ATF 145 II 153 | TF, 05.04.19, 8C_594/2018*

Une discrimination en raison de l'orientation sexuelle, notamment en cas d'homosexualité, ne constitue pas une discrimination directe fondée sur le sexe des travailleurs selon la LEg (art. 3 LEg).

Faits

Un homme conclut un contrat de travail à durée déterminée avec l'Armée suisse. Peu avant l'expiration de son contrat, le travailleur postule à nouveau pour le même emploi. L'Armée suisse indique alors au travailleur qu'une prolongation de son contrat n'est pas possible, le poste en question n'existant que jusqu'à l'expiration de son contrat.

Faisant valoir que son orientation sexuelle – soit son homosexualité – est la cause du refus de la prolongation de son contrat, l'ex-employé demande alors à ce qu'une décision concernant la non-prolongation soit rendue. L'Armée suisse rend alors une décision, niant toute discrimination. L'ex-employé recourt contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF). Débouté, l'homme interjette recours auprès du Tribunal fédéral faisant valoir des prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral.

Le Tribunal fédéral doit trancher la question de savoir si une discrimination en raison de l'orientation sexuelle peut constituer une discrimination directe selon l'art. 3 LEg.

Droit

Le Tribunal fédéral commence par procéder à une interprétation de l'art. 3 LEg.

A teneur de l'art. 3 al. 1 LEg, il est interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale ou, s'agissant de femmes, leur grossesse. L'interdiction de toute discrimination s'applique notamment à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et à la formation continue, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail (al. 2). Lorsque la discrimination porte sur un refus d'embauche, la personne lésée peut prétendre au

versement d'une indemnité par l'employeur (art. 5 al. 2 LEg).

Il ressort du texte de l'art. 3 LEg que la discrimination doit être liée au sexe du travailleur. En outre, selon le message sur la LEg, le but de la loi est la mise en oeuvre de l'art. 4 al. 2 aCst. (art. 8 al. 3 Cst.) sur l'égalité entre hommes et femmes. Conformément au message ainsi qu'à la jurisprudence, une discrimination directe selon l'art. 3 LEg existe lorsque le fait d'être traité différemment repose sur l'appartenance à un sexe déterminé ou sur un critère qui ne peut être rempli que par un homme ou une femme.

Le Tribunal fédéral procède ensuite à une analyse de la doctrine controversée sur la question. Il retient finalement qu'une discrimination en raison de l'orientation sexuelle ne peut pas constituer une discrimination directe selon l'art. 3 LEg. En effet, l'homosexualité concernant tant les hommes que les femmes, une discrimination ne se fonde pas sur l'appartenance à un sexe déterminé ou sur un critère qui ne peut être rempli que par un homme ou une femme. C'est la raison pour laquelle le critère de l'orientation sexuelle – à l'instar de celui du mode de vie – est compris dans le catalogue de l'interdiction générale de la discrimination (art. 8 al. 2 Cst.) et non dans celui de l'égalité entre hommes et femmes (art. 8 al. 3 Cst.) .

Le Tribunal fédéral relève que la conclusion pourrait être différente si des personnes appartenant à un sexe déterminé étaient majoritairement ou exclusivement discriminées en raison de leur homosexualité. En l'espèce, le recourant n'a toutefois pas invoqué une telle discrimination indirecte.

Enfin, la question de savoir s'il existe une discrimination en raison de l'orientation sexuelle selon l'art. 8 al. 2 Cst. ou une autre base légale (par exemple la CEDH ou une autre convention internationale) *in casu* ne fait pas l'objet du recours et n'est pas conséquent pas traitée par le Tribunal fédéral.

Partant, le recours est rejeté.

Note

Selon l'art. 34 al. 3 LPers, les personnes dont la candidature à un poste a été rejetée ne

peuvent exiger qu’une décision susceptible de recours soit rendue. En l’espèce, l’ex-employé parvient tout de même à obtenir une décision puisqu’il invoque une discrimination selon la LEg (art. 83 lit. g LTF et art. 13 al. 2 LEg en lien avec l’art. 5 al. 2 LEg). Dans un tel cas, la personne lésée ne peut en revanche prétendre qu’au versement d’une indemnité par l’employeur.

Proposition de citation : Marie-H□l□ne Peter-Spiess, L’homosexualité et l’interdiction de discrimination directe selon la LEg, in: https://lawinside.ch/752/