIAN/MUNOZ CHARLES/TOBLER ROLF A., Le contrat de travail, Code annoté, 2^{ème} éd., Lausanne 2010.

HAUSHEER HEINZ, Das Volljährigkeitsalter von Art. 8 ZGB im neuen Umfeld, *in* RJB 2014, p. 194-230.

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e éd., Bâle 2009 (cité : [AUTEUR-E], Kommentar GlG, art. ... N ...).

KLETT KATHRIN, Richterliche Prüfungspflicht und Beweiserleichterung, *in* PJA 2001, p. 1293-1298.

LEMPEN KARINE, La discrimination salariale au regard de la jurisprudence récente (2011-2015), *in* L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Genève 2016, p. 179-190.

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

Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale du 24 février 1993, FF 1993 I 1163, (cité : Message LEg, FF 1993 I ...).

PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT (édit.), Commentaire romand, Code civil I (art. 1-359 CC), Bâle 2010 (cité : CR CC-[AUTEUR-E], art. ... N ...).

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

SATTIVA SPRING CHRISTINE, Au tribunal aussi, l'égalité salariale avance peu, Plaidoyer 3/2018, p. 22-26 (cité : SATTIVA SPRING, 2018).

SATTIVA SPRING CHRISTINE, La difficile preuve de la discrimination salariale, *Plaidoyer* 3/2013, p. 40-45 (cité : SATTIVA SPRING, 2013).

STAUBER-MOSER SUSY, Égalité des salaires et jurisprudence du Tribunal fédéral, *in* PJA 2006, p. 1364-1375.

STEINAUER Paul-Henri, Le Titre préliminaire du Code civil, *in* *Traité de droit privé suisse*, Tome II/1, Bâle 2009.

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, Arbeitsvertrag, *Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7^{ème} éd., Zürich/Bâle/Genève 2012.

SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^{ème} éd., Zürich/Bâle/Genève 2017.

WALTER HANS PETER, *in* : *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band I, 1. Abteilung (Art. 1-9 ZGB), Bern 2012, (cité : BK-WALTER, art. ... N ...).

Mandat

1. Le BFEG (ci-après également : le mandant) a confié à Me François Bohnet, avocat, Professeur à l'Université de Neuchâtel (ci-après également : le mandataire), le 15 mars 2018, le mandat d'établir un avis de droit qui présente :
 - a) la jurisprudence fédérale en matière de vraisemblance au sens de l'art. 6 LEg dans les procédures tant civiles qu'administratives, d'abord dans une approche globale, puis avec un accent sur les cas traitant de discrimination salariale ;
 - b) l'examen de la vraisemblance par le TF dans les affaires relatives à la LEg, en comparaison avec d'autres procédures appliquant ce degré de preuve ;
 - c) des recommandations pour la pratique du barreau et la pratique judiciaire.
2. Le mandataire a réalisé le présent avis de droit avec la collaboration de Me Luca Melcarne, avocat, doctorant en procédure civile. Il remercie Mme Isabelle Ernst-Pauchard, juriste domaine droit auprès du BFEG pour ses diverses suggestions et propositions.

Dossier

3. En vue de la réalisation de l'avis de droit, le mandant a remis le document suivant au mandataire :
4. Contrat RD 303-2018-05 des 16/20 mars 2018 entre la Confédération suisse, représentée par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), et Me François Bohnet, avocat, Professeur à l'Université de Neuchâtel, Serre 4, 2000 Neuchâtel.

A. Introduction

5. Le procès en matière d'égalité soumet le tribunal et les parties à des règles procédurales spécifiques, conçues pour faciliter les actions dans ces domaines. L'exemple le plus important est l'art. 6 LEg, qui met en place un système de

preuve facilitée, aux termes duquel l'existence de certains types de discriminations est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable.

6. Bien que conçue pour aider l'employé·e à apporter la preuve positive d'une discrimination, la mise en œuvre pratique de l'art. 6 LEg peut engendrer des difficultés procédurales propres aux procès en matière d'égalité. Ainsi, un rapport de recherche publié en 2017, portant sur l'analyse de la jurisprudence cantonale relative à la LEg entre les années 2004 à 2015, relève que, dans 70 % des affaires dans lesquelles l'art. 6 LEg a été appliqué, la preuve d'une discrimination fondée sur le sexe n'a pourtant pas été considérée comme apportée (LEMPEN/VOLODER, ch. 4.24).
7. Au vu de ce constat, le présent avis de droit a pour objectif d'examiner la manière dont l'art. 6 LEg est appliqué par le Tribunal fédéral, afin de tenter de formuler des recommandations à l'intention des praticien·ne·s.
8. Compte tenu de ce qui précède, il s'agira donc dans un premier temps de présenter le droit de la preuve et de manière plus spécifique les diverses règles applicables en matière de degré de la preuve, afin de comprendre la notion de vraisemblance (A.). Dans un second temps, nous nous consacrerons à la notion de vraisemblance telle que contenue à l'art. 6 LEg (B.), afin d'en saisir l'origine (1.) et la portée (2.), avant d'en analyser l'application qu'en fait le Tribunal fédéral, d'abord de manière générale (3.), puis de manière spécifique en matière de discrimination salariale (4.). Il s'agira alors de comprendre si l'examen de la vraisemblance dans les procès en matière d'égalité présente des spécificités par rapport à l'examen qui en est fait dans d'autres procédures appliquant ce degré de la preuve (5). En dernier lieu, nous concluons par des recommandations pour les praticien·ne·s (C.).

B. La conviction du tribunal : le degré de la preuve

9. La réglementation du droit de la preuve est centrale pour la consécration du droit matériel et la réalisation des droits subjectifs des parties. Ainsi, sous la note marginale « fardeau de la preuve », l'art. 8 CC fixe le principe général du droit ayant vocation à s'appliquer au-delà du droit privé (BK-WALTER, art. 8 CC N 44

ss ; CR CC-PIOTET, art. 8 N 1 ; STEIGER-SACKMANN, Commentaire LEg 2000, art. 6 N 31).

10. Aux termes de cette disposition, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. En cas de pénurie de preuves permettant de déduire un droit, l'art. 8 CC met donc, sauf disposition particulière, le risque à la charge de la partie qui entend déduire ledit droit en justice (ATF 139 III 13, c. 3.1.3.1 ; 138 III 781, c. 3.3 CR CC-PIOTET, art. 8 N 1 ; STEINAUER, N 677). En d'autres termes, l'art. 8 CC détermine quelle partie doit assumer l'échec de la preuve (ATF 139 III 7, c. 2.2 ; 129 III 18, c. 2.6 ; 127 III 519, c. 2a).
11. Partant, la question du fardeau de la preuve est indissociablement liée à celle du degré de la preuve : quel degré de certitude doit être atteint, afin que la preuve d'un fait soit considérée comme rapportée par le tribunal ? Par degré de la preuve, on entend donc la mesure dans laquelle le tribunal doit être convaincu de la vérité de l'allégation d'une partie (BOHNET, N 1368 ; BK-WALTER, art. 8 N 126 et 128 ; SUTTER-SOMM, N 897).
12. Si les deux notions – le degré et le fardeau de la preuve – sont liées par le fait qu'elles interviennent dans le même raisonnement qui mène le tribunal à se prononcer, en définitive, sur le bien-fondé ou le mal-fondé de la prétention portée devant lui, elles ne se confondent pas pour autant. D'une part, l'art. 8 CC relatif au fardeau de la preuve s'appliquera (si aucune disposition légale ne prévoit le contraire) quel que soit le degré de la preuve exigée pour la prétention en cause. D'autre part, savoir si le degré de la preuve requis est atteint est une question qui sera examinée indépendamment de savoir si c'est la partie demanderesse ou défenderesse qui supporte le fardeau de la preuve.
13. De manière générale, on distingue trois degrés de la preuve : la certitude, à savoir le degré de preuve le plus exigeant et en principe requis, ainsi que deux exceptions, soit la vraisemblance prépondérante et la simple vraisemblance (BOHNET, N 1368 ; CR CC-PIOTET, art. 8 N 26-27 ; BERGER-STEINER, p. 271 et 304 s).

1. Le principe : la certitude

14. La certitude est le degré de preuve ordinaire qui est requis à moins que la loi ou la jurisprudence en prévoie un autre (BOHNET/JEANNIN, Droit du bail, N 11 ; BOHNET, N 1371 ; BK-WALTER, art. 8 N 134).
15. En règle générale, la preuve d'un fait est apportée lorsque le tribunal, en considération d'éléments d'appréciation objectifs, est convaincu de la réalité de ce fait (ATF 141 III 569, c. 2.2.1 ; TF 5A_677/2017, c. 3.3). Il s'agit là de la règle de la pleine conviction comme degré de la preuve (ATF 140 III 610, c. 4.1, JdT 2015 II 433).
16. Une certitude absolue ne peut être exigée en la matière. Il suffit que le tribunal ne conçoive plus de doute sérieux quant à l'existence du fait allégué, ou que les doutes subsistants apparaissent faibles (ATF 130 III 321, c. 3.2, JdT 2005 I 618 ; en matière d'assurances sociales : ATF 135 V 39, c. 6.2 ; en matière de loyers usuels : ATF 141 III 569, c. 2.2.1). De l'avis de BERGER-STEINER, il faut que le degré de certitude que le fait allégué se soit produit atteigne 90 % (BERGER-STEINER, p. 292 ; cf. ég. HAUSHEER, p. 221 ; BK-WALTER, art. 8 N 136).

2. Un allègement : la réduction du degré de la preuve

17. Des exceptions à cette règle d'appréciation des preuves, dans lesquelles une vraisemblance prépondérante est considérée suffisante, résultent d'une part de la loi elle-même, ou ont été élaborées d'autre part par la jurisprudence et la doctrine (ATF 140 III 610, c. 4.1, JdT 2015 II 433 ; 133 III 81, c. 4.2.2 ; 130 III 321, c. 3.2, JdT 2005 I 618). Ces exceptions trouvent leur fondement dans une réflexion selon laquelle la mise en œuvre du droit ne doit pas échouer en raison de difficultés probatoires qui se présentent de façon typique dans certaines situations (ATF 130 III 321, c. 3.2, JdT 2005 I 618 ; 128 III 271, c. 2b/aa, JdT 2003 I 606).
18. L'allègement de la preuve suppose donc un « *état de nécessité en matière de preuve* » (en allemand « *Beweisnot* »). Cette condition est remplie lorsque, par la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas possible ou n'est pas raisonnablement exigible (ATF 140 III 610, c. 4.1, JdT 2015 II 433 ; 132 III 715, c. 3.1, JdT 2009 I 183), spécialement lorsque les faits allégués par la partie qui

supporte le fardeau de la preuve ne peuvent être établis qu'indirectement et par des indices (ATF 133 III 81, c. 4.2.2 ; 132 III 715, c. 3.1, JdT 2009 I 183). Mais un état de nécessité en matière de preuve ne résulte pas de la seule circonstance qu'un élément de fait, qui devrait par nature être l'objet d'une preuve directe, ne peut être établi, faute par la partie à qui la preuve incombe de disposer des moyens de preuve nécessaires (ATF 130 III 321, c. 3.2, JdT 2005 I 618).

19. De simples difficultés probatoires dans un cas concret ne sauraient conduire à un allègement de la preuve, sous peine de créer une entorse au système légal, tel qu'il a été voulu par le législateur fédéral (ATF 141 III 569, c. 2.2.1 ; 130 III 321, c. 3.2, JdT 2005 I 618).

2.1 La notion de vraisemblance

20. Certaines dispositions légales ou la doctrine et la jurisprudence exigent parfois que le degré de la preuve soit celui de la « *vraisemblance prépondérante* » ; tel est, par exemple, le cas pour la preuve du lien de causalité (cf. ATF 130 III 321, JdT 2005 I 618) ou de l'enchaînement de faits ayant conduit à l'incident (ATF 133 III 81) dans les cas de responsabilité civile ou encore en matière d'annulation de la poursuite par le tribunal, la suspension provisoire de la poursuite n'étant ordonnée que si la demande principale est très vraisemblablement fondée (art. 85a al. 2 LP). D'autres dispositions exigent la simple « *vraisemblance* », comme c'est le cas en matière de mesures provisionnelles, conformément à l'art. 261 CPC, dans la procédure de mainlevée provisoire de l'opposition pour la libération du débiteur, en vertu de l'art. 82 al. 2 LP, ou encore pour la désignation d'un contrôleur spécial dans la société anonyme, selon l'art. 697b al. 2 CO.

2.1.1 La vraisemblance prépondérante

21. La vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 140 III 610, c. 4.1, JdT 2015 II 433 ; 133 III 81, c. 4.2.2 ; 130 III 321, c. 3.2, JdT 2005 I 618 ; en matière d'assurances sociales : ATF 139 V 176, c. 5.3).

22. De l'avis de BERGER-STEINER, et pour illustrer le concept avec une valeur seuil exprimée en pourcent, il y a vraisemblance prépondérante lorsque le degré de certitude que le fait allégué se soit produit atteint 75 % (BERGER-STEINER, p. 295 ; cf. ég. BK-WALTER, art. 8 N 138 et les réf. cit. ; HAUSHEER, p. 221). S'il nous paraît difficile de chiffrer mathématiquement le seuil de la vraisemblance prépondérante, la définition proposée par cette auteure illustre l'appréciation à laquelle peut se livrer le tribunal lors de la mise en œuvre pratique de la vraisemblance prépondérante.
23. Pour rappel, la vraisemblance prépondérante est p. ex. admise pour la preuve du lien de causalité (cf. ATF 130 III 321, JdT 2005 I 618) ou de l'enchaînement de faits ayant conduit à l'incident (ATF 133 III 81) dans les cas de responsabilité civile ou encore à l'art. 85a al. 2 LP.

2.1.2 La simple vraisemblance

24. Un fait est déjà rendu vraisemblable si certains éléments objectifs parlent en faveur de son existence, même si le tribunal tient encore pour possible qu'il ne se soit pas produit (ATF 140 III 610, c. 4.1, JdT 2015 II 433 ; 132 III 715, c. 3.1, JdT 2009 I 183 ; 130 III 321, c. 3.3, JdT 2005 I 618). En d'autres termes, ce degré est atteint si l'existence du fait considéré apparaît comme étant plus vraisemblable que son inexistence (BOHNET/JEANNIN, Droit du bail, N 15).
25. De l'avis de BERGER-STEINER, et pour illustrer le concept avec une valeur seuil exprimée en pourcent, il y a simple vraisemblance lorsque le degré de certitude que le fait allégué se soit produit atteint 51 % (BERGER-STEINER, p. 303 ; cf. ég. BK-WALTER, art. 8 N 153 et les réf. cit. ; HAUSHEER, p. 221). A nouveau, s'il paraît difficile de chiffrer mathématiquement le seuil de la simple vraisemblance, ladite définition illustre l'appréciation à laquelle peut se livrer le tribunal lors de la mise en œuvre pratique de la simple vraisemblance.
26. Comme le montrent les exemples précités (cf. *supra* ch. 2.1), la simple vraisemblance est en général admise dans des situations particulières, lorsque le tribunal doit statuer dans l'urgence afin de sauvegarder des intérêts qui risquent d'être préterités et/ou que la protection n'est que provisoire (BOHNET, N 1376).

27. A cet égard, et pour rappel, la simple vraisemblance est admise notamment en mesures provisionnelles (art. 261 CPC), dans la procédure de mainlevée provisoire de l'opposition (art. 82 al. 2 LP), ou encore pour la désignation d'un contrôleur spécial selon l'art. 697b al. 2 CO. Comme nous le verrons ci-dessous (cf. infra, let. C. ch. 2), elle est également le degré de la preuve requis à l'art. 6 LEg en ce qui concerne l'établissement d'une discrimination par la partie demanderesse.

2.2 Les conséquences de la vraisemblance

28. Qu'un fait soit soumis au degré de la vraisemblance simple ou prépondérante ne produit pas d'impact sur la libre appréciation des preuves par le tribunal, les deux notions étant indépendantes mais étroitement liées (BK-WALTER, art. 8 N 126 s). En effet, conformément à l'art. 157 CPC, le tribunal apprécie librement les preuves, c'est-à-dire qu'il détermine librement la valeur probante d'un moyen de preuve.
29. En d'autres termes, le tribunal décide librement si le moyen de preuve dont il dispose emporte sa conviction quant à la survenance d'un fait donné. Seule la mesure nécessaire de sa conviction est déterminée par les règles concernant le degré de la preuve (BOHNET/JEANNIN, Droit du bail, N 14 ; BOHNET, N 1379 s ; SUTTER-SOMM, N 898).
30. Ainsi, en cas de vraisemblance prépondérante, la preuve sera réputée apportée et le fait établi lorsque le tribunal, par une libre appréciation des preuves, considérera que des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération.
31. En cas de simple vraisemblance, la preuve sera réputée apportée et le fait établi lorsque le tribunal, par une libre appréciation des preuves, considérera que l'existence du fait considéré apparaît comme étant plus vraisemblable que son inexistence.
32. Dans les deux hypothèses précitées, si le degré de preuve requis n'est pas atteint et que le tribunal ne parvient donc pas à forger sa conviction quant à la réalité du

fait allégué, la partie qui entendait déduire un droit en justice en se fondant sur ledit fait assumera l'échec de la preuve (en ce sens SUTTER-SOMM, N 900).

3. Conclusions intermédiaires

33. Selon l'art. 8 CC, principe général du droit ayant vocation à s'appliquer au-delà du droit privé, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit ; à défaut, elle assume l'échec de la preuve. Parfois, en retenant une présomption, la loi renverse le fardeau de la preuve : il appartient alors à la partie qui dénie l'existence d'un droit d'apporter la preuve de son inexistence. Afin de « prouver les faits », les parties doivent en principe les établir au degré de la certitude. La loi ou la jurisprudence prévoit parfois que les faits doivent être établis au degré de la simple vraisemblance ou de la vraisemblance prépondérante.
34. Les notions de fardeau de la preuve et de degré de la preuve sont donc étroitement liées car elles interviennent dans le même raisonnement ; elles ne se confondent pas pour autant car chacune d'elles règle un aspect bien précis. Renverser le fardeau de la preuve ne produit pas d'effet sur le degré de la preuve ; réduire le degré de la preuve ne produit pas d'effet sur le fardeau de la preuve.
35. Il s'ensuit qu'en l'absence d'un renversement de la preuve – qui ne peut intervenir qu'en présence d'une disposition légale expresse – si le degré de preuve requis n'est pas atteint et que le tribunal ne parvient donc pas à forger sa conviction quant à la réalité du fait allégué, la partie qui entendait déduire un droit en justice en se fondant sur ledit fait assumera l'échec de la preuve. Et ce, indépendamment du fait de savoir si le degré de la preuve requis était celui de la pleine conviction ou un degré réduit, qu'il s'agisse de la vraisemblance prépondérante ou de la simple vraisemblance.

C. La vraisemblance dans les litiges relevant de la loi sur l'égalité (LEg)

1. La reprise du droit européen

36. Dans son message relatif à la LEg, le Conseil fédéral a exposé la conformité du projet de loi au droit communautaire, ainsi qu'à la jurisprudence et au droit communautaires en préparation lors de l'élaboration du projet de loi sur l'égalité (Message LEg, FF 1993 I 1205 et 1216).
37. Ainsi, le législateur fédéral s'est tout d'abord inspiré de la pratique de l'ancienne CJCE. Dans une jurisprudence bien établie, en rapport avec les travailleuses et travailleurs à temps partiel, la CJCE avait, dans les années 1980 déjà, affiné les principes d'application de l'interdiction de discrimination indirecte, présupposant l'existence d'une discrimination prohibée lorsqu'un critère, bien que d'apparence neutre, désavantage une proportion considérablement plus élevée de travailleuses ou de travailleurs (Message LEg, FF 1993 I 1203). Ce faisant, la CJCE procédait à un renversement du fardeau de la preuve et laissait le soin à l'employeur·e¹ de démontrer que le choix de la mesure contestée s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe (Message LEg, FF 1993 I 1203 ; cf. notamment Arrêt CJCE du 27 juin 1990, affaire C-33/89, *Kowalska*, Recueil 1990, p. I-2607, c. 16).
38. Il a notamment été jugé que, à moins que l'entreprise puisse l'expliquer « par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe », l'exclusion des travailleuses et travailleurs à temps partiel du régime de pensions d'entreprise ne pouvait pas s'expliquer par des facteurs excluant une discrimination fondée sur le sexe, compte tenu des difficultés que rencontrent les travailleuses à pouvoir travailler à temps plein (Arrêt CJCE du 13 mai 1986, affaire 170/84, *Bilka*, Recueil 1986, p. 1607 ss, c. 29 s).
39. De même, en matière d'égalité de rémunération, la CJCE a jugé que lorsqu'un système de majoration de salaire est caractérisé par un manque total de transparence, les travailleuses peuvent établir, « *par rapport à un nombre relativement important de salariés, que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des travailleurs masculins* ». Il incombe alors à

¹ Terme usité conformément aux directives du BFEG relatives à la rédaction épique.

l'employeur·e de prouver que sa pratique salariale est exempte de toute discrimination (Arrêt CJCE du 17 octobre 1989, affaire 109/88, *Danfoss*, Recueil 1989, p. 3199 ss, c. 16).

40. Ainsi, dans son Message relatif à la LEg, le Conseil fédéral affirmait : « *il convient, de manière analogue à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, de mettre le fardeau de la preuve à la charge de l'employeur lorsqu'il paraît qu'une mesure est, selon toute vraisemblance, propre à désavantager un pourcentage considérablement plus élevé de femmes que d'hommes* » (Message LEg, FF 1993 I 1216).
41. Le législateur a donc montré une réelle volonté d'eurocompatibilité du projet de loi sur l'égalité (WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 N 7 ; KAUFMANN, Kommentar GlG, Hintergrund und Entstehung des Gesetzes N 44 ss ; cf. ég. Message LEg, FF 1993 I 1164 aux termes duquel : « *La loi devait également transposer le droit de l'EEE dans le domaine de l'égalité entre femmes et hommes (...). En dépit du rejet de l'Accord EEE par le peuple et les cantons, il importe de maintenir l'eurocompatibilité de l'ordre juridique suisse* »). De l'avis d'une partie de la doctrine, cela doit conduire le Tribunal fédéral à prendre en considération la jurisprudence de l'ancienne CJCE, devenue désormais la CJUE, comme cela a déjà été fait dans des arrêts fédéraux en lien avec l'art. 333 CO, relatif au transfert d'entreprise (cf. ATF 132 III 32, c. 4.1 ; 129 III 335, c. 6, JdT 2003 II 75 ; WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 N 7). Ainsi, il faut admettre une prise en compte dynamique et non statique du droit européen lors de l'interprétation de la LEg (WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 N 7).

2. L'article 6 LEg

2.1 But de la norme

42. Appliqué aux litiges en matière de discrimination, le principe général de l'art. 8 CC exposé ci-dessus implique que le tribunal devrait rejeter la demande de l'employé·e s'il n'est pas convaincu de l'existence de la discrimination alléguée (cf. *supra* N 9 s ; KLETT, p. 1293).

43. Les procédures relatives à la LEg sont soit des procédures civiles spéciales relevant du droit du travail, soit des procédures de droit public ; toutes ces procédures sont soumises, en vertu de dispositions de procédure particulières, à une maxime inquisitoire (STEIGER-SACKMANN, Commentaire LEg 2000, art. 6 N 16), cas échéant sous une forme atténuée.
44. Ainsi, en matière de droit privé, l'art. 12 al. 2 aLEg, prévoyait l'application de l'art. 343 aCO, sans limite de valeur litigieuse, dans les litiges relatifs à la LEg ; aux termes de l'art. 343 al. 4 aCO, le tribunal devait *établir* (*feststellen* dans la version allemande) les faits d'office. Depuis l'entrée en vigueur du CPC le 1^{er} janvier 2011 et l'abrogation des anciens art. 12 LEg et 343 CO, c'est l'art. 247 al. 2 let. a CPC qui prescrit au tribunal d'*établir* (*feststellen* dans la version allemande) les faits d'office dans les litiges relatifs à la LEg. Il s'agit là d'une maxime inquisitoire atténuée, dite maxime inquisitoire sociale, qui n'exige pas du tribunal qu'il *recherche* les faits d'office (*erforschen* comme dans la version allemande de l'art. 296 al. 1 CPC), mais qu'il s'assure, lorsqu'il y a des motifs objectifs d'éprouver des doutes à ce sujet, que les allégués des parties et leurs offres de preuves sont complets. Les parties demeurent toutefois responsables d'alléguer et d'établir (au degré de preuve requis) les faits pertinents, de les contester et de motiver leur position le cas échéant (BOHNET, N 815 s ; BOHNET/JEANNIN, RDS, p. 242 ss ; KLETT, p. 1294 s ; SUTTER-SOMM, N 349 et 353 ss ; TF 4A_27/2014, c. 1.4).
45. Concrètement, le tribunal n'est soumis qu'à une obligation d'interpellation accrue. Comme sous l'empire de la maxime des débats, applicable en procédure ordinaire, les parties doivent recueillir elles-mêmes les éléments du procès. Le tribunal ne leur vient en aide que par des questions adéquates afin que les allégations nécessaires et les moyens de preuve correspondants soient précisément énumérés. Mais il ne se livre à aucune investigation de sa propre initiative. Lorsque les parties sont représentées par un avocat, le tribunal peut et doit faire preuve de retenue, comme dans un procès soumis à la procédure ordinaire (ATF 141 III 569, c. 2.3.1).
46. En matière de droit public, la procédure administrative est régie en général par la maxime inquisitoire, en vertu de laquelle les autorités et juridictions administratives doivent établir les faits d'office en administrant les preuves nécessaires, sans être limitées par les allégués et les offres de preuve des parties

(BOVAY, p. 222 s ; BRUCHEZ, Commentaire LEg 2011, art. 13 N 27). La maxime inquisitoire est en particulier consacrée à l'art. 12 PA en matière de procédure administrative fédérale applicable aux autorités administratives fédérales et donc uniquement au personnel de la Confédération (BRUCHEZ, Commentaire LEg 2011, art. 13 N 10).

47. C'est également la maxime inquisitoire qui domine les procédures administratives cantonales, tel que cela ressort p. ex. des art. 19 et 76 LPA/GE, art. 28 al. 1 LPA/VD, art. 18 al. 1 LPJA/BE, art. 14 et 43 al. 2 LPJA/NE. Les procédures administratives cantonales sont applicables en matière de rapports de travail du personnel des cantons et des communes (ATF 142 II 49, c. 4.2 et 4.3, RDAF 2017 I 259 ; ARIOLI, Kommentar GlG, art. 13 LEg N 25 ; BRUCHEZ, Commentaire LEg 2011, art. 13 N 14). En effet, malgré la référence générale aux rapports de travail de droit public, l'art. 13 al. 1 LEg ne vise que les rapports de travail de droit public du personnel fédéral (ARIOLI, Kommentar GlG, art. 13 LEg N 21), si bien que l'art. 13 al. 1 LEg n'est qu'un rappel et n'a pas de portée propre (BRUCHEZ, Commentaire LEg 2011, art. 13 N 13).
48. Malgré la maxime inquisitoire applicable, lorsque les preuves (au degré requis) font défaut ou si l'on ne peut raisonnablement exiger de l'autorité qu'elle les recueille, la règle générale de l'art. 8 CC est alors applicable par analogie, si bien que les conséquences de l'absence de preuve (au degré requis) sont supportées, comme en procédure civile, par la partie qui fonde ses prétentions sur les faits non prouvés (BOVAY, p. 229 ; BRUCHEZ, Commentaire LEg 2011, art. 13 N 27).
49. Compte tenu de ce qui précède, la maxime inquisitoire pure et *a fortiori* celle sociale ne déploient aucun effet lorsque ni le tribunal ni l'employé·e ne soupçonnent l'existence des moyens de preuve (ATF 130 III 145, c. 4.2 ; Message LEg, FF 1993 I 1215 ; KLETT, p. 1293). Cette conséquence est logique : les règles relatives à l'apport des faits et des moyens de preuve en procédure n'ont aucune influence sur le fardeau de la preuve, si bien que si la preuve n'est pas établie au degré requis (par exemple celui de la vraisemblance), que le tribunal établisse ou non les faits d'office, la prétention doit être rejetée.
50. En revanche, si l'employeur·e supporte le fardeau de la preuve et donc le risque de perdre le procès au cas où il ne prouve pas l'absence de discrimination, il sera dans son intérêt d'informer complètement le tribunal et de lui fournir toutes pièces

utiles (STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, art. 6 LEg N 28 et 42 ; Message LEg, FF 1993 I 1215).

51. Ainsi, la règle de l'art. 6 LEg tend à corriger l'inégalité de fait résultant de la concentration des moyens de preuve en main de l'employeur·e, en ce sens qu'il incombera à l'employeur·e de démontrer qu'une mesure, dont le caractère discriminatoire a été rendu vraisemblable par l'employé·e, repose sur d'autres motifs que le sexe (ATF 144 II 65, c. 4.2.1 ; 142 II 49, c. 6.2, RDAF 2017 I 259 ; 130 III 145, c. 4.2). Toutefois, et pour éviter que des actions ne soient introduites à la légère, sans que l'employé·e ne dispose d'aucun indice, il est exigé, avant de mettre le fardeau de la preuve à la charge de l'employeur·e, que la victime potentielle apporte quelques indices qui rendent vraisemblable l'existence d'une discrimination (ATF 130 III 145, c. 4.2 ; Message LEg, FF 1993 I 1215).

2.2 Champ d'application de la norme

52. Aux termes de l'art. 2 LEg, les dispositions de la section 2 de la loi – dont fait partie l'art. 6 LEg – s'appliquent aux rapports de travail régis par le CO et par le droit public fédéral, cantonal ou communal. Ainsi, l'art. 6 LEg est applicable aussi bien aux rapports de travail de droit privé qu'à ceux de droit public (cf. art. 2 LEg ; BRUCHEZ, Commentaire LEg 2011, art. 13 N 27 ; STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, art. 6 LEg N 110), de sorte qu'il vient compléter les dispositions cantonales de procédures administratives relatives aux preuves (ATF 142 II 49, c. 4.3, RDAF 2017 I 259).
53. Quant à l'art. 6 LEg, 2^{ème} phrase, il précise que l'allègement du fardeau de la preuve « *s'applique 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* ». Cette énumération est exhaustive, de sorte que l'allègement du fardeau de la preuve n'est pas applicable en cas de discrimination à l'embauche et de harcèlement sexuel (STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, art. 6 LEg N 13, toutefois plus nuancée aux N 113 s, affirmant que le renversement du fardeau de la preuve doit aussi s'appliquer à la preuve de la discrimination résultant d'autres actions de l'employeur·e, hormis l'embauche et le harcèlement sexuel ; WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 LEg N 3).

54. Les cas de discrimination à l'embauche et de harcèlement sexuel sont donc soumis à la règle générale prévue à l'art. 8 CC (TF 4A_473/2013, c. 3.1 et 3.2), même si les tribunaux se contenteront le plus souvent de la vraisemblance prépondérante (sur cette notion cf. *supra* N 21 s ; LEMPEN, Commentaire LEg 2011, art. 4 N 35 ; TF 4P.214/2006, c. 3.3 ; 1C_418/2008, c. 2.2.4). Quant aux autorités administratives, elles ne pourront admettre l'échec de la preuve qu'aux conditions restrictives fixées par la jurisprudence en matière de procédure administrative, à savoir lorsque les preuves font objectivement défaut ou si l'on ne peut raisonnablement exiger de l'autorité qu'elle les recueille (BRUCHEZ, Commentaire LEg 2011, art. 13 N 27). En effet, l'inapplicabilité de l'art. 6 LEg n'a aucun impact sur l'application de la maxime inquisitoire pure ou sociale aux cas de discrimination à l'embauche et de harcèlement sexuel (sur ces notions, cf. *supra* N 43 ss ; STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, art. 6 LEg N 112), étant donné que seul le type de procédure ainsi que l'objet du litige n'ont d'influence sur la maxime applicable.
55. Comme l'indique le texte clair de l'art. 6 LEg, l'allégement du fardeau de la preuve a pour seul objet celui de « *l'existence d'une discrimination* ». Partant, en ce qui concerne les conditions spécifiques aux prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, ainsi qu'aux autres prétentions contractuelles visées par l'art. 5 al. 5 LEg, leur preuve devra être apportée selon la règle générale de l'art. 8 CC, indépendamment du fait qu'elles sont fondées sur une discrimination à raison du sexe (STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, art. 6 LEg N 119).

2.3 Notion de simple vraisemblance

56. Aux termes de l'art. 6 LEg, 1^{ère} phrase, « *l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable* ».
57. Contrairement à ce que laisse entendre l'énoncé de l'art. 6 LEg, celui-ci ne pose pas une présomption de discrimination. En effet, la présomption permet de déduire un fait inconnu d'un fait connu (BK-WALTER, art. 8 N 387 ; BOHNET/JEANNIN, Droit du bail, N 38). En d'autres termes, la présomption est la conséquence statuée par la loi d'une vraisemblance qui résulte de l'expérience générale de la vie (BK-WALTER, art. 8 N 387 ; BOHNET/JEANNIN, Droit du bail, N 39). Or dans le cas de l'art. 6 LEg, la vraisemblance du fait doit précisément être

apportée par la partie demanderesse et n'est pas déduite de l'expérience générale de la vie.

58. Comme nous l'avons déjà indiqué précédemment (cf. *supra* N 20), la notion de vraisemblance n'est pas inconnue en droit suisse : elle entre notamment en ligne de compte en matière de mesures provisionnelles. Comme dans ce domaine, la vraisemblance simple requise à l'art. 6 LEg implique que le tribunal n'a pas à être convaincu du bien-fondé des arguments de l'employé·e ; il lui suffit de disposer d'indices objectifs suffisants pour que les faits allégués lui paraissent vraisemblables, sans pour autant exclure la possibilité que les faits se soient produits différemment (cf. *supra* N 24 ; cf. ég. ATF 144 II 65, c. 4.2.2 ; 142 II 49 c. 6.2, RDAF 2017 I 259 ; 130 III 145, c. 4.2 ; TF 4A_261/2011, c. 3.2 ; Message LEg, FF 1993 I 1215).
59. Les exigences pour que les faits allégués « *paraissent vraisemblables* » doivent être définies au vu du sens et du but que le législateur vise en abaissant les exigences en matière de degré de la preuve. Dès lors que le but est de compenser la difficulté à prouver la discrimination et que l'employeur·e conserve en tout temps la possibilité d'apporter la preuve du contraire, le tribunal ne doit pas se montrer trop exigeant (KLETT, p. 1293 ; STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, art. 6 LEg N 28 ; WYLER, Commentaire LEg, art. 6 N 8). En particulier, il ne devrait pas être exigé que la discrimination fondée sur le sexe apparaisse comme plus vraisemblable que la non-discrimination (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, art. 6 N 1.3 ; WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 N 8).
60. Ainsi, dans la mesure où le tribunal considère qu'elle est plus vraisemblable que la non-discrimination ou qu'elle est plutôt invraisemblable mais pas exclue, il doit examiner si l'employeur·e a rapporté la preuve de l'inexistence d'une discrimination ou la preuve de la justification objective de celle-ci. Ce n'est que si le tribunal considère que la discrimination est entièrement douteuse ou qu'elle a simplement été alléguée, qu'il doit débouter l'employé·e des conclusions y relatives (BERSIER, p. 385 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, art. 6 N 1.3 ; DIETSCHY, N 613 ; STAUBER-MOSER, p. 1359 ; STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, art. 6 LEg N 132 ; WYLER, Commentaire LEg, art. 6 N 8 ; TF 4C.463/1999, c. 2a, non publié in ATF 126 III 395 ; *plus nuancé* : ATF 144 II 65, c. 5 où l'on peut lire, « *zwar fehle es an einem strikten Beweis, jedoch spreche insgesamt mehr für als gegen die in Frage stehende Diskriminierung* » ; *contra* : STREIF/VON

KAENEL/RUDOLPH, art. 322 N 20 et art. 328 N 9, selon lesquels la discrimination fondée sur le sexe doit sembler plus vraisemblable que la non-discrimination).

61. Selon STEIGER-SACKMANN, la vraisemblance d'une discrimination fondée sur le sexe doit être admise dès lors que le degré de certitude que ladite discrimination se soit produite atteint le 25 % ; ce seuil permettrait de distinguer une discrimination vraisemblable de la simple allégation d'une discrimination (STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, art. 6 LEg N 132-133 ; *contra* : BERGER-STEINER, p. 303 qui fixe le seuil général pour le degré de la simple vraisemblance à 51 %, cf. *supra* N 25). Avec WYLER, il faut admettre qu'il est difficile de chiffrer mathématiquement une appréciation du seuil de la vraisemblance, même si cette méthode permet d'illustrer la démarche à laquelle doit procéder le tribunal lors de l'application de l'art. 6 LEg (WYLER, Commentaire LEg, art. 6 N 8).
62. Au vu de ce qui précède, la vraisemblance apparaît comme un concept juridique indéterminé qui fait appel à la subjectivité ; elle est donc délicate à appréhender pour le tribunal. En effet, s'il se montre trop sévère dans l'admission de la vraisemblance, l'allégement prévu à l'art. 6 LEg reste sans effet ; à l'inverse, s'il se montre trop large, il risque de sanctionner un comportement qui n'est pas discriminatoire (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 102 s). Un examen des décisions cantonales réalisé en 2006 a d'ailleurs révélé que les conditions à remplir pour qu'une discrimination puisse être considérée comme vraisemblable étaient définies très différemment d'un jugement à l'autre (Rapport du 15 février 2006, FF 2006 3076).
63. A notre sens, l'approche pratique devrait être la suivante : si, au vu des éléments concrets à disposition, le tribunal ne peut pas exclure l'existence d'une discrimination à raison du sexe, il devrait, dans le doute et afin de permettre un examen plus en profondeur du cas, retenir la vraisemblance d'une discrimination et examiner l'affaire sous l'angle de la preuve du contraire, à savoir des motifs justificatifs devant être apportés par l'employeur.

2.4 Conséquence de l'admission de la vraisemblance

64. Tel qu'indiqué ci-dessus, en vertu de l'art. 6 LEg *in initio*, il suffit à la partie demanderesse de rendre vraisemblable l'existence d'une discrimination à raison du sexe. Si celle-ci y arrive, le fardeau de la preuve est renversé, de sorte qu'il

appartient alors à l'employeur·e d'établir l'inexistence de la discrimination (Message LEg, FF 1993 I 1215 s ; ATF 142 II 49, c. 6.3, RDAF 2017 I 259 ; 127 III 207, c. 3a).

65. Ainsi, comme l'indique son titre marginal, l'art. 6 LEg prévoit un « *allègement du fardeau de la preuve* » pour la personne potentiellement victime d'une discrimination, en ce sens que, s'il y a bel et bien un renversement du fardeau de la preuve dans les procès en matière d'égalité auxquels l'art. 6 LEg est applicable, celui-ci n'est ni général, ni inconditionnel (STEIGER-SACKMANN, Commentaire LEg 2000, art. 6 N 33). En effet, un abaissement du degré de la preuve ne constitue pas un renversement du fardeau de la preuve (cf. *supra* N 12).
66. Compte tenu, d'une part de la réduction du degré de la preuve à la simple vraisemblance et, d'autre part, du renversement du fardeau de la preuve conditionnel prévus à l'art. 6 LEg, un tribunal méconnaîtrait cette disposition s'il exigeait que la partie demanderesse rende vraisemblable, d'une part, une différence de traitement avec un·e employé·e de l'autre sexe, et d'autre part, l'existence dans l'entreprise d'une politique du personnel sexiste, au motif que la vraisemblance d'une différence de traitement n'emporterait pas la présomption de sa nature sexiste (ATF 127 III 207, c. 3b ; apparemment *contra* : FAVRE/MUNOZ/TOBLER, art. 6 N 1.2 *in initio* qui citent toutefois l'arrêt précité en fin de paragraphe).
67. Certes, l'existence d'une différence de traitement entre n'importe quels employés ne fait pas apparaître comme probable une discrimination en raison du sexe. En revanche, lorsque des employés de sexe opposé ont une position semblable dans l'entreprise, il est présumé, s'il y a une différence de traitement entre eux, que celle-ci est de nature sexiste, l'employeur·e devant alors apporter la preuve de la non-discrimination (en ce sens ATF 142 II 49, c. 6.2, RDAF 2017 I 259 ; 130 III 145, c. 4.2 ; 125 III 368, c. 4 ; 125 II 541, c. 6a/6b ; 125 I 71, c. 4a). Si l'employeur·e ne réussit pas à rapporter cette preuve, la demande doit être accueillie, sans que doive encore être établie l'existence dans l'entreprise d'une politique du personnel sexiste (ATF 127 III 207, c. 3b).

2.5 Conclusions intermédiaires

68. Au vu de ce qui précède, on constate d'ores et déjà que l'art. 6 LEg regroupe en son sein diverses notions : sous le titre marginal « *allègement du fardeau de la preuve* », ladite disposition fait appel à la simple vraisemblance, ainsi qu'à un renversement du fardeau de la preuve qui n'est toutefois pas automatique. Au demeurant, les procédures dans lesquelles l'art. 6 LEg est susceptible de trouver application sont sujettes à la maxime inquisitoire pure, respectivement à la maxime inquisitoire sociale.
69. Si le fardeau de la preuve, le degré de la preuve, ainsi que la maxime de procédure applicable sont des notions étroitement liées car elles ont toutes trait à l'établissement des faits par le tribunal, elles ne se confondent pas pour autant. En d'autres termes, le fait d'agir sur l'un des éléments précités, en réduisant par exemple le degré de la preuve requis, n'a pas pour conséquence de produire également des effets sur les autres, dans notre exemple sur le fardeau de la preuve ou la maxime applicable.
70. Lors de l'adoption d'une disposition qui réunit plusieurs de ces notions, tel que l'art. 6 LEg, il en résulte, à notre sens, la nécessité d'assurer une bonne coordination de celles-ci, en vue de garantir l'applicabilité pratique du système mis en place.
71. Dans la suite de la présente analyse, il s'agira donc d'examiner l'application pratique de l'art. 6 LEg par notre Haute Cour, afin de comprendre quelles sont les difficultés qui peuvent surgir lors de la mise en œuvre de l'« *allègement du fardeau de la preuve* ».

3. L'application de l'art. 6 LEg par le Tribunal fédéral : généralités

3.1 Un raisonnement en deux temps

72. L'art. 6 LEg impose au tribunal un raisonnement en deux étapes. Dans un premier temps, le tribunal détermine si la preuve d'une discrimination a été apportée par l'employé·e, étant précisé que le degré de la preuve est réduit à la simple vraisemblance. A supposer que cela soit le cas, il vérifie, dans un second temps,

si l'employeur·e a apporté la preuve que la différence de salaire ne repose pas sur le sexe mais sur des critères objectifs (BRUCHEZ, p. 181 ; STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, art. 6 LEg N 44 ss). Le degré de la preuve est alors celui de la pleine conviction (sur cette notion cf. *supra* N 14 ss ; ATF 143 II 366, c. 2.3 : « *im Rahmen eines Vollbeweis* » ; 142 II 49, c. 7.4, RDAF 2017 I 259 : « *vollen Beweis* » ; 130 III 145, c. 5.2 : « *preuve complète* » ; TF 4A_473/2013, c. 3.1 : « *preuve stricte* »), étant précisé que l'employeur·e ne bénéficie pas de l'allègement prévu à l'art. 6 LEg (AUBRY GIRARDIN, Questions, p. 1068).

73. Ce raisonnement en deux étapes implique également pour l'employeur·e deux angles de défense, à savoir la possibilité d'apporter, d'une part, la contre-preuve et, d'autre part, la preuve du contraire :

1. De manière générale, le TF déduit de l'art. 8 CC un droit à la contre-preuve (ATF 133 III 81, c. 4.2.2 ; 120 III 393, c. 4b), à savoir, dans le cas particulier une faculté pour l'employeur·e d'établir l'existence de faits susceptibles d'infirmer le bien-fondé des allégations tendant à rendre vraisemblable la discrimination à raison du sexe (DIETSCHY, N 594 ; KLETT, p. 1297). Elle intervient dans la première étape du raisonnement, en ce sens que l'employeur·e peut prouver que la discrimination salariale que l'employé·e tente de rendre vraisemblable est en réalité inexistante (AUBRY GIRARDIN, Questions, p. 1068 ; KLETT, p. 1297 ; *plus nuancé* : STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, art. 6 LEg N 137, selon qui l'administration de la contre-preuve ne doit pas rendre trop difficile l'établissement de la vraisemblance). Ce moyen est toutefois délicat, car il implique d'apporter la preuve d'un fait (que la doctrine qualifie rapidement de négatif : AUBRY GIRARDIN, Questions, p. 1068 ; STAUBER-MOSER, p. 1360 ; STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, art. 6 LEg N 145) qui a d'ores et déjà été rendu vraisemblable (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 105). Par exemple, l'employeur·e pourrait démontrer que la demanderesse n'effectue pas un travail de valeur égale à celui de la ou des personnes salariées qu'elle a pris comme référence et qui touchent une rémunération supérieure (AUBRY GIRARDIN, Questions, p. 1068 ; KLETT, p. 1297) ; en d'autres termes, l'employeur·e devrait démontrer l'inexistence même de l'inégalité de traitement.
2. La preuve du contraire sert à renverser une présomption légale (DIETSCHY, N 595) ; dans le cadre de l'application de l'art. 6 LEg, sans que l'on puisse parler de présomption légale (cf. *supra* N 57), elle intervient dans la

seconde étape du raisonnement (KLETT, p. 1297). Concrètement, l'employeur·e ne remet plus en cause le fait qu'il existe une inégalité de traitement entre la partie demanderesse et ses collègues de l'autre sexe effectuant un travail de valeur égale, mais il tente d'apporter la preuve stricte que ladite inégalité est objectivement justifiée (ATF 144 II 65, c. 4.2.1 ; 142 II 49, c. 6.2, RDAF 2017 I 259 ; 130 III 145, c. 4.2). En général, c'est cet élément, à savoir l'existence d'un motif objectif justifiant l'inégalité, que l'employeur·e va chercher à démontrer car cette preuve est plus aisée que celle portant sur l'inexistence même de l'inégalité de rémunération, car elle porte sur des faits positifs (AUBRY GIRARDIN, Questions, p. 1068 ; STAUBER-MOSER, p. 1360). Comme c'est le cas pour l'employeur·e dans le cadre de la première phase, l'employé·e dispose dans cette seconde phase d'un droit à la contre-preuve (STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, art. 6 LEg N 146).

74. Si l'art. 6 LEg implique nécessairement un raisonnement en deux étapes, la doctrine majoritaire ne considère pas opportun de scinder le procès en deux phases dont la première correspondrait à la preuve – au degré de la simple vraisemblance – par l'employé·e de la discrimination et la seconde à la preuve – complète – par l'employeur·e de l'inexistence de celle-ci. En effet, selon plusieurs auteur·e·s, il faudrait, de toute manière et pour chacune de ces deux phases, procéder à l'administration et à l'appréciation de la preuve principale puis de la contre-preuve (BERSIER, p. 389 ; DIETSCHY, N 615 ; STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, art. 6 LEg N 147 s).
75. Par conséquent, ce n'est qu'au terme de la procédure probatoire, soit au moment de la formation du jugement, que le tribunal apprécie, dans un premier temps, si la discrimination a été rendue vraisemblable, puis, cas échéant et dans un second temps, si l'employeur·e a apporté la preuve du contraire (BRUCHEZ, p. 181 ; DIETSCHY, N 615 ; STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, art. 6 LEg N 149 ; WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 N 10).
76. Schématiquement et en application, d'une part, du principe général du fardeau de la preuve prévu à l'art. 8 CC, et d'autre part, de l'allègement relatif au degré de la preuve prévu à l'art. 6 LEg, trois hypothèses sont alors envisageables à l'issue de la procédure probatoire (en ce sens WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 N 10) :

1. L'employé·e ne rend pas vraisemblable la discrimination, de sorte qu'il ou elle succombe et que sa demande doit être déclarée mal fondée ;
 2. L'employé·e rend vraisemblable la discrimination, si bien que le fardeau de la preuve est renversé et qu'il revient à l'employeur·e de démontrer l'absence de discrimination fondée sur le sexe, et ce faisant, d'établir, preuves à l'appui, que la différence de traitement repose sur des facteurs objectifs. Dans ce cas, deux hypothèses sont envisageables :
 - a. l'employeur·e démontre au degré de la pleine conviction l'absence de discrimination, si bien que l'employé·e succombe ;
 - b. l'employeur·e ne parvient pas à démontrer l'absence de discrimination et la demande de l'employé·e doit alors être déclarée bien fondée, du moins quant à l'existence de la discrimination.
77. Ces deux phases doivent être distinctes dans le jugement (AUBRY GIRARDIN, Questions, p. 1068 ; BERSIER, p. 389). A défaut, il existe le risque concret que le tribunal ne se prononce que sur la vraisemblance de l'une ou l'autre allégation sans distinction selon les degrés de preuve applicables, de sorte que l'allègement de preuve prévu à l'art. 6 LEg resterait sans effet (STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, art. 6 LEg N 150).
78. Or un rapport publié en 2006 pour évaluer l'efficacité de la LEg démontre, aux termes de l'analyse des jugements rendus, que les tribunaux faisaient rarement une distinction entre la vraisemblance d'une discrimination et la preuve des motifs justificatifs qui permettent à l'employeur·e de se libérer (Rapport du 15 février 2006, FF 2006 3075 s). Ce constat a été confirmé en 2017 dans un rapport de recherche réalisé par l'Université de Genève et publié par le BFEG, portant sur l'analyse de la jurisprudence cantonale relative à la LEg entre les années 2004 à 2015 (LEMPEN/VOLODER, ch. 4.24).
79. Compte tenu de ce qui précède et indépendamment de la règle prévue à l'art. 6 LEg, chacune des parties est tenue, en pratique, de collaborer activement à l'administration des preuves et doit rester attentive aux éléments qu'elle doit prouver (AUBRY GIRARDIN, p. 1068 ; DIETSCHY, N 615), en réunissant un maximum de preuves ou d'indices pour ce faire.

3.2 Objet de la vraisemblance

80. L'art. 6 LEg ne détermine pas les faits qui doivent être rendus vraisemblables pour qu'il y ait « présomption » (cf. *supra* N 51) d'une discrimination à raison du sexe ; toutefois, ceux-ci peuvent être déduits de la notion même de discrimination (KLETT, p. 1296). L'employé·e doit donc rendre vraisemblables les conditions effectives de la discrimination, or celle-ci implique toujours une comparaison entre deux situations de fait. En particulier, il s'agira de comparer une mesure spécifique prise par un·e employeur·e (en ce sens STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, art. 6 LEg N 31 s) à l'égard de personnes de sexe opposé occupant une position semblable auprès de ce·tte même employeur·e (en ce sens WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 N 13).

3.2.1 La mesure litigieuse

81. La première condition de la discrimination, et donc le premier élément qu'il faut rendre vraisemblable, est une mesure prise par l'employeur·e en vertu de laquelle l'interdiction de discrimination à raison du sexe, telle que prévue par l'art. 3 LEg, aurait été violée (STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, art. 6 LEg N 32).
82. A cet égard, l'art. 3 al. 1 LEg interdit de discriminer les travailleuses et travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement. Il y a une discrimination directe lorsque celle-ci se fonde explicitement sur le critère du sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à l'un des deux sexes (TF 4A_395/2010, c. 5.1 ; Message LEg, FF 1993 I 1210). Tel est le cas du licenciement notifié à une travailleuse parce qu'elle est enceinte, souhaite le devenir ou qu'elle est mère (TF 4A_395/2010, c. 5.1). Il y a en revanche une discrimination indirecte lorsque celle-ci ne repose pas directement sur le sexe, mais a pour effet de désavantager un sexe par rapport à l'autre (ATF 138 I 205, c. 5.5 ; 125 I 71, c. 2a ; TF 8C_1006/2012, c. 5.2). Une discrimination indirecte est rendue vraisemblable lorsqu'une mesure, bien que d'apparence neutre, désavantage une proportion considérablement plus élevée de travailleuses ou de travailleurs (LEMPEN, Commentaire LEg 2011, art. 3 N 9 ; Message LEg, FF 1993 I 1216). A cet égard, la jurisprudence fédérale a précisé qu'une profession est considérée comme typiquement féminine lorsque la proportion de femmes qui y travaillent est supérieure à 70 %, mais la dimension historique et l'évolution de la profession peuvent aussi jouer un rôle (ATF 141 II 411, c. 6.2 ; 125 II 385, c. 3b ; cf. ég. la

jurisprudence européenne relative aux mesures concernant les travailleuses et travailleurs à temps partiel, cf. *supra* N 38 s).

83. Cette distinction est importante au moment d'appliquer l'art. 6 LEg. En effet, en présence d'une discrimination indirecte, il n'est pas facile pour le tribunal de se prononcer sur la vraisemblance, car celui-ci doit se demander s'il est plausible que la situation invoquée par la partie demanderesse touche dans la réalité et de façon négative plus un sexe que l'autre (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 104 s). Ainsi, une affaire relative à une réglementation concernant la rémunération des chargés d'enseignement de l'Université de Bâle démontre que lorsqu'une discrimination indirecte est invoquée, le tribunal doit déjà s'interroger sur des données statistiques au stade de la vraisemblance (TF 8C_1006/2012, c. 5.2). Pour que cette difficulté ne prive pas l'art. 6 LEg de toute portée, AUBRY GIRARDIN propose d'admettre la vraisemblance dès que la mesure prise touche davantage un sexe par rapport à l'autre (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 105).
84. En tout état de cause, il appartiendra à la partie demanderesse d'expliquer concrètement pourquoi elle estime pouvoir prétendre au même traitement (p. ex. à la même rémunération) qu'un·e collègue de sexe opposé. Si elle se contente d'une affirmation trop vague et abstraite, le tribunal pourra considérer que la preuve de la vraisemblance n'est pas apportée (AUBRY GIRARDIN, Questions, p. 1067).
85. Enfin, l'on rappellera que les mesures dont il est question ici doivent être rattachées au champ d'application de l'art. 6 LEg qui s'étend 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 (cf. *supra* N 52 ss).

3.2.2 Des personnes de sexe opposé

86. Pour qu'il y ait discrimination au sens de la LEg, la comparaison doit rendre vraisemblable une différence de traitement entre les travailleuses d'une part, et les travailleurs, d'autre part, ou inversement. En effet, l'art. 3 LEg ne tient pas compte d'une éventuelle discrimination entre hommes ou entre femmes, de sorte que la LEg ne permet pas de s'opposer à des discriminations entre personnes du même

sexe (ATF 127 III 207, c. 4b ; AUBRY GIRARDIN, Commentaire LEg 2011, art. 3 N 27 ; WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 N 13).

87. Cependant, l'interdiction de discrimination entre hommes et femmes est inconditionnelle, en ce sens que la LEg ne subordonne pas son application à la condition que l'employeur·e ne discrimine pas les femmes entre elles ou les hommes entre eux. Dans le cas contraire, il suffirait à un employeur·e de pratiquer des discriminations entre hommes ou entre femmes pour s'exonérer de toute interdiction de discrimination à raison du sexe. Un tel résultat ne saurait être admis, sauf à justifier la discrimination par la discrimination (ATF 136 II 393, c. 11.3 ; 127 III 2017, c. 4b).

3.2.3 Des personnes occupant une position semblable

88. Pour que la vraisemblance d'une discrimination soit admise, la comparaison doit intervenir entre des personnes (de sexe opposé) qui ont une position semblable dans une entreprise, avec un cahier des charges comparable (ATF 127 III 207, c. 3b ; TF 2A.730/2006, c. 4.2). En d'autres termes, une discrimination n'est pas encore rendue vraisemblable par l'existence d'une différence de traitement entre deux employés de sexe opposé ; il faut encore que la situation professionnelle des deux employés en cause soit globalement la même ou à tout le moins semblable (ATF 144 II 65, c. 7.2 ; TF 2A.91/2007, c. 2). Par ailleurs, selon un arrêt récent, la vraisemblance d'une discrimination implique de démontrer les motifs pour lesquels les fonctions considérées sont équivalentes (ATF 144 II 65, c. 7.2).
89. Pour évaluer si le cahier des charges ou la situation professionnelle de deux professions ou deux positions est comparable, un arrêt du TF du 26 septembre 2003 s'est fondé sur l'image que se fait la société des professions en cause (TF 2A.556/2002, c. 8.2). Dans l'affaire en cause, des infirmières et infirmiers s'en prenaient à l'échelle de traitement du Canton de Genève, l'essentiel de leur argumentation reposant sur la comparaison entre leur fonction et celle de gendarme : les infirmières et infirmiers, qui exercent une profession typiquement féminine, étaient colloqués dans une classe de traitement légèrement inférieure à celle des seconds qui exercent une profession typiquement masculine. Le TF a ainsi tenu compte de la perception de la société pour considérer qu'elle diffère en ce qui concerne la position des infirmières/infirmiers et des gendarmes, de sorte que leurs cahiers des charges et les dangers liés à l'exercice de ces deux

professions ne permettent pas leur comparaison ; dans cette affaire, la vraisemblance de la discrimination n'a pas été admise (TF 2A.556/2002, c. 8.2).

90. Selon AUBRY GIRARDIN, un tel critère est discutable dès lors que la perception sociale d'une profession n'est pas exempte d'a priori liés au sexe, eux-mêmes contraires au principe de l'égalité (AUBRY GIRARDIN, Questions, p. 1067).
91. La détermination du travail égal peut s'avérer compliquée, p. ex. dans une petite structure où chaque collaboratrice ou collaborateur a des tâches spécifiques, qui ne se recoupent pas. Dans de tels cas, le tribunal peut ne pas disposer des connaissances scientifiques nécessaires pour élucider une possible discrimination liée au sexe. Selon la jurisprudence fédérale, il devra alors mettre en œuvre une expertise destinée à établir la valeur comparative des activités, par hypothèse différentes mais toujours au sein de la même entreprise (ATF 133 III 545, c. 4.2 ; SATTIVA SPRING, 2013, p. 41). Les experts doivent alors décider si ces fonctions sont comparables les unes aux autres et déterminer les critères permettant de mettre à jour un cas de discrimination (ATF 133 III 545, c. 4.2 ; 130 III 145, c. 3.1.2)
92. Au demeurant, du point de vue temporel, il n'est pas nécessaire que l'employé·e qui sert de comparaison travaille en même temps dans l'entreprise, puisque ladite comparaison peut intervenir avec le ou la prédécesseur·e ou successeur·e (AUBRY GIRARDIN, Questions, p. 1067 ; SATTIVA SPRING, 2018, p. 23 ; pour le cas d'un prédécesseur : ATF 130 III 145, c. 4.2 ; en matière de fonction publique : ATF 142 II 49, c. 6.2 et 7.2-7.3, RDAF 2017 I 259).

3.2.4 Des personnes travaillant pour un·e même employeur·e

93. La comparaison ne peut intervenir que par rapport à d'autres personnes travaillant chez la ou le même employeur·e car la comparaison avec des collègues engagés auprès d'autres entreprises ou collectivités publiques qui fonctionnent selon des systèmes indépendants les uns des autres est exclue (ATF 130 III 145, c. 3.1.2 ; AUBRY GIRARDIN, Commentaire LEg 2011, art. 3 N 25 ; WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 N 13). En effet, la LEg n'entend pas compenser à l'échelle nationale des différences, même considérables, qui existeraient entre des employeur·e·s disséminé·e·s aux quatre coins de la Suisse ; la loi veut uniquement

garantir la cohérence interne du système (p. ex. de rémunération ; SATTIVA SPRING, 2013, p. 41).

94. S'il s'agit de personnes travaillant dans la fonction publique, la comparaison interviendra avec les collègues engagés par la même collectivité publique (WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 N 13). Dans le secteur public, les discriminations à raison du sexe sont généralement invoquées en lien avec des fonctions classées différemment, en particulier en matière de discrimination salariale (cf. ATF 144 II 65 ; 143 II 366 ; 142 II 49 ; 136 II 393 ; 131 II 393), de sorte que la classification des fonctions peut en elle-même être discriminatoire.
95. Dans le secteur privé, il peut être tenu compte d'une sous-catégorisation au sein d'une même entreprise, notamment par unité ou secteur d'entreprise, lorsque les différentes catégories de personnel sont régies par des contrats, statuts ou règlements spécifiques et que ces spécificités sont justifiées par des motifs objectifs. Cependant, comme en matière de fonction publique, la catégorisation du personnel peut en elle-même être discriminatoire de sorte que l'analyse de ces critères est soumise à l'allègement du fardeau de la preuve instauré par l'art. 6 LEg (WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 N 13).

3.3 La preuve du contraire : les motifs justificatifs

3.3.1 Généralités

96. Tout comme la notion de vraisemblance, celle de motif justificatif objectif est une notion indéterminée (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 105), la loi ne contenant pas de liste de motifs justificatifs (WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 N 29). A cet égard, l'examen des décisions cantonales réalisé en 2006 relève que les exigences relatives à la preuve des motifs justificatifs restent floues. Ainsi, les tribunaux civils de première instance, plus particulièrement, ont tendance à accepter toute justification apparaissant comme plausible à première vue, alors que la jurisprudence de l'instance supérieure pose souvent comme condition supplémentaire que l'employeur·e prouve que les motifs objectifs sont effectivement importants dans les faits et qu'ils s'appliquent rigoureusement de la même manière à l'ensemble des travailleuses et travailleurs (Rapport du 15 février 2006, FF 2006 3076).

97. Le principe général veut que le tribunal admette l'existence d'un tel motif si l'employeur·e parvient à démontrer que l'objectif poursuivi répond à un véritable besoin de l'entreprise et que les mesures discriminatoires adoptées sont propres à atteindre le but recherché, sous l'angle de la proportionnalité (Message LEg, FF 1993 I 1211 ; ATF 130 III 145, c. 5.2 ; TF 4A_261/2011, c. 3.2 ; 4A_449/2008, c. 3.1). Cette exigence laisse une large place à l'appréciation. Pour aider le tribunal, la jurisprudence a, comme pour la preuve de la vraisemblance, posé des jalons mais cette appréciation demeure difficile (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 105).
98. Ainsi, selon la jurisprudence fédérale, constituent des motifs objectifs ceux qui peuvent influencer la valeur même du travail, comme la formation, l'ancienneté, la qualification, l'expérience, le domaine concret d'activité, les prestations effectuées, les risques encourus, le cahier des charges (ATF 142 II 49, c. 6.3 ; 136 II 393, c. 11.3 ; 130 III 145, c. 5.2 ; 127 III 207, c. 3c ; 125 III 368, c. 5 ; TF 4A_261/2011, c. 3.2).
99. Certains critères peuvent même être spécifiques à une profession déterminée (AUBRY GIRARDIN, Questions, p. 1068) ; pour les enseignant·e·s, sont pris en considération la formation nécessaire, le type d'établissement scolaire, le nombre d'heures d'enseignement ou encore la taille des classes (TF 2A.192/2002, c. 5.2).
100. Des disparités peuvent également se justifier pour des motifs qui ne se rapportent pas immédiatement à l'activité de l'employé·e, mais qui découlent de préoccupations sociales, comme les charges familiales ou l'âge (ATF 136 II 393, c. 11.3 ; 130 III 145, c. 5.2 ; 127 III 207, c. 3c ; 125 III 368, c. 5 ; TF 4A_261/2011, c. 3.2).

3.3.2 Quelques motifs justificatifs objectifs et leur appréciation

101. S'il n'existe pas d'énumération exhaustive des motifs justificatifs, la jurisprudence a mis en évidence de nombreux motifs qui fonctionnent comme un guide tendant à faciliter l'appréciation par les tribunaux de la preuve du contraire à charge de l'employeur·e (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 105 ; WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 N 29). Il s'agira de présenter quelques-uns de ces motifs justificatifs, sans prétendre à l'exhaustivité ; le but est en effet de mettre

en évidence certaines difficultés auxquelles sont confrontés les tribunaux lors de l'appréciation de ces motifs et, partant, les parties lorsqu'il s'agit de prouver l'existence ou l'inexistence de ceux-ci.

3.3.2.1 L'expérience professionnelle et la formation

102. L'expérience professionnelle, tout comme la formation, est un motif objectif pouvant justifier une différence de traitement (ATF 130 III 145, c. 5.2 ; 127 III 207, c. 3b ; 125 III 368, c. 5). Dans le cadre de son appréciation, le tribunal devra procéder à des comparaisons parmi des formations et expériences professionnelles distinctes, ce qui n'est pas simple (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 106).
103. Il incombe à l'employeur·e d'établir quel rôle l'expérience professionnelle joue pour l'exercice de l'activité en cause, en démontrant la valeur qu'elle ou il lui attribue et les raisons pour lesquelles l'expérience acquise au sein de l'entreprise ne vaut pas celle acquise à l'extérieur de celle-ci (ATF 127 III 207, c. 5a). De même, si une formation plus poussée peut justifier un traitement différent, l'employeur·e devra démontrer en quoi ladite formation est utile pour le travail en cause (ATF 142 II 49, c. 8.2)
104. Par ailleurs, selon la jurisprudence fédérale, l'importance de ce motif diminue au fil des années passées dans l'entreprise. Ainsi, il convient de se montrer d'autant plus strict avec l'employeur·e dans l'appréciation de l'existence de ce motif que l'employé·e a une longue ancienneté dans l'entreprise (ATF 127 III 207, c. 5a : en l'espèce plus de dix ans au moment où l'employée s'est plainte de discrimination à raison du sexe). De même, l'importance à attribuer à ce facteur a été relativisée, dans une affaire où la comparaison intervenait sept ans après l'entrée en fonction de la partie demanderesse (TF 4A_449/2008, c. 3.2.1). Il en va de même pour la formation, ce d'autant plus si les diplômes obtenus n'ont pas été complétés par une expérience pratique dans le domaine concerné (SATTIVA SPRING, 2013, p. 44).
105. Toutefois, malgré ces principes, un arrêt de 2012 (TF 4A_614/2011) démontre la complexité de l'exercice pour un tribunal, lorsqu'il s'agit de comparer et d'apprécier diverses expériences professionnelles (GIRARDIN, Problèmes, p. 106). Il s'agissait de deux employé·e·s juristes, l'homme ayant en plus étudié l'économie

pendant deux semestres, alors que la femme avait une maturité économique. Durant leurs études, la femme avait travaillé pendant trois ans comme employée d'une caisse de recouvrement et dans une agence immobilière à raison d'un mi-temps durant trois ans ; l'homme avait participé à un projet pour le compte d'une grande banque pendant dix mois, avait travaillé dans une assurance pendant 2,5 mois et effectué son école de recrue. Tous deux avaient été actifs après leurs études dans des entreprises en tant que juristes, la femme en tant que stagiaire durant 24 mois, l'homme comme stagiaire pendant 12 mois, puis comme employé pendant environ 21 mois. La femme avait obtenu, contrairement à l'homme, un brevet d'avocat juste avant l'engagement, mais cela n'était pas une condition requise pour le poste. En fin de compte, il a été considéré que l'homme avait une expérience professionnelle supérieure qui justifiait une différence de traitement (TF 4A_614/2011, c. 3).

3.3.2.2 L'ancienneté

106. L'ancienneté fait également partie des motifs objectifs pouvant justifier une différence de traitement (ATF 142 II 49, c. 6.3 ; 136 II 393, c. 11.3 ; 130 III 145, c. 5.2 ; 127 III 207, c. 3b ; 125 III 368, c. 5). Tout comme pour l'expérience professionnelle, l'ancienneté perd de son importance avec l'écoulement du temps. Ainsi, une ancienneté supérieure d'une année et demie à celle du collègue qui sert de comparaison ne constitue pas un motif justificatif, après six ans d'activité professionnelle pour la ou le même employeur·e, dans une comparaison où les deux collègues, de même âge et au bénéfice de la même formation, exercent la même activité, avec un cahier des charges identique, des responsabilités identiques, sans que la quantité ou la qualité de leurs prestations ne soient l'objet de différences. Le fait que durant trois ans, l'un·e des deux n'a travaillé qu'à 70 % est également un élément négligeable dans ce contexte (TF 4A_449/2008, c. 3.2.1).
107. L'appréciation de l'ancienneté doit donc intervenir au regard du principe de la proportionnalité (cf. *infra*, N 112 ss), en tenant non seulement compte de la date d'entrée en fonction des personnes considérées, mais également de la durée des emplois respectifs ; plus elle est longue, moins l'écart se justifie (WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 N 30 let. b).

3.3.2.3 La marge de négociation individuelle

108. Dans une certaine mesure, la liberté contractuelle et la capacité individuelle à négocier des personnes faisant acte de candidature pour le poste concerné permettent des disparités contractuelles (ATF 129 III 276, c. 3.1, JdT 2003 I 346, traitant notamment de l'égalité de traitement en matière de gratification indépendamment d'un cas de discrimination à raison du sexe). Le principe de la liberté contractuelle est toutefois restreint par l'interdiction de discriminer liée au sexe. Dans le domaine salarial, le Tribunal fédéral a précisé que la capacité à négocier, de même que la situation conjoncturelle, peuvent conduire à des disparités (TF 4A_261/2011, c. 3.2), lesquelles doivent être compensées dès qu'il est raisonnablement possible de le faire pour l'employeur·e, le cas échéant dans un délai d'une année (ATF 130 III 145, c. 5.2 ; 125 III 368, c. 5c/ee).
109. En tout état de cause, il faut, comme WYLER, reconnaître une certaine marge de manœuvre si l'on ne veut pas totalement vider de sa substance la liberté contractuelle (WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 N 31 let. d).

3.3.2.4 Les préoccupations sociales

110. Comme indiqué ci-dessus (cf. *supra* N 100), des préoccupations sociales peuvent constituer des motifs justificatifs. Toutefois, la LEg interdit de discriminer les travailleuses et travailleurs à raison du sexe de manière indirecte en se fondant sur leur état civil, leur situation familiale ou, s'agissant des femmes, sur leur grossesse, à moins qu'il s'agisse de mesures appropriées visant à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes (cf. art. 3 al. 1 et 3 LEg). Par ailleurs, le TF a précisé que les motifs justificatifs qui se rapportent à des circonstances extérieures à la personne ou à l'activité du travailleur ou de la travailleuse doivent être maniés avec prudence (TF 2A.192/2002, c. 5.2). Or des préoccupations sociales ne se rapportent pas directement à l'activité professionnelle mais dépendent, par définition, de la conception que se fait l'entreprise de la société et donc de critères éminemment subjectifs qui risquent de reposer sur des stéréotypes liés à la perception du rôle de chaque sexe (AUBRY GIRARDIN, Questions, p. 1069). Ainsi, pendant longtemps a prévalu l'idée qu'une femme qui travaille peut toucher une rémunération inférieure à celle d'un homme avec

charge de famille, critère désormais dépassé (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 106).

111. Au vu de ce qui précède, les tribunaux doivent se montrer extrêmement attentifs lorsqu'ils apprécient des motifs justificatifs reposant sur des considérations sociales, afin de ne pas justifier une discrimination par la discrimination (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 106), procédé expressément prohibé par la jurisprudence fédérale (ATF 136 II 393, c. 11.3 ; 127 III 2017, c. 4b).

3.3.3 La proportionnalité

112. S'il existe un motif justificatif indépendant du sexe permettant de fonder la différence de traitement, le travail du tribunal et des parties n'est pas terminé. En effet, la jurisprudence fédérale exige encore que la proportionnalité soit respectée, en ce sens que le motif objectif doit justifier non seulement la différence de traitement, mais aussi son ampleur (ATF 130 III 145, c. 5.2 ; TF 4A_261/2011, c. 3.2 ; 4A_115/2011, c. 5.1 ; 4A_449/2008, c. 3.2.1).
113. Ainsi, comme cela a d'ores et déjà été indiqué ci-dessus, l'appréciation de l'ancienneté doit intervenir au regard du principe de la proportionnalité (cf. *supra* N 107), de sorte qu'il faudra tenir compte non seulement de la date d'entrée en fonction des personnes considérées, mais également de la durée des emplois respectifs ; plus elle est longue, moins l'écart se justifie.
114. De même, les motifs justificatifs objectifs ne peuvent légitimer une différence de rémunération entre travailleuses et travailleurs que dans la mesure où ils influent effectivement sur la prestation de travail et sa valeur pour l'employeur·e (ATF 130 III 145, c. 5.2 ; 127 III 207, c. 3c ; 125 III 368, c. 5 ; cf. *infra*, N 149 ss).
115. Compte tenu de ce qui précède, le tribunal ne doit pas se contenter d'examiner si l'employeur·e est parvenu·e à apporter la preuve d'un motif justificatif. Si tel est le cas, il doit encore se demander si la différence de traitement en découlant n'est pas disproportionnée et, le cas échéant, fixer lui-même un traitement qui ne soit pas discriminatoire (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 107 ; TF 4A_261/2011, c. 3.4).

3.4 Conclusions intermédiaires

116. L'examen de l'application pratique de l'art. 6 LEg met en évidence la nécessité pour le tribunal de procéder à un raisonnement en deux temps, dans le cadre d'une seule et même procédure. Chacune de ces étapes est soumise à un degré de la preuve spécifique ; d'abord la vraisemblance, puis la preuve stricte. Elles sont également soumises à des règles différentes en matière d'établissement de fardeau de la preuve ; d'abord la règle générale et subsidiaire de l'art. 8 CC, puis un éventuellement renversement selon l'art. 6 LEg.
117. Au demeurant, le tribunal est amené à examiner dans les deux étapes de son raisonnement des états de faits semblables, si non identiques ; qu'il s'agisse de l'établissement de la vraisemblance d'une discrimination fondée sur le sexe ou des motifs qui pourraient justifier une telle différence de traitement, les éléments examinés appartiennent au même complexe de faits.
118. Si un raisonnement en deux étapes de la part du tribunal paraît fondamental pour l'application de l'art. 6 LEg, il n'existe pas, dans les procès en matière d'égalité, deux phases procédurales distinctes soumises à des règles différentes, mais une seule et même procédure réunissant l'ensemble des principes exposés ci-dessus.
119. Dans le prolongement de ce qui a été indiqué précédemment (cf. *supra* N 68 ss), il est douteux qu'un tel système assure la bonne coordination des diverses règles applicables et, en définitive, l'applicabilité pratique de l'« *allègement de la preuve* », tel qu'il est prévu à l'art. 6 LEg.

4. *L'application de l'art. 6 LEg par le Tribunal fédéral : les cas de discrimination salariale*

120. Les cas de discrimination salariale figurent parmi les plus fréquents en pratique (Rapport du 15 février 2006, FF 2006 3070 ; LEMPEN/VOLODER, ch. 4.20). Partant, outre les principes généraux d'ores et déjà exposés (cf. *supra* ch. 3), quelles sont les spécificités liées à l'application de l'art. 6 LEg en cas de discrimination salariale ? En premier lieu, nous examinerons les critères sur lesquels la jurisprudence fédérale se fonde pour apprécier la vraisemblance ou non d'une discrimination salariale (4.1), puis les motifs justificatifs spécifiques

aux discriminations salariales (4.2), et enfin l'examen particulier de la proportionnalité en cas de discrimination salariale (4.3).

4.1 La vraisemblance d'une discrimination salariale

4.1.1 L'écart de salaire

121. Compte tenu des éléments sur lesquels doit porter la vraisemblance (cf. *supra* ch. 3.2), le tribunal devra considérer qu'une discrimination salariale directe est rendue vraisemblable lorsque la partie demanderesse démontre qu'un·e salarié·e d'un autre sexe occupant une position similaire dans l'entreprise et se trouvant dans une situation comparable gagne plus (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 103). Encore faut-il savoir ce que signifie « gagne plus ».
122. En ce qui concerne l'écart salarial, la vraisemblance d'une discrimination salariale a été admise par le TF :
 - dans le cas d'une employée dont le collègue qui avait des fonctions identiques au sein de la société percevait une rémunération « exactement 50 % plus élevée » que celle de la demanderesse (TF 4A_261/2011, c. 3.3) ;
 - de manière « patente », pour une rémunération initiale de la demanderesse 27 % plus basse que celle de son prédécesseur, ce d'autant plus que cette différence ne s'était pas réduite avec le temps et que le successeur au poste de la demanderesse (son cadet de dix ans) a touché d'entrée de cause la rémunération que celle-ci avait atteinte en fin de contrat (ATF 130 III 145, c. 4.3.1) ;
 - pour une différence de rémunération de plus de 11 %, dans le cas où la demanderesse avait exercé ses fonctions pendant trois années de plus, par rapport à son collègue masculin pris comme élément de comparaison (TF 2A.91/2007, c. 5, cité dans l'ATF 144 II 65, c. 4.2.3) ;
 - dans le cas d'une employée dont le salaire initial était – après adaptation au renchérissement – 11,5 % inférieur au salaire initial de son prédécesseur et 43 % inférieur au salaire final de son prédécesseur. Selon le TF, bien qu'on ne puisse pas exiger au moment de l'engagement la même rémunération que son prédécesseur, l'ampleur de ces écarts rend vraisemblable une

discrimination fondée sur le sexe (ATF 142 II 49, c. 7, RDAF 2017 259, p. 261) ;

- dans cette même affaire, le salaire final de la demanderesse correspondait pratiquement au salaire initial de son successeur. Même en tenant compte du renchérissement, un écart de plus de 15 % (en faveur du successeur) entre le salaire initial de la demanderesse et celui initial de son successeur rendait également vraisemblable la discrimination à raison du sexe (ATF 142 II 49, c. 7, RDAF 2017 259, p. 261).

123. De manière plus générale, le Tribunal a affirmé à plusieurs reprises qu'une discrimination à raison du sexe paraît vraisemblable pour une employée dont le salaire, comparé à celui d'un collègue qui accomplit le même travail, est inférieur de 15 à 25 % (ATF 144 II 65, c. 4.2.3 ; 130 III 145, c. 4.2 ; 125 III 368, c. 4 ; TF 4A_115/2011, c. 5.1).
124. Dans une affaire neuchâteloise, l'autorité cantonale avait constaté une différence de salaire entre la gérante du magasin de Peseux et son collègue de la Chaux-de-Fonds, de CHF 460.00 par mois, soit un écart en faveur de ce dernier de moins de 10 %. Partant, la vraisemblance d'une discrimination n'avait pas été admise. Saisi d'un recours contre la décision cantonale, le Tribunal fédéral souligne que « s'il n'est pas établi que tous les travailleurs concernés assument la même fonction, une simple comparaison des salaires ne permet pas d'apprécier la vraisemblance d'une discrimination ». Selon les juges fédéraux, s'il se révélait que la valeur intrinsèque du travail confié à la demanderesse fût supérieure à celle de celui attendu de son collègue, une différence de salaire en faveur de ce dernier, même de « moins de 10 % », serait l'indice objectif d'une discrimination. Il est donc indispensable de constater les occupations et les responsabilités des travailleuses et travailleurs dont on compare les situations, puis de les évaluer si elles comportent des différences (TF 4A_115/2011, c. 6).
125. Partant, un écart de rémunération inférieur à 10 % peut suffire à établir la vraisemblance d'une discrimination salariale en raison du sexe, s'il s'avère que le travail effectué par la personne qui se plaint d'une discrimination est d'une valeur supérieure à celui de la personne qui sert de comparaison (LEMPEN, p. 146).
126. Cependant, sans se prononcer sur la question de la vraisemblance qui avait été admise par l'autorité cantonale et qui n'était plus remise en discussion par la

recourante devant le TF, celui-ci a eu l'occasion de considérer comme étant plutôt insignifiante une différence de salaire moyenne de 6 % (TF 4A_585/2015, c. 4 : « *eher geringfügigen Lohndifferenz von durchschnittlich 6 %* »).

127. Au vu de la jurisprudence précitée, l'appréciation de la vraisemblance semble dépendre avant tout des circonstances particulières du cas d'espèce. De ce fait, il semble difficile de dégager de la jurisprudence fédérale une limite inférieure absolue qui doit être atteinte pour que la discrimination salariale puisse être rendue vraisemblable (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 104 ; *contra* : STAUBER-MOSER, p. 1372, qui se réfère à une différence de salaire d'environ 10 % et WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 N 14, qui se réfère à une différence salariale de 16 % en moyenne).
128. Si l'on peut admettre en principe, qu'à partir d'environ 15 %, l'écart salarial suffit à lui seul pour démontrer la vraisemblance d'une discrimination (en ce sens TF 4A_115/2011, c. 5.1 ; ATF 130 III 145, c. 4.2 ; 125 III 368, c. 4), un écart inférieur ne doit pas aboutir à ce que le tribunal rejette d'emblée la preuve de la vraisemblance. En effet, en présence d'un faible écart salarial, le tribunal doit encore, au stade de la vraisemblance, tenir compte des circonstances alléguées par la partie demanderesse, telles qu'un travail d'une valeur intrinsèque supérieure à celle de son collègue de l'autre sexe (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 104 ; en ce sens, TF 4A_115/2011, c. 6 précité).
129. Enfin, la comparaison avec la rémunération d'un seul collègue de sexe opposé exerçant la même activité peut suffire à rendre la discrimination vraisemblable (TF 4A_261/2011, c. 4.2 ; 4A_115/2011, c. 5.1 ; 4A_449/2008, c. 3) et ce, qu'il s'agisse de son ou sa prédécesseur·e ou successeur·e (cf. *supra* N 92). Ces différents critères peuvent d'ailleurs être cumulés dans une appréciation globale, par une comparaison du salaire initial de la partie demanderesse avec le salaire initial de son ou sa prédécesseur·e, cumulée avec la comparaison entre le salaire final de la partie demanderesse avec le salaire initial de son ou sa successeur·e (ATF 142 II 49, c. 8 et 9 ; 130 III 145, c. 4.3.1).
130. Dans le secteur public, la comparaison intervient généralement dans la classification générale de diverses fonctions au sein d'une échelle de traitement, si bien que, dans ces cas-là, des critères particuliers sont applicables (cf. *infra*, ch. 4.1.2).

4.1.2 *Le cas particulier de la discrimination salariale dans le secteur public*

131. Pour rappel, dans le secteur privé, la comparaison à un·e seul·e collègue peut suffire à rendre vraisemblable une discrimination salariale (cf. *supra* N 129). Tel peut également être le cas dans le secteur public, p. ex. lorsque la partie demanderesse se plaint d'une différence de salaire avec son ou sa prédécesseur·e et successeur·e à la même fonction (ATF 142 II 49, RDAF 2017 259, où la demanderesse n'avait pas été promue à une classe de salaire supérieure et n'avait pas bénéficié de certaines primes).
132. Toutefois, dans le secteur public, le salaire est fixé en fonction de classes de traitement qui sont publiées et qui ne font pas de distinction à raison du sexe au sein d'une même classe. Partant, les discriminations sont généralement invoquées en lien avec des fonctions classées différemment (ATF 144 II 65 ; 143 II 366 ; TF 2A.556/2002). En d'autres termes, il y a une situation collective de discrimination, si bien qu'une profession ou une fonction est comparée dans son ensemble avec des fonctions semblables (ATF 144 II 65, c. 6). La vraisemblance d'une discrimination implique ainsi de démontrer que la profession en cause – typiquement féminine – est moins bien placée, dans les échelles de traitement, qu'une profession typiquement masculine ou neutre à raison du sexe (ATF 136 II 393, c. 11.3.1 ; TF 8C_1006/2012, c. 5.2). Il s'agit donc d'un cas de discrimination indirecte (sur cette notion, cf. *supra* N 82).
133. Or même sous l'angle de la vraisemblance, il n'est pas évident pour un tribunal de qualifier le genre d'une profession de la fonction publique (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 104). Pour rappel, la jurisprudence considère qu'en principe une profession est typiquement féminine si la proportion de femmes qui l'exerce est supérieure à 70 %, mais la dimension historique et l'évolution de la profession peuvent aussi jouer un rôle (cf. *supra* N 82). Ceci implique inévitablement de recourir à des statistiques et autres études sur la structure de l'emploi au stade de l'examen de la vraisemblance déjà.
134. Ainsi, dans une affaire concernant une réglementation relative à la rémunération des chargé·e·s de cours à l'Université de Bâle, le TF a considéré que la discrimination n'avait pas été rendue vraisemblable car autant d'hommes que de femmes étaient touchés par ladite réglementation (TF 8C_1006/2012, c. 5.2).

Ceci démontre que lorsqu'une discrimination indirecte est invoquée, le tribunal doit s'interroger sur des données statistiques au stade de la vraisemblance déjà (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 105).

135. En outre, le tribunal devra encore procéder à une comparaison avec une profession typiquement masculine ou neutre à raison du sexe, tout en prenant garde à ne pas empiéter sur la marge de manœuvre, qui, selon la jurisprudence fédérale, doit être laissée aux autorités politiques dans l'évaluation des fonctions (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 104). Ainsi, la question à laquelle doit répondre le tribunal n'est pas celle de savoir si une échelle de traitement est juste ou convaincante mais uniquement de savoir si elle est discriminatoire à raison du sexe (ATF 142 II 49, c. 4.7 ; TF 8C_696/2016, c. 3.3 ; TF 8C_78/2009, c. 4.2.2 non publié *in* ATF 136 II 393 ; TF 8C_31/2009, c. 3.2.1 et 3.2.2 ; ATF 125 II 385, c. 5d).
136. Au demeurant, le TF a précisé que le fait qu'une employée exerçant une profession typiquement féminine gagne moins que dans une autre profession – neutre du point de vue du sexe ou typiquement masculine – ne rend pas encore vraisemblable une discrimination (ATF 143 II 366, c. 3.2 ; 141 II 411, c. 10 ; 125 III 385, c. 5e ; 2A.730/2006, c. 4.2). En d'autres termes, une employée exerçant une profession typiquement féminine doit encore rendre vraisemblable les conditions effectives de la discrimination, à savoir que l'échelle de traitement doit reposer, sans raison objective, sur des critères liés au sexe (AUBRY GIRARDIN, Questions, p. 1067).
137. Ainsi, dans une récente affaire relative à la classification des enseignantes primaires du canton d'Argovie (ATF 143 II 366), la comparaison de la rémunération du corps enseignant d'une part et du personnel de l'administration d'autre part, a permis de relever un salaire moyen de 9.88 % inférieur dans l'enseignement. Pour les enseignant·e·s au primaire, profession considérée comme étant typiquement féminine (ATF 141 II 411, c. 9), la différence augmente même à 15.81 %. Toutefois, le TF a considéré que les demanderesse·s n'avaient pas rendu vraisemblable une discrimination à raison du sexe, dès lors que les enseignant·e·s à l'école professionnelle (profession considérée comme neutre d'un point de vue du sexe) perçoivent 15.03 % de moins par rapport au reste de l'administration ; la différence de pourcentage a donc été considérée comme minimale entre les deux professions (ATF 143 II 366, c. 2.5 et 3.12 ; pour un commentaire critique de cet arrêt, cf. SATTIVA SPRING, 2018, p. 24, qui relève que

cette manière de raisonner pourrait avoir pour effet de justifier l'inégalité de traitement d'une profession typiquement féminine par l'inégalité de traitement d'une profession neutre).

138. Au vu de la jurisprudence fédérale présentée ci-dessus, on constate de sérieuses difficultés à apporter la preuve de la vraisemblance d'une discrimination dans le secteur public, du moins lorsqu'une discrimination collective est en cause. De manière plus générale, ce sont les cas de discriminations indirectes qui sont difficiles à démontrer. Toutefois, dans deux arrêts du Tribunal administratif du canton de Zurich, la vraisemblance d'une discrimination indirecte a été admise (cf. LEMPEN, p. 146 ss).
139. Le premier arrêt fait suite à un recours interjeté par la section zurichoise du syndicat des Services publics contre une réglementation de la ville de Zurich prévoyant une réduction des jours de vacances accordés aux directrices et directeurs de crèches (profession typiquement féminine). La ville de Zurich avait dû augmenter de 10 % la rémunération des directrices et directeurs de crèches, afin de supprimer une discrimination en raison du sexe à l'encontre de cette profession. Or, d'après le syndicat, la diminution prévue des jours de vacances équivalait à une réduction de salaire de 2,1 % à 6,8 % et avait, dès lors, pour effet de rétablir la discrimination qui avait été supprimée. Selon le Tribunal, il est en principe exclu qu'une réduction du salaire puisse avoir lieu par une diminution des jours de vacances, sans qu'il n'en résulte une nouvelle discrimination fondée sur le sexe. Partant, la vraisemblance de la discrimination a été admise (Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich, VB.2014.00164, du 19 novembre 2014, c. 5 ; LEMPEN, p. 146 s). Toutefois, suite au recours de la Ville de Zurich auprès du Tribunal fédéral, celui-ci a annulé l'arrêt du Tribunal administratif cantonal et confirmé la décision de la Ville. Les juges fédéraux ont en effet retenu que la vraisemblance d'une discrimination n'avait pas été apportée, considérant qu'il n'y a, chez les directrices et directeurs de crèches, aucune spécificité liée à leur activité qui n'aurait pas été prise en considération dans l'évaluation des fonctions ou qui justifierait un droit aux vacances plus élevé (TF 8C_119/2015, c. 4.4).
140. Le second arrêt s'est penché sur une réglementation aux termes de laquelle les interventions à l'hôpital des technicien·ne·s en salle d'opération – profession typiquement féminine –, dans le cadre d'un service de piquet, n'étaient pas

considérées comme du temps de travail et ne donnaient donc droit qu'à une indemnité. Toutefois, pour les médecins assistant·e·s – profession neutre –, les heures de présence effectuées étaient comptées comme du temps de travail et donnaient donc droit au versement du salaire complet. Le Tribunal a retenu la vraisemblance d'une discrimination à raison du sexe, dès lors qu'il n'y avait, a priori, pas lieu de distinguer les heures de présence assumées par les médecins assistant·e·s de celles assurées par les technicien·ne·s en salle d'opération dans le cadre d'un service de piquet (Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich, PB.2010.00064, du 5 octobre 2011, c. 5.4 et 11.1 ; LEMPEN, p. 147 s).

4.2 Les motifs justificatifs d'une discrimination salariale

4.2.1 La marge de négociation individuelle

141. Comme cela a d'ores et déjà été indiqué, la marge de négociation individuelle constitue, selon la jurisprudence fédérale, un motif objectif pouvant justifier une certaine différence de salaire, mais uniquement de manière temporaire, à savoir que l'employeur·e doit y remédier dans un délai d'un an (cf. *supra* ch. 3.3.2.3).
142. Par ailleurs, si le principe de liberté contractuelle doit être respecté (WYLER, Commentaire LEg 2011, art. 6 N 31 let. d), celle-ci ne saurait, à notre sens, justifier des écarts de salaires tels, qu'ils rendent à eux seuls une discrimination vraisemblable (sur les écarts de salaire, cf. *supra* ch. 4.1.1).

4.2.2 La situation conjoncturelle

143. La jurisprudence fédérale admet que des différences puissent, du moins temporairement, être justifiées par les conditions du marché du travail. Ainsi, la situation conjoncturelle peut justifier des différences de traitement de manière limitée et temporaire (ATF 130 III 145, c. 5.2 ; 125 III 368, c. 5c ; TF 4A_261/2011, c. 3.3.6).
144. Ainsi, il est envisageable qu'une entreprise, ayant un besoin précis, engage un travailleur spécialisé et particulièrement précieux en lui offrant, à cause de la situation momentanée du marché, un salaire plus élevé que celui de la personne

de l'autre sexe déjà en place (ATF 125 III 368, c. 5c/aa ; TF 4A_261/2011, c. 3.3.6). Toutefois, quand ces personnes font non seulement un travail de valeur égale, mais encore de même nature ou carrément identique, il est difficile de discerner un besoin de l'entreprise justifiant une rémunération différente due à la situation du marché, et cela en tous cas pas pour une longue période (ATF 125 III 368, c. 5c/aa).

145. Au demeurant, si les facteurs ayant influencé le marché du travail ou leur importance ne sont pas notoires, l'employeur·e devra présenter les données économiques et les statistiques. Seuls entrent en considération les facteurs qui étaient réellement présents et qui ont effectivement influencé la décision de rémunération. Il faut aussi prouver que l'entreprise avait un besoin concret de s'écarter temporairement de l'égalité de salaire en raison du marché. C'est seulement dans ces conditions qu'il est possible d'examiner si et dans quelle mesure la situation conjoncturelle peut justifier une différence de salaire entre hommes et femmes, compatible avec le principe d'égalité (ATF 125 III 368, c. 5c/aa).
146. Enfin, dans le secteur public, de simples difficultés budgétaires ne sauraient justifier une entorse au principe de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, si bien que le tribunal est tenu d'intervenir même si cela doit entraîner des effets importants sur le système des salaires et sur les finances cantonales (ATF 125 I 71, c. 4d/bb, JdT 2002 I 278 ; 124 II 436 c. 10g/h).

4.2.3 Des avantages particuliers

147. De même, une différence de salaire peut reposer sur des avantages particuliers dont la personne qui se plaint de discrimination salariale a bénéficié. Toutefois, une durée de vacances annuelles de cinq semaines, supérieure que d'une semaine au minimum légal de l'art. 329a al. 1 CO, ne saurait contrebalancer un salaire initial inférieur de 27 % comparé à celui de son ou sa prédécesseur·e, accompagné du non-versement de gratifications et de l'absence de toute promotion pendant la durée des rapports de travail (ATF 130 III 145, c. 5.5.1). Dans ce même arrêt, le TF a précisé que l'extension à six mois du délai de congé ne joue aucun rôle sur la valeur de la prestation de travail et ne saurait donc justifier une différence de salaire (ATF 130 III 145, c. 5.5.2).

4.2.4 La non-réalisation des conditions permettant une promotion

148. Dans un récent arrêt relatif au cas d'une responsable du service du personnel de l'administration cantonale de Bâle-Campagne, le TF, après avoir admis la vraisemblance d'une discrimination fondée sur le sexe, a rejeté le recours de celle-ci en considérant que le canton avait apporté la preuve de l'absence de discrimination. Parmi les motifs justificatifs objectifs, le TF a retenu le fait qu'une promotion de la requérante à une classe supérieure de l'échelle de traitement – envisagée et obtenue par son prédécesseur – ne s'est pas réalisée en raison d'un problème de communication entre le service du personnel qu'elle dirigeait et la direction. Sans que l'arrêt ne permette de déterminer dans quelle mesure lesdits problèmes étaient imputables à l'employée, notre Haute Cour a retenu que la non-promotion de la requérante était liée à l'absence des conditions y relatives et dès lors à des motifs objectifs (ATF 142 II 49, c. 8.6).

4.3 La proportionnalité d'une discrimination salariale

149. Quant à la proportionnalité, les motifs justificatifs objectifs ne peuvent légitimer une différence de rémunération entre travailleuses et travailleurs que dans la mesure où ils influent effectivement sur la prestation de travail et sa valeur pour l'employeur·e (ATF 130 III 145, c. 5.2 ; 127 III 207, c. 3c ; 125 III 368, c. 5).
150. Ainsi, une différence de salaire entre un homme et une femme effectuant le même travail peut être objectivement justifiée par des connaissances linguistiques différentes. Encore faut-il que la différence de salaire qui en découle reste proportionnée (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, p. 107). A cet égard, le TF a considéré qu'une différence salariale pouvait exister en raison de capacités linguistiques supérieures et de connaissances techniques plus approfondies qui constituent deux motifs justificatifs objectifs. Toutefois, un écart salarial de 50 % fondé sur ces deux motifs est disproportionné (TF 4A_261/2011, c. 3.4).
151. A l'inverse, le TF, après avoir retenu que l'ancienneté, l'expérience professionnelle et le bilinguisme d'un collègue masculin étaient des motifs objectifs justifiés de différence de traitement, a tenu pour équitable un écart salarial de 8,5 % avec une salariée ayant la même formation et exerçant la même

activité que l'intéressé (TF 4A_261/2011, c. 3.4, citant l'arrêt 4A_449/2008, c. 3.2.1 et 3.2.2).

4.4 Conclusions intermédiaires

152. En matière de discrimination salariale, l'appréciation de la vraisemblance semble dépendre avant tout des circonstances particulières du cas d'espèce. Partant, en matière d'écart salarial notamment, il est difficile de dégager de la jurisprudence fédérale une limite inférieure absolue qui doit être atteinte pour que la discrimination salariale puisse être rendue vraisemblable.
153. A cela s'ajoutent les sérieuses difficultés auxquelles est confrontée la partie demanderesse lorsqu'il s'agit de rechercher un poste ou une fonction avec lesquels comparer sa situation, et ce, notamment dans le secteur public en lien avec les échelles de traitement. Il en résulte en pratique des exigences, en matière d'établissement de la vraisemblance d'une discrimination salariale, particulièrement élevées.
154. De manière générale, nous avons constaté que le système particulier mis en place par l'art. 6 LEg – nécessitant un raisonnement en deux temps au sein d'une seule et même procédure – ne semble pas assurer l'application pratique de l'« *allègement de la preuve* » (cf. *supra* N 116). En matière de discrimination salariale, l'inexistence d'une valeur seuil rendant vraisemblable une discrimination, ainsi que les exigences particulièrement strictes posées par la jurisprudence fédérale en matière d'établissement de la vraisemblance, réduisent ultérieurement la portée de l'art. 6 LEg.

5. *Un regard critique sur la pratique du Tribunal fédéral*

155. Selon la définition générale, il y a simple vraisemblance si l'existence du fait considéré apparaît comme étant plus vraisemblable que son inexistence (cf. *supra* N 24). Toutefois, cette définition ne semble pas applicable dans les procès en matière d'égalité soumis à l'art. 6 LEg, dès lors que la vraisemblance d'une discrimination doit être admise lorsque celle-ci paraît plutôt invraisemblable mais pas exclue selon la jurisprudence et la doctrine (cf. *supra* N 60 s). Partant, les

tribunaux devraient se montrer moins stricts dans l'appréciation de la vraisemblance dans les procès en matière d'égalité que dans les autres procédures appliquant ce degré de la preuve (en ce sens SATTIVA SPRING, 2013, p. 42).

156. Et pourtant, un rapport de recherche réalisé par l'Université de Genève et publié par le BFEG, portant sur l'analyse de la jurisprudence cantonale relative à la LEg entre les années 2004 à 2015, a relevé que sur 58 affaires dans lesquelles l'art. 6 LEg a été appliqué, la vraisemblance n'a pas été admise et la demande a été rejetée dans la majorité des cas (31 sur 58, soit 53.4 %). Dans moins de la moitié des cas (27 sur 58, soit 46.6 %), la première étape de la vraisemblance a été franchie avec pour résultat un renversement du fardeau de la preuve, à charge de la partie employeuse. Dans 10 cas, celle-ci est parvenue à apporter la preuve d'un motif objectif justifiant la différence de traitement. La discrimination n'a donc pas été prouvée. Dans 17 cas (sur 58, soit 29.3 %), aucun motif objectif n'a été retenu et la discrimination a été prouvée. La preuve d'une discrimination fondée sur le sexe reste ainsi difficile même dans les cas où l'art. 6 LEg est appliqué (LEMPEN/VOLODER, ch. 4.24).
157. Plus encore, dans le cas de l'art. 6 LEg, la jurisprudence présentée ci-dessus semble mettre en évidence la rigueur extrême avec laquelle le Tribunal fédéral apprécie la « simple vraisemblance » d'une discrimination fondée sur le sexe. Dans une jurisprudence récente, les juges fédéraux ont ainsi nié la vraisemblance d'une discrimination en présence d'une différence de salaire de près de 10 %, semblant admettre que l'inégalité de traitement d'une profession typiquement féminine pouvait être justifiée par l'inégalité de traitement d'une profession neutre (ATF 143 II 366, cf. *supra* N 137). Dans une autre jurisprudence publiée cette année, notre Haute Cour a estimé que le fait qu'une personne d'un sexe gagne moins qu'une personne de l'autre sexe ne suffit pas à établir la vraisemblance d'une discrimination, les travailleuses n'ayant, dans le cas particulier, pas précisé avec quelle fonction elles souhaitaient se comparer. Ni les différences relevées, en l'espèce, par la comparaison au système salarial en vigueur antérieurement, ni même les affirmations des personnes ayant mis en place la nouvelle classification des fonctions n'ont, de l'avis des juges fédéraux, permis de rendre vraisemblable la discrimination au sens de l'art. 6 LEg (ATF 144 II 65).

158. En pratique, on constate une appréciation très sévère de la notion de vraisemblance par les tribunaux qui, en cas de doutes sur le déroulement réel des faits, semblent retenir l'inexistence de toute discrimination fondée sur le sexe. Il en résulte des exigences, en termes d'établissement de la discrimination, qui s'apparentent au degré de la pleine conviction, à savoir le même degré auquel serait soumis l'employeur·e dans l'établissement de la preuve du contraire (cf. *supra* N 72) et donc des motifs justifiant la discrimination. L'examen de la pratique judiciaire semble donc mettre en évidence l'absence de distinction entre les deux degrés de la preuve applicables au sein de la même et unique procédure.
159. Lorsqu'un tribunal retient qu'une discrimination à raison du sexe n'a pas été établie – selon le principe légal au degré de la simple vraisemblable, selon la pratique à un degré qui semble souvent proche de la preuve stricte –, la partie demanderesse ne bénéficie pas du renversement (conditionnel) du fardeau de la preuve prévu à l'art. 6 LEg ; elle doit donc régulièrement supporter le fardeau de la preuve, en application du principe général prévu à l'art. 8 CC.
160. Compte tenu de l'application qui est faite de l'art. 6 LEg dans la pratique, on constate que le but originaire poursuivi lors de son adoption (cf. *supra* N 42 ss) peine à être atteint.

6. L'appréciation de la vraisemblance : des spécificités liées à l'art. 6 LEg ?

161. Il est difficile de déceler les raisons qui rendent l'application de l'art. 6 LEg si complexe. On relèvera toutefois le caractère tout à fait particulier du système mis en place par l'art. 6 LEg, par rapport à d'autres procédures admettant la vraisemblance comme degré de la preuve.
162. Si l'application de l'art. 6 LEg nécessite un raisonnement en deux étapes, le procès en matière d'égalité n'est pas scindé en deux phases différentes dans le temps (cf. *supra* N 74 s). Or si l'on prend l'exemple des mesures provisionnelles, il s'agit de mesures de protection immédiate prises en procédure sommaire (art. 248 let. d CPC) dans une première phase du procès où l'examen est limité à la simple vraisemblance. Cette première phase est clairement distincte de la procédure au fond qui se déterminera définitivement sur le bien-fondé des prétentions

invoquées, en règle générale au degré de la pleine conviction. Ces deux étapes procédurales séparées obligent les parties et les tribunaux à une claire distinction entre les deux degrés de la preuve, la première étant exclusivement soumise au degré de la simple vraisemblance, sans qu'aucune confusion ne puisse être faite.

163. Un raisonnement semblable est applicable lors de mainlevée provisoire de l'opposition en matière de droit des poursuites. En effet, dans un premier temps, la mainlevée provisoire est octroyée en procédure sommaire (art. 251 let. a CPC) si le débiteur ne rend pas immédiatement vraisemblable sa libération (art. 82 LP). Dans un second temps, le débiteur pourra intentier une action en libération de dette, le procès étant instruit en la forme ordinaire (art. 83 LP) et le débiteur pourra faire valoir l'ensemble des moyens de preuve dont il dispose pour démontrer sa libération. Là aussi, aucune confusion ne peut être faite entre les divers degrés de la preuve applicables, les deux procédures étant distinctes.
164. Dans d'autres cas d'application de la simple vraisemblance comme degré de la preuve, il arrive que des questions de fond soient définitivement tranchées mais au vu de la vraisemblance d'un fait uniquement (STEINAUER, N 670). Ainsi, l'art. 697b al. 2 CO prévoit que le tribunal peut désigner, en procédure sommaire (art. 250 let. c ch. 8 CPC), un contrôleur spécial, lorsque les actionnaires requérants rendent vraisemblable que les fondateurs ou les organes de la société anonyme ont violé la loi ou les statuts. Dans ce cas, s'il n'y a pas de procédure en deux étapes distinctes, toute la procédure est soumise à un seul et unique degré de preuve, à savoir la simple vraisemblance, sans qu'une contre-preuve ne doive être examinée sous l'angle de la pleine conviction. Il s'ensuit qu'une confusion entre les divers degrés de la preuve n'est pas possible.
165. En définitive, la comparaison entre l'art. 6 LEg et d'autres procédures soumises à la simple vraisemblance met en évidence le système tout à fait particulier mis en place par l'art. 6 LEg. Ledit système est **théoriquement viable** (cf. le raisonnement en deux étapes présenté *supra*, ch. 3.1) mais **pratiquement difficile à mettre en œuvre**. En effet, la distinction entre d'une part la preuve par l'employé·e de la discrimination au degré de la simple vraisemblance, puis d'autre part la preuve complète par l'employeur·e de l'absence de discrimination ou d'une différence de traitement objectivement justifiée, n'est pas toujours aisée ni pour les tribunaux, ni pour les parties. Pour les premiers, car elle intervient en toute fin de procédure, au moment de la formation d'un seul et unique jugement,

alors que tous les faits ont été allégués et que toutes les preuves ont été proposées, puis administrées ; il n'est d'ailleurs pas rare que les tribunaux ne procèdent pas à cette distinction (cf. *supra* N 78). Pour les secondes, car elles doivent proposer l'ensemble de leurs allégués en fait et de leurs moyens de preuves avant le terme de l'échange d'écritures, si bien que, dans les faits, elles ne peuvent se limiter à apporter la simple vraisemblance d'un fait mais doivent déjà apporter et requérir tous les éléments de fait et moyens de preuve utiles à l'examen de toutes les questions de fond.

166. La distinction entre les procédures susmentionnées – toutes soumises à la procédure sommaire – et les procès en matière d'égalité soumis à la LEg est d'autant plus marquée que la preuve de la simple vraisemblance en procédure sommaire est essentiellement apportée par titre (art. 254 CPC). Dans les procès en matière d'égalité, à l'inverse, tous les moyens de preuve à disposition des parties peuvent être invoqués, et ce aussi bien pour apporter la preuve de la vraisemblance de la discrimination que la preuve complète de son inexistence (cf. *supra* N 91, 133, 134 sur le recours aux expertises et aux statistiques au stade de l'appréciation de la vraisemblance d'une discrimination déjà). Or une fois le résultat d'une expertise connu ou des données statistiques alléguées, il paraît difficile pour les parties et le tribunal de s'en écarter ; la preuve des faits en question a en effet été apportée au-delà de la simple vraisemblance. Ceci semble donc contribuer également à une confusion des divers degrés de la preuve.
167. De manière générale, on rappellera que la simple vraisemblance est en principe admise en lien avec des situations particulières, lorsque le tribunal doit statuer dans l'urgence afin de sauvegarder des intérêts qui risquent d'être préterités et/ou que la protection n'est que provisoire (cf. *supra* N 26 s). Or le procès en matière d'égalité n'est pas soumis à la procédure sommaire (mais simplifiée, cf. art. 243 al. 2 let. a CPC), ne tend pas à octroyer une protection provisoire, ni même à statuer d'urgence. Un procès en matière d'égalité peut même être une aventure longue (BRUCHEZ, p. 188 et la réf. à l'ATF 130 III 145 du 22 décembre 2003, relatif à une demande en justice déposée le 22 mai 1996) nécessitant l'administration de nombreux moyens de preuve, cas échéant, même des expertises. Or la simple vraisemblance nous semble être un degré de preuve qui se concilie mal avec une procédure aussi longue et complexe. En effet, à l'issue de celle-ci, il n'y aura plus de place pour la simple vraisemblance : soit le tribunal

est convaincu de l'existence d'une inégalité de traitement injustifiée (discrimination) et il admettra la demande, soit tel n'est pas le cas et il la rejettera.

168. Au vu de ce qui précède, on constate qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer la simple vraisemblance de la pleine conviction en matière de procès soumis à la LEg, en raison du déroulement du procès d'une part, de la nature même de ce procès d'autre part. Ceci explique, à notre sens, l'appréciation plus sévère qui est faite de la simple vraisemblance dans les procès en matière d'égalité, par rapport aux autres procédures appliquant ce même degré de la preuve, alors même que la jurisprudence et la doctrine s'accordent à dire qu'elle devrait être appréciée de manière plus souple.

D. Conclusions

169. Lors de l'adoption de la LEg, l'art. 6 avait pour objectif de corriger l'inégalité de fait résultant de la concentration des moyens de preuve en main de l'employeur·e. Le présent avis tend toutefois à démontrer que le procès en matière d'égalité est trop souvent pour les parties demanderesses un long chemin semé d'embûches qui ne mène pas à la destination souhaitée.
170. Pour rappel, l'art. 6 LEg ne prévoit ni un renversement dudit fardeau, ni une présomption, ni même une procédure particulière soumise – de manière exclusive – à un degré réduit de la preuve. Le système mis en place s'apparente plutôt à une solution « hybride » qui, par une réduction du degré de la preuve, permet, cas échéant, d'aboutir à un renversement du fardeau de la preuve.
171. Ainsi, l'art. 6 LEg réunit dans la même disposition des notions, certes étroitement liées entre elles, mais qui ne se confondent pas pour autant ; ce que le législateur a appelé « *allègement du fardeau de la preuve* » est un **renversement du fardeau de la preuve** au sens strict, mais soumis à la condition d'établir un certain fait – la discrimination fondée sur le sexe – **au degré réduit de la simple vraisemblance**. Si le tribunal retient la vraisemblance d'une discrimination, le fardeau de la preuve est renversé ; il revient alors à l'employeur·e de démontrer l'absence de discrimination fondée sur le sexe, et ce faisant, d'établir – **au degré de la pleine conviction** – que la différence de traitement repose sur des facteurs objectifs.

172. Partant, l'application de l'art. 6 LEg nécessite un raisonnement en deux étapes distinctes au terme d'une seule et même procédure ; il en résulte un système avant tout théorique qui paraît difficile à mettre en œuvre dans la pratique. Ainsi, aussi bien l'application pratique de l'art. 6 LEg par les tribunaux (cf. pour la critique, *supra* let. C. ch. 5) que la comparaison du système prévu par cette disposition à d'autres règles prévoyant la simple vraisemblance comme degré de la preuve (cf. *supra* let. C. ch. 6), mettent en évidence les limites du système prévu par l'art. 6 LEg.
173. L'« *allègement du fardeau de la preuve* » prévoit un raisonnement en deux étapes au sein d'une même et unique procédure, ce qui engendre, comme le démontrent plusieurs décisions judiciaires, une confusion entre les deux degrés de la preuve applicables et, en définitive, une appréciation extrêmement stricte de la simple vraisemblance.
174. Au demeurant, la simple vraisemblance est en principe admise en lien avec des situations particulières, lorsque le tribunal doit statuer dans l'urgence afin de sauvegarder des intérêts qui risquent d'être préterités et/ou que la protection n'est que provisoire. Dans le cadre d'un procès ordinaire soumis à la procédure simplifiée, tel qu'un procès en matière d'égalité, l'application de la simple vraisemblance paraît surprenante, d'autant plus en lien avec des états de fait nécessitant parfois des procédures probatoires longues et complexes impliquant la mise en œuvre d'une, voire plusieurs expertises.
175. Fort de ces constats, deux pistes de réflexion peuvent être suivies, en vue de poursuivre le but originel de l'art. 6 LEg : la première consiste à tenter de trouver des procédés capables de garantir une meilleure application pratique de ladite disposition par les tribunaux et les parties ; la seconde consiste à envisager une révision législative ponctuelle qui permettrait d'améliorer l'applicabilité de l'art. 6 LEg en procédure.

E. Quelles recommandations pour la pratique ?

176. Au vu des constats qui précèdent, il est possible d'adresser des recommandations à l'égard des praticien·ne·s, magistrat·e·s ou avocat·e·s, mais également à l'égard des autorités législatives, afin de permettre une meilleure mise en œuvre de l'« *allègement du fardeau de la preuve* » prévu à l'art. 6 LEg.

1. Recommandations aux praticien·ne·s

177. L'examen des spécificités liées à l'art. 6 LEg (cf. *supra* let. C. ch. 6), a mis en exergue le système tout à fait particulier prévu par ladite disposition. En l'état actuel de la législation, il est donc difficile d'adresser des recommandations aux tribunaux et aux praticien·ne·s. Nous adressons toutefois deux types de recommandations pour la pratique : la première recommandation ayant trait à la présentation de tous les moyens de preuve par la partie demanderesse dès le dépôt de la demande, la deuxième à la limitation de la procédure à la question de la vraisemblance, étant précisé que ces deux recommandations ont, de par leur nature, tendance à s'exclure mutuellement.

1.1 Réunir tous les moyens de preuves disponibles

178. Dans le cadre d'un procès en matière d'égalité, il est nécessaire pour chacune des parties de collaborer activement à l'administration des preuves. En effet, c'est au moment où le tribunal doit statuer, au terme de la procédure probatoire, qu'il appréciera si la discrimination a été rendue vraisemblable et, par la même occasion, si l'employeur·e a apporté la preuve du contraire. Partant, l'employé·e doit présenter tous les indices de discrimination à sa disposition et veiller à apporter l'ensemble des éléments concrets permettant d'établir ladite discrimination, indépendamment de l'allègement du fardeau de la preuve prévu à l'art. 6 LEg.
179. Selon SATTIVA SPRING, certains éléments, mis en évidence rapidement, créeront un climat propice à établir la vraisemblance d'un traitement discriminatoire ; tel est le cas de l'absence de toute femme aux postes à responsabilité ou de la circonstance que l'entreprise confine généralement les femmes dans des postes à bas salaires ou encore que la majorité des cadres masculins ont reçu un bonus contrairement aux femmes (SATTIVA SPRING, 2013, p. 43).
180. La partie demanderesse peut également requérir une expertise, p. ex. pour apprécier la valeur comparative des diverses fonctions au sein d'une même entreprise. Pour rappel, le tribunal de première instance devra ordonner une telle expertise d'entrée de cause, lorsqu'il ne dispose pas des connaissances scientifiques nécessaires pour élucider une possible discrimination liée au sexe (cf. *supra* N 91).

181. Par ailleurs, le fait que la partie demanderesse « doive » fournir tous les éléments à sa disposition pour établir l'existence d'une discrimination à raison du sexe, ne l'empêche pas d'insister sur l'allègement du fardeau de la preuve prévu à l'art. 6 LEg. Concrètement, cela peut notamment passer par la structure de la demande en justice et en particulier de sa motivation en droit qui peut comporter deux parties. Une première partie pour établir la vraisemblance de la discrimination fondée sur le sexe, puis une seconde tendant à démontrer l'absence de tout motif justificatif objectif, en réponse (anticipée) aux arguments que pourrait faire valoir l'employeur·e. En présentant soi-même un raisonnement clairement structuré en deux temps, la partie demanderesse accroît, à notre sens, les chances que l'employeur·e et le tribunal se prononcent également en deux temps et donc de manière conforme au système mis en place par l'art. 6 LEg. Ceci favorise une meilleure distinction entre les deux degrés de preuve applicables au procès en matière d'égalité.
182. Certes, cette manière de procéder n'empêchera pas l'employeur·e de présenter son argumentation juridique d'une manière plus « compacte » qui, en définitive, tendra à confondre les deux degrés de la preuve applicables. En outre, indépendamment de la manière qu'a la partie demanderesse de présenter son argumentation juridique, il faut admettre que l'administration parfois complexe de nombreux moyens de preuves – en particulier des expertises – se concilie mal avec l'application de la simple vraisemblance comme degré de la preuve (cf. *supra* N 167). On relèvera enfin que le problème lié à l'absence de deux phases procédurales distinctes dans lesquelles le tribunal pourrait examiner les faits, d'abord sous l'angle de la simple vraisemblance, puis sous l'angle de la preuve stricte, reste entier.

1.2 Limiter la procédure à la question de la vraisemblance d'une discrimination fondée sur le sexe

183. La procédure civile connaît la possibilité de limiter l'instruction à certaines questions déterminées (art. 125 let. a CPC). Sur cette base, il serait envisageable, pour la partie demanderesse, d'opter pour une approche très différente par rapport à celle décrite jusqu'ici (cf. *supra* ch. 1.1). Celle-ci pourrait déposer une demande dans laquelle elle se limite à rendre vraisemblable une discrimination à raison du sexe sur la base d'éléments de preuve immédiatement disponibles, l'idée étant de

requérir du tribunal la limitation de la procédure à la question de la simple vraisemblance d'une discrimination à raison du sexe. Le tribunal pour sa part devrait, idéalement et dans le but de favoriser un raisonnement en deux étapes, tel que prévu par l'art. 6 LEg, limiter la procédure et, par là même, la réponse de l'employeur·e à la seule question de la vraisemblance d'une discrimination à raison du sexe. Après une brève instruction, le tribunal rendrait une décision finale ou incidente limitée à la question de savoir si une discrimination a ou non été rendue vraisemblable. Si la vraisemblance est admise, le fardeau de la preuve serait renversé pour la deuxième étape du procès, lors de laquelle l'employeur·e serait amené·e à prouver, au degré de la pleine conviction, l'existence de motifs qui justifient objectivement la discrimination à raison du sexe. En cas d'échec de la preuve (complète), c'est l'employeur·e qui en subirait les conséquences, en vertu de l'art. 8 CC.

184. On pourrait objecter que cette manière de procéder alourdit la procédure. Toutefois, tel qu'indiqué précédemment (cf. *supra* N 167), les procès en égalité peuvent d'ores et déjà se révéler longs et nécessiter l'administration de nombreuses preuves. Le fait de scinder en deux la procédure pourrait, à l'inverse, permettre de procéder à une administration des preuves plus ciblée et peut-être plus efficace. Il en va de même pour ce qui est de l'allégation des faits. Par ailleurs, le gain de temps paraît évident pour les cas dans lesquels la simple vraisemblance de la discrimination ne serait pas admise, dès lors que la procédure prendrait fin de manière anticipée.
185. Si cette méthode présente l'avantage d'une claire distinction entre les deux degrés de preuve applicables au procès en matière d'égalité, elle présente toutefois un risque important pour la partie demanderesse. En effet, l'art. 125 let. a CPC donne au tribunal la simple faculté de scinder la procédure, de sorte que, même si les parties l'en requièrent, il n'en a, en principe, pas l'obligation (TF 4A_142/2014, c. 2). Or la procédure civile connaît des règles strictes pour pouvoir alléguer des faits et proposer des moyens de preuve, aussi bien en procédure ordinaire qu'en procédure simplifiée (ATF 144 III 117, c. 2.2 ; 140 III 450, c. 3.2 ; 140 III 312, c. 6.3.2). Certes, dans les litiges soumis à la LEg et compte tenu de l'application de la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 let. a CPC et art. 243 al. 2 let. a CPC), les parties auront la possibilité d'alléguer des faits et apporter des moyens de preuves jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC). Toutefois, si la partie demanderesse se limite à une demande relativement succincte qui ne tend qu'à

apporter la vraisemblance d'une discrimination fondée sur le sexe, mais que le tribunal ne limite pas la procédure à cette question (en refusant de faire usage de l'art. 125 let. a CPC), celle-ci aura perdu une possibilité – la première et peut être la plus importante aux yeux des tribunaux – pour alléguer tous les faits pertinents et pour apporter toutes les preuves disponibles, ce qui pourrait préteriter la suite du procès.

186. Au vu de ce qui précède, pour que cette manière de procéder puisse permettre une meilleure application de l'art. 6 LEg, il faudrait, certes, que la partie demanderesse songe à demander la limitation de la procédure à la question de la vraisemblance mais, plus encore, que les tribunaux, en faisant usage de la faculté prévue à l'art. 125 let. a CPC, limitent effectivement la procédure, de sorte à scinder le procès en fonction des deux degrés de preuve applicables.
187. Au demeurant, pour que la limitation de la procédure à la question de la vraisemblance d'une discrimination prenne tout son sens, le tribunal devrait également statuer sur la base des moyens de preuves immédiatement disponibles et ne pas accepter l'administration de nombreux moyens de preuve et/ou de moyens de preuve complexes à administrer, telle qu'une expertise. En effet, la simple vraisemblance est un degré de preuve qui se concilie mal avec une procédure probatoire longue et complexe, puisqu'il intervient en principe lorsque le prononcé n'est pas définitif (cf. *supra* N 167 et N 184).

2. Modification législative

188. La comparaison de l'art. 6 LEg avec d'autres dispositions prévoyant la simple vraisemblance comme degré de la preuve met notamment en évidence deux particularités (cf. *supra* let. C. ch. 6) :
 1. L'art. 6 LEg prévoit l'application de deux degrés de la preuve différents – la simple vraisemblance et la preuve stricte – au sein d'une seule et unique procédure, avec les risques de confusion que cela implique ;
 2. L'art. 6 LEg prévoit l'application de la simple vraisemblance dans le cadre d'un procès ordinaire soumis à la procédure simplifiée, alors que ce degré de preuve est en principe admis en procédure sommaire, lorsque le tribunal doit statuer dans l'urgence et/ou que la protection n'est que provisoire.

189. Ainsi, une seconde piste de réflexion consiste à adapter le texte de l'art. 6 LEg afin de prévoir un cadre procédural mieux adapté à l'application de la simple vraisemblance comme degré de la preuve. Pour ce faire, il s'agirait d'agir, d'une part sur le déroulement du procès en deux temps, d'autre part sur la limitation des moyens de preuves à disposition des parties en vue d'établir la simple vraisemblance d'une discrimination.
190. La modification législative proposée pourrait être la suivante :
- Art. 6 al. 2 LEg*
Le tribunal ou l'autorité administrative limite dans un premier temps la procédure à la question de la vraisemblance de l'existence d'une discrimination, sur la base des preuves immédiatement disponibles.
191. A notre sens, une telle disposition permettrait de créer un cadre procédural se rapprochant de celui existant dans les autres procédures appliquant la simple vraisemblance comme degré de la preuve.
192. Cette question relevant formellement du droit de procédure, il serait également envisageable d'intégrer ce point dans les lois y relatives, par exemple pour la procédure civile, à l'art. 246 CPC (relatif aux décisions d'instruction) avec un nouvel alinéa 3, qui serait consacré exclusivement à la problématique de la discrimination dans la LEg. Toutefois, compte tenu de l'existence de l'art. 6 LEg et de la systématique légale particulière en la matière, un complément dans la LEg permettrait de régler cette question pour toutes les procédures, civiles et administratives, et nous semble dès lors préférable.
193. Il semble utile de préciser qu'une modification législative ayant pour effet de renverser purement et simplement le fardeau de la preuve, en le mettant à la charge de l'employeur·e pour tous les procès en matière d'égalité soumis à l'art. 6 LEg, n'est pas souhaitable. Premièrement car, comme le relevait déjà le législateur à l'époque de l'adoption de la LEg (cf. supra N 51), cela pourrait aboutir à des abus. Deuxièmement car, d'un point de vue plus dogmatique, cela reviendrait à présumer que tout·e employeur·e a mis sur pied un système discriminatoire à l'égard d'un sexe, si bien qu'il revient à celui-ci ou celle-ci de prouver que tel n'est pas le cas en l'espèce ; une approche aussi défiante envers les employeur·e·s paraît difficile à justifier, si bien qu'elle est inopportune.

3. En résumé

194. En définitive, trois pistes – indépendantes les unes des autres – sont à retenir :

1. La présentation de tous les éléments à sa disposition pour établir l'existence d'une discrimination à raison du sexe et, parallèlement, l'articulation d'une argumentation juridique en deux parties : une première pour établir la vraisemblance de la discrimination fondée sur le sexe, puis une seconde tendant à démontrer l'absence de tout motif justificatif objectif.

Cette solution – qui ne nécessite aucune modification législative et qui ne dépend pas de la volonté du tribunal – n'a, en définitive, aucun impact concret sur le déroulement de la procédure et ne garantit donc pas une claire distinction entre les deux degrés de la preuve applicables.

2. Le dépôt par la partie demanderesse d'une demande relativement succincte tendant à démontrer la simple vraisemblance de l'existence d'une discrimination tout en demandant au tribunal de limiter la procédure à l'examen de la vraisemblance de l'existence d'une discrimination.

Cette solution – qui ne nécessite aucune modification législative – permettrait de scinder le déroulement de la procédure en deux phases et, par là-même une claire distinction entre les deux degrés de la preuve applicables. Toutefois, elle dépend de la volonté du tribunal de scinder la procédure en deux et d'examiner d'abord de manière plutôt sommaire la question de la vraisemblance de l'existence d'une discrimination. Par ailleurs, en cas de refus de celui-ci, la position de la partie demanderesse risque d'être préteritée pour la suite de la procédure.

3. La modification de l'actuel art. 6 LEg est certes la solution la plus difficile à mettre en œuvre, dès lors qu'elle nécessite une volonté politique devant aboutir à une modification législative. Toutefois, cette solution semble également être celle en mesure d'apporter les résultats les plus convaincants sur le plan de la pratique judiciaire. En effet, elle mettrait sur pied un cadre procédural permettant, à notre sens, d'appliquer au mieux l'« *allègement du fardeau de la preuve* » voulu par le législateur.

Neuchâtel, le 18 septembre 2018

François Bohnet

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'F' followed by a checkmark-like flourish.