

CH_VB 05-3134 3061 vom 21. Juni 2002

Bundesverwaltung, 2002-06-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_05-3134_3061_

FR: CH_VB 05-3134 3061 du 21 juin 2002

IT: CH_VB 05-3134 3061 del 21 giugno 2002

Erwägungen

E. 15

février 2006 Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Moritz Leuenberger La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

3062 Condensé Le présent rapport fait suite à la motion déposée le 22 mars 2002 par la conseillère nationale Vreni Hubmann (02.3142). La motion demande au Conseil fédéral de prolonger le délai de protection contre le congé et de rendre nuls les licenciements prononcés à titre de représailles à l'encontre des femmes faisant valoir leurs droits. Dans sa réponse du 22 mai 2002, le Conseil fédéral exprimait ses réserves quant à un renforcement de la protection contre le congé. Cependant, il s'est déclaré prêt à examiner la demande de la motionnaire dans le cadre d'une évaluation approfondie de l'efficacité de la loi sur l'égalité et a recommandé de transmettre la motion sous forme de postulat. Le Conseil national s'est rangé à son avis. En décembre 2003, l'Office fédéral de la justice, en collaboration avec le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, a confié cette évaluation à une communauté de travail indépendante de l'administration. Se fondant sur une vaste enquête, l'évaluation avait pour but d'établir l'efficacité de la loi sur l'égalité et d'examiner la pertinence de son éventuelle révision. De janvier 2004 au printemps 2005, quatre enquêtes distinctes ont été réalisées par écrit (auprès de tribunaux, d'offices de conciliation, de responsables de personnel de différentes entreprises et d'organisations s'occupant tout particulièrement de problématiques d'égalité ou proches des milieux de travailleurs). Une enquête conduite oralement auprès de représentants choisis de syndicats, d'associations professionnelles, d'organisations féminines, de services de consultation spécialisés, de bureaux de l'égalité ainsi qu'auprès d'avocats a permis de recenser leur expérience en matière de discriminations. Enfin, la communauté de travail a analysé le contenu de tous les arrêts du Tribunal fédéral et des jugements rendus par les tribunaux de quelques cantons choisis (Zurich, Vaud, Schwyz et Grisons) en matière d'égalité des droits entre femmes et hommes. Les résultats de ce travail ont été réunis dans un rapport de synthèse en avril 2005. Le rapport de synthèse propose une analyse détaillée tant qualitative que quantitative de l'efficacité de la loi sur l'égalité, sous des jours différents. Il permet de tirer un bilan de la loi et d'étudier l'applicabilité du principe de l'égalité entre les femmes et les hommes dans la vie professionnelle. Sur cette base, il devient possible de débattre effectivement de la problématique abordée et de dire, le cas échéant, quelles mesures ou modifications de la loi sur l'égalité pourraient s'avérer judicieuses pour promouvoir la réalisation du droit à l'égalité des sexes dans la vie professionnelle garanti par la Constitution. Se fondant sur cette évaluation, le Conseil fédéral aboutit à la conclusion que la loi sur l'égalité a incontestablement des effets positifs: elle met à la disposition des personnes concernées par une discrimination des instruments leur permettant de faire valoir

leurs droits. L'évaluation n'a pas mis en évidence de défauts majeurs et ne fait pas apparaître un besoin urgent de révision. Néanmoins, la loi ne peut pas, à elle seule, réaliser l'égalité dans les rapports de travail. Il faut pour cela modifier les conditions-cadre à différents niveaux et amener les entreprises à assumer activement leur responsabilité en la matière. Le Conseil fédéral estime qu'il y a lieu, en

3063 priorité, de mettre l'accent sur l'information et la sensibilisation à la problématique de l'égalité et de développer des mesures d'incitation pour les entreprises. Par contre, il s'oppose au renforcement de la protection contre le congé demandée par la motion Hubmann.

3064 Table des matières Condensé 3062 1 Contexte 3066 1.1 Motion Hubmann 3066 1.2 Programme de la législature 3066 1.3 Mandat d'évaluation 3067 1.4 Champ de l'évaluation 3067 2 Objectifs de l'évaluation 3068 2.1 Problématique 3068 2.2 Méthodologie 3069 3 Résultats des enquêtes 3069 3.1 Décisions rendues par les tribunaux 3069 3.2 Offices de conciliation 3071 3.3 Organisations proches des travailleurs 3072 3.4 Responsables de personnel 3073 3.5 Analyse des décisions rendues par les tribunaux des cantons des Grisons, de Schwyz, de Vaud et de Zurich 3074 3.6 Entretiens avec des syndicats, des associations professionnelles, des organisations féminines, des services de consultation spécialisés, des bureaux de l'égalité et des avocats 3075 4 Evaluation des principaux instruments de la loi sur l'égalité 3075 4.1 Administration de la preuve 3075 4.2 Qualité pour agir des organisations 3076 4.3 Harcèlement sexuel 3077 4.4 Licenciement discriminatoire et licenciement à titre de représailles 3077 4.5 Analyse des salaires 3078 5 Point de vue des organisations interrogées 3080 5.1 Degré de connaissance de la loi sur l'égalité parmi les organisations interrogées 3080 5.2 Appréciations générales des organisations interrogées 3080 5.3 Besoin d'agir du point de vue des organisations interrogées 3081 6 Evaluation des résultats par la communauté de travail et recommandations 3081 6.1 Peur de perdre son emploi 3081 6.2 Non-reconnaissance de discriminations en tant que telles et connaissance insuffisante de la loi 3082 6.3 Manque de transparence en matière de salaires et difficulté d'accès aux données 3083 6.4 Absence de mesures de promotion de l'égalité 3083

3065 6.5 Recours non uniforme et en partie insuffisant au potentiel offert par les offices de conciliation 3084 6.6 Longueur des procédures 3085 6.7 Insuffisance des possibilités d'action efficaces contre les discriminations structurelles 3085 7 Comparaison avec d'autres pays 3086 8 Position du Conseil fédéral 3088 8.1 Evaluation globale 3088 8.2 Examen des recommandations de la communauté de travail 3090 8.2.1 Extension de la protection contre le licenciement 3090 8.2.2 Extension du droit d'agir des organisations 3091 8.2.3 Renforcement des sanctions 3091 8.2.4 Autorités dotées de compétences d'investigation et d'intervention 3091 8.2.5 Information, sensibilisation et formation continue 3092 8.2.6 Transparence des salaires, allègement du fardeau de la preuve et expertises 3094 8.2.7 Mesures d'incitation 3094 8.2.7.1 Aides financières selon la loi sur l'égalité 3094 8.2.7.2 Label égalité 3095 8.2.7.3 Marchés publics 3096 8.2.8 Obligation légale pour les entreprises de mettre en œuvre des mesures de promotion de l'égalité 3097 8.2.9 Meilleure utilisation du potentiel offert par les offices de conciliation 3097 8.3 Aperçu des mesures proposées par le Conseil fédéral 3098

3066 Rapport 1 Contexte 1.1 Motion Hubmann La loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité, LEg, RS 151.1) est en vigueur depuis le 1er juillet 1996. Elle est destinée à faciliter la réalisation du principe constitutionnel du droit

à un salaire égal pour un travail de valeur égale et interdit toute discrimination fondée sur le sexe dans la vie professionnelle. Ainsi, la loi renforce notamment la protection contre les licenciements prononcés à titre de représailles – c'est-à-dire les licenciements faisant suite à une revendication portant sur l'existence d'une discrimination – dans le cadre des rapports de travail régis par le droit privé, en ce sens que ces congés peuvent être annulés (art. 10 LEg). Dans sa motion 02.3142 «Interdire les licenciements prononcés à titre de représailles à l'encontre des femmes faisant valoir leurs droits», la conseillère nationale Vreni Hubmann demandait que les licenciements à titre de représailles dans les rapports de travail régis par le droit privé soient déclarés nuls, et non pas annulables, et que le délai de protection contre le congé soit prolongé de manière appropriée (modification de l'art. 10 LEg). Selon la conseillère nationale Hubmann, les congés prononcés à titre de représailles expliquent en grande partie pourquoi les femmes ne se battent pas davantage pour faire valoir leurs droits sur leur lieu de travail. Dans son avis du 22 mai 2002, le Conseil fédéral a estimé que l'annulabilité du congé était plus intéressante pour les travailleurs que la nullité car elle permettait de soumettre à un tribunal la question de savoir si un licenciement a été prononcé à titre de représailles suite à une revendication portant sur l'existence d'une discrimination ou s'il repose sur un autre motif. Il a rappelé la possibilité prévue par la loi sur l'égalité d'ouvrir une action en justice par l'intermédiaire d'une organisation, moyen qui permet aux personnes concernées de moins s'exposer. Il s'est également demandé si un allongement de la durée de protection contre le congé permettait véritablement d'atteindre le but visé lorsque les rapports de travail sont déjà détériorés. Le Conseil fédéral s'est néanmoins déclaré prêt à examiner les questions soulevées par l'auteur de la motion, dans le cadre d'une évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité. Le Conseil national a transmis la motion Hubmann sous forme de postulat le 21 juin 2002.

1.2 Programme de la législature L'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité est inscrite dans le rapport sur le programme de la législature 2003 à 2007 en tant qu'objet des Grandes lignes (FF 2004 1049).

3067 1.3 Mandat d'évaluation D'entente avec le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), la responsabilité du projet a été confiée à l'Office fédéral de la justice (OFJ). Etaient représentés dans le groupe interdépartemental qui a accompagné les travaux le BFEG, le Secrétariat d'Etat à l'économie (seco) et l'Office fédéral de la statistique (OFS). Dans le courant de l'été 2003, l'OFJ a élaboré un concept d'évaluation qu'il a présenté à plusieurs universités, organisations et bureaux d'évaluation en vue de susciter des offres. Sept offres lui sont parvenues pendant le délai de soumission. Après avoir étudié attentivement les différentes propositions, l'OFJ a conclu un contrat d'évaluation à fin décembre 2003 avec la communauté de travail formée du Bureau BASS (Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien), du Bureau a&o (Büro für arbeits- und organisationspsychologische Forschung und Beratung) et d'Elisabeth Freivogel, avocate (ci-après: communauté de travail). La communauté de travail a conduit ses enquêtes de janvier 2004 au printemps 2005. Elle a remis son rapport de synthèse à l'OFJ en avril 2005. Le présent rapport a été rédigé sur la base des résultats d'enquête figurant dans le rapport de synthèse.

1.4 Champ de l'évaluation Le mandat d'évaluation de l'OFJ a eu pour point de départ la motion Hubmann mentionnée ci-dessus. La problématique des licenciements prononcés à titre de représailles ne pouvant être cernée qu'en tenant compte d'autres aspects de la loi sur l'égalité, le Conseil fédéral a recommandé une évaluation globale des effets de la loi. Il s'agissait de mettre en lumière les faiblesses potentielles de la loi sur l'égalité et de se prononcer sur la nécessité d'une éventuelle révision de la loi.

1 Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, rapport de synthèse sur mandat de l'Office fédéral de la justice, Bureau de politique du travail et de politique sociale BASS, büro a&o et Elisabeth Freivogel, avocate, Berne et Binningen, avril 2005. Le rapport de synthèse se fonde sur six rapports partiels (non traduits en français) élaborés à partir d'enquêtes et d'analyses:

- Befragung der zuständigen Gerichte und statistische Grobauswertung der Gerichtsurteile, Heidi Stutz, Büro BASS, Berne, janvier 2005
- Schriftliche Befragung der Schlichtungsstellen, Heidi Stutz, Büro BASS, Berne, novembre 2004
- Schriftliche Befragung von Gewerkschaften, Berufsverbänden, Frauen- und Männerorganisationen, spezialisierte Beratungsstellen sowie Gleichstellungsbüros, Marianne Schär Moser/Jürg Baillod, büro a&o, Berne, septembre 2004
- Schriftliche Befragung privat- und öffentlichrechtlicher Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber in der Schweiz, Heidi Stutz/Jürg Guggisberg, Büro BASS, Berne, janvier 2005
- Inhaltsanalytische Auswertung der Gerichtsfälle in den Kantonen Graubünden, Schwyz, Waadt und Zürich, Elisabeth Freivogel, avocate, Bâle/Binningen, en collaboration avec Judith Wissmann-Lukesch, Zurich, février 2005
- Mündliche Befragung von Gewerkschaften, Berufsverbänden, Frauenorganisationen, spezialisierten Beratungsstellen, Gleichstellungsbüros sowie Anwält/innen, Marianne Schär Moser, büro a&o, Berne, janvier 2005

Tous ces documents sont disponibles sous: www.ofj.admin.ch

3068 L'évaluation n'a porté ni sur les tâches et domaines d'action du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), ni sur les aides financières selon la loi sur l'égalité, étant donné que ces deux aspects ont déjà fait l'objet d'études antérieures². Il est d'ailleurs prévu qu'une nouvelle évaluation des aides financières sera présentée en automne 2006. L'analyse statistique de l'évolution des salaires et de la situation professionnelle des femmes et des hommes, indicateurs majeurs de la situation en matière d'égalité, ont été adjugées séparément par l'Office fédéral de la statistique et le BFEG au printemps 2004³. Les résultats de ces études sont également pris en considération dans le présent rapport (voir ch. 4.5).

2 Objectifs de l'évaluation

2.1 Problématique

La communauté de travail a d'abord étudié les effets généraux de la loi sur l'égalité. Il s'agissait d'établir dans quelle mesure la loi est connue des travailleurs, des employeurs, des responsables de personnel et des syndicats, et l'influence qu'elle exerce sur la négociation de conventions collectives et la politique interne des entreprises en matière de personnel. S'agissant de la question de l'applicabilité du principe de l'égalité, la communauté de travail s'est efforcée de savoir combien d'actions, considérées sous l'angle des décisions rendues, des instances concernées, de la durée des procédures et des motifs de discrimination, ont été introduites depuis l'entrée en force de la loi sur l'égalité. Elle s'est également demandé pourquoi il n'y avait pas davantage de plaintes, dans quelle mesure les rapports de travail étaient maintenus

après l'introduction d'une action en justice et quelle était la proportion des licenciements prononcés à titre de représailles dans les cas de discrimination sur le lieu de travail. Elle s'est également penchée sur la question de savoir si la procédure de conciliation prévue par la loi sur l'égalité donnait les effets escomptés. D'autres aspects, comme la procédure en matière de preuves, les actions introduites par des organisations, le harcèlement sexuel et la protection contre le licenciement en général, ont également été étudiés.

2 Rapport de la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) du 18 novembre 1999: le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes – évaluation de l'efficacité après dix ans d'activité, FF 2000 1448; avis du Conseil fédéral du 28 juin 2000 relatif aux recommandations de la CdG-N.

Evaluations quantitatives et qualitatives des aides financières (1999 et 2000):

– Finanzhilfen nach dem Gleichstellungsgesetz – Bericht zur quantitativen Evaluation der ersten Vergabeperiode 1996–1998. Social Insight, Zurich 1999 (en allemand uniquement).

– Finanzhilfen nach dem Gleichstellungsgesetz – Bericht zur qualitativen Analyse der 1999 abgeschlossenen Projekte. Social Insight, Zurich 2000 (en allemand

uniquement). 3 Vergleichende Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturhebungen 1998, 2000 und 2002. Etude conduite dans le cadre de l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité. Rapport de la communauté de travail BASS AG (Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien) et de l'Institut d'économie politique de l'Université de Berne, prof. Michael Gerfin, du 22 août 2005 (en allemand uniquement).

3069 2.2 Méthodologie La communauté de travail a choisi d'évaluer l'efficacité de la loi sur l'égalité en se fondant sur plusieurs éléments, afin de collecter le plus grand nombre possible d'informations et d'intégrer les points de vue de tous les acteurs concernés. Des procédures d'évaluation qualitative, quantitative et analytique ont été combinées. Six enquêtes et analyses ont été effectuées au total. Dans un premier relevé exhaustif, toutes les décisions rendues en matière d'égalité par les quelque 200 tribunaux de droit public et civils compétents de Suisse ont été recensées et systématiquement saisies et évaluées (état printemps 2004). Un autre relevé exhaustif a permis de recenser toutes les affaires traitées par la soixantaine d'offices de conciliation compétents dans les cantons (état printemps 2004). L'expérience des offices de conciliation en tant qu'acteurs dans le domaine de l'égalité, ainsi que leur cadre institutionnel, ont également été pris en compte. Le point de vue des salariés a été recueilli indirectement, au moyen d'une vaste enquête effectuée par écrit auprès d'environ 1500 destinataires représentant des organisations proches des milieux des travailleurs (syndicats, associations professionnelles, organisations féminines et masculines, services de consultation spécialisés, bureaux de l'égalité). On a renoncé à une enquête directe auprès des salariés; l'investissement tant financier qu'organisationnel aurait été trop important. L'opinion des employeurs du secteur privé et du secteur public a été obtenue par l'intermédiaire d'une enquête représentative effectuée par écrit auprès d'environ 5700 entreprises privées et organisations de droit public (responsables de personnel). Les questions soumises aux responsables de personnel correspondaient à celles adressées aux représentants d'organisations proches des milieux des travailleurs. L'application dans les faits de la loi sur l'égalité a été étudiée d'un point de vue juridique en

analysant le contenu des jugements rendus par les différentes instances judiciaires des cantons de Zurich, de Vaud, des Grisons et de Schwyz. Enfin, dans le cadre d'une enquête menée sous forme d'entretiens, la perspective des représentants d'organisations proches des milieux des travailleurs a été analysée plus en détail à la lumière de cas concrets de discrimination. A cet effet, 20 personnes appartenant à des syndicats, des associations professionnelles, des organisations féminines, des services de consultation spécialisés et des bureaux de l'égalité, ainsi que des avocats spécialisés, ont été interrogés de manière circonstanciée sur leur expérience en matière d'égalité dans le monde du travail.

3 Résultats des enquêtes

3.1 Décisions rendues par les tribunaux

Le recensement de toutes les décisions en matière d'égalité rendues jusqu'au printemps 2004 par les tribunaux de droit public et les tribunaux civils qui ont eu à traiter d'actions en relation avec la loi sur l'égalité a permis d'obtenir 269 décisions exploitables. 245 affaires ont donné lieu à un jugement, 21 ont été classées. Ces 269

3070 décisions exploitables concernent 176 cas d'espèce; certains de ces cas ont parcouru plusieurs niveaux d'instance⁴. Le nombre de jugements rendus par les tribunaux varie considérablement d'un canton à l'autre. Pratiquement un tiers des affaires concernaient le canton de Zurich. Les cantons de Genève, de Vaud et de Soleure ont également traité un nombre relativement élevé de cas. Six cantons n'ont enregistré aucune action en matière d'égalité des droits (AI, AR, GL, NW, SH, UR). Une bonne moitié des décisions rendues par les tribunaux (54 %) concernaient des rapports de travail de droit public, le reste (46 %) des rapports de droit privé. Dans 32 cas, les plaintes avaient été déposées par des organisations. A deux exceptions près en Suisse romande, elles concernaient exclusivement des rapports de travail régis par le droit public. La plupart des décisions rendues par les tribunaux portaient sur des questions d'inégalités de salaire (153 cas sur 269, soit 57 %). Venaient ensuite des affaires de harcèlement sexuel (57 cas, soit 21 %), puis de licenciements discriminatoires (50 cas, soit 19 %). Quatorze cas (soit 5 %) portaient sur des licenciements prononcés à titre de représailles. Dans le secteur public, pratiquement 80 % des actions concernaient des questions de salaire, suivies des licenciements discriminatoires (8 %). Le harcèlement sexuel apparaît dans 4 % des cas. Un seul jugement concernait un licenciement à titre de représailles. Dans le secteur privé, le motif de discrimination le plus fréquemment invoqué devant les tribunaux a été le harcèlement sexuel (40 %), suivi de celui de l'inégalité de salaire (34 %) et du licenciement discriminatoire (31 %). 11 % des cas concernaient des congés prononcés à titre de représailles. En Suisse alémanique, les actions portant sur des inégalités de salaire ont dominé tandis qu'en Suisse romande, celles portant sur un harcèlement sexuel viennent en tête. Un peu plus d'une décision sur cinq concernait des professions de la santé et presque une sur cinq les milieux de l'enseignement (jardinières d'enfants, enseignantes de travaux manuel et d'économie domestique, enseignantes d'écoles professionnelles dans le domaine des soins aux malades). Les personnes exerçant dans le domaine des soins et de l'enseignement ainsi que les cadres, le personnel hautement qualifié et les professionnels des médias ont le plus souvent fait valoir une discrimination salariale tandis que les employés de bureau et ceux de la vente ou encore de l'hôtellerie et de la restauration ont principalement dénoncé des cas de harcèlement sexuel. Parmi les plaintes déposées pour violation de la loi sur l'égalité, moins de 5 % émanaient d'hommes. 40 % seulement des rapports de travail ont été maintenus après l'ouverture de l'action. Au moins la moitié des travailleurs ont attendu la dissolution des rapports de travail pour intenter une action devant les tribunaux. Au moment du jugement, entre la moitié et les deux tiers des rapports de travail avaient été résiliés.

4 Pour une présentation détaillée des résultats, voir le rapport «Befragung der zuständigen Gerichte und statistische Grobauswertung der Gerichtsurteile» (Heidi Stutz, Büro BASS, Berne, janvier 2005; en allemand uniquement).

3071 Pour ce qui est de l'issue des procédures, relevons que dans la majorité des cas les travailleuses concernées n'ont pas obtenu gain de cause: 44 % des jugements rendus leur ont été totalement défavorables et 14 % plutôt défavorables; 16 % des jugements leur ont été totalement favorables et 26 % plutôt favorables.

3.2 Offices de conciliation

Après examen de toutes les affaires portées devant les offices de conciliation des cantons jusqu'au printemps 2004, la communauté de travail a obtenu des indications sur 355 procédures⁵. Le nombre de procédures de conciliation par an n'a que légèrement augmenté depuis 1999. Dans certains cantons, il est allé diminuant (BS, TI); dans d'autres, il est resté stable (BE, ZH), alors que dans le canton de Genève, il a fortement augmenté. Dans le secteur public, les chiffres ont évolué de manière discontinue, ce qui pourrait s'expliquer par une augmentation du nombre d'actions à la suite de certaines décisions politiques. Dans le secteur privé, par contre, la progression a été régulière, suivie d'une stabilisation en 2000, sauf dans le canton de Genève. Les offices de conciliation ont surtout été amenés à traiter des cas de discrimination salariale (37 % des cas). Viennent ensuite, dans l'ordre, les cas de harcèlement sexuel sur le lieu de travail (26 %), puis de discrimination dans la résiliation du contrat de travail (17 %). Les offices n'ont eu à traiter de licenciements à titre de représailles que dans 5 % des cas. Dans le secteur public, la plupart des cas concernaient des affaires de discrimination salariale (59 %), tandis que dans le secteur privé, le harcèlement sexuel était le motif le plus fréquemment invoqué (31 %). S'agissant des contrats de travail régis par le droit privé, seulement 29 % des cas de conciliation ont porté sur des questions salariales. La plupart des demandes d'ouverture d'une procédure de conciliation émanaient d'individus (95 %), dont seulement 5 % étaient de sexe masculin. Les conciliations ont abouti dans 40 % et échoué dans 53 % des cas. Pour ces derniers, un certain nombre de recommandations et de directives ont néanmoins pu être données. Un peu plus de la moitié des cas d'échec des procédures de conciliation ont été portés devant les tribunaux (54 %) et 8 % des demandes ont été retirées. La durée moyenne des procédures a été de 4,8 mois. 28 % des personnes à l'origine d'une demande d'ouverture de procédure de conciliation étaient des employés de bureau. Les professions caractéristiques du secteur public (professions de la santé, enseignement et professions sociales) n'ont pas dominé ici. Les enseignants, les cadres et le personnel hautement qualifié ont principalement fait valoir des discriminations salariales. Chez les ouvrières, les personnes moins qualifiées et les personnes employées dans l'hôtellerie et la restauration, les cas de harcèlement sexuel ont été plus nombreux. Les cas de résiliation discriminatoire du contrat de travail et de licenciement à titre de représailles ont occupé une place

5 Pour une présentation détaillée des résultats, voir le rapport «Befragung der Schlichtungsstellen nach Gleichstellungsgesetz und Auswertung der Schlichtungsfälle» (Heidi Stutz, Büro BASS, Berne, novembre 2004; en allemand uniquement).

3072 importante aussi bien parmi les cadres et le personnel hautement qualifié que chez les employés de bureau et les personnes occupées dans l'hôtellerie et la restauration. Au début de la procédure de conciliation, 37 % des rapports de travail subsistaient encore, contre seulement 29 % en fin de procédure. On observe une différence marquée selon que les contrats de travail sont régis par le droit public ou le droit privé: dans le premier cas de figure, les rapports de travail se poursuivent après la conciliation dans 60 % des cas alors

que dans le second, ils tombent à 15 %. 3.3 Organisations proches des travailleurs Une vaste enquête menée par écrit auprès de 1510 syndicats, associations professionnelles, organisations féminines et masculines, services de consultation spécialisés et bureaux de l'égalité (ci-après: organisations de travailleurs) a permis de mesurer leur connaissance de la loi sur l'égalité et leur expérience en la matière. 32,6 % des organisations contactées ont répondu à l'enquête⁶. Les organisations consultées estiment qu'elles ont une connaissance moyenne à bonne de la loi. Elles savent principalement que la loi sur l'égalité exige des employeurs qu'ils protègent leurs employés de toute forme de harcèlement sexuel. L'aspect le moins connu est la gratuité d'une procédure engagée en vertu de la loi sur l'égalité. La protection contre le licenciement est également un élément peu connu. La manière dont évolue l'égalité dans la vie professionnelle est perçue plutôt positivement. Personne ne considère qu'il y a eu dégradation par rapport à la situation d'il y a dix ans, autrement dit avant l'entrée en vigueur de la loi sur l'égalité. Les organisations consultées estiment que la modification la plus positive a été l'interdiction de toute forme de harcèlement sexuel sur le lieu de travail. Elles pensent que la loi a aussi eu des effets sur l'égalité des salaires et qu'elle a joué en faveur d'une plus grande sensibilité à l'égard de la problématique de l'égalité. Les organisations pensent qu'il y a encore beaucoup à faire en matière d'égalité des salaires; en revanche, sur la question du harcèlement sexuel sur le lieu de travail, seules 8 % des organisations consultées estiment que des mesures supplémentaires sont nécessaires. Selon une nette majorité des organisations interrogées, le principal obstacle à une réalisation dans les faits de l'égalité dans les entreprises tient au fait que les discriminations ne sont pas considérées comme telles. Autres freins à cette réalisation: le peu d'avantages et les coûts trop élevés pour les entreprises ainsi que le manque d'intérêt manifesté par les travailleurs. Un cinquième des organisations consultées sont d'avis que les dispositions de la loi sur l'égalité ne sont pas suffisamment percutantes. La moitié environ des organisations interrogées ont eu affaire à des cas concrets de discrimination: il s'agissait essentiellement de femmes qui revendiquaient l'égalité de salaire. Fréquemment aussi, les affaires ont porté sur des discriminations en

6 Pour une présentation détaillée des résultats, voir le rapport «Schriftliche Befragung von Gewerkschaften, Berufsverbänden, Frauen- und Männerorganisationen, spezialisierten Beratungsstellen sowie Gleichstellungsbüros» (Marianne Schär Moser/Jürg Baillod, bureau a&o, Berne, septembre 2004; en allemand uniquement).

3073 matière de promotion professionnelle et d'attribution de tâches et sur des cas de harcèlement sexuel sur le lieu de travail. Les cas de licenciements prononcés au titre de représailles ont été très rares. Dans la plupart des cas (environ 50 %), rien n'a été entrepris pour faire cesser les discriminations, estiment les organisations consultées. Pour le reste, elles citent en deuxième et troisième positions des discussions internes n'ayant abouti à aucun changement concret et le congé donné par la personne concernée (environ 40 % dans chacun des cas) et, ensuite seulement, des solutions constructives comme des mesures internes à l'entreprises (environ 25 %) et, pratiquement dans les mêmes proportions, la résiliation du contrat de travail du harceleur. Les organisations consultées ont considéré que la possibilité faite aux organisations d'ouvrir une action constituait une chance. Elles ont également estimé que la protection contre le licenciement prévue dans la loi sur l'égalité est suffisante. Pour ce qui est de l'allègement du fardeau de la preuve, la majorité d'entre elles pensent que cet instrument ne change rien au fait qu'il est pratiquement impossible d'apporter la preuve d'une discrimination. Les principaux obstacles à l'ouverture d'une

action sont la peur d'un licenciement et la crainte de s'exposer. Ont ensuite été mentionnés le manque de transparence en matière de salaires et la peur du mobbing. Les organisations interrogées estiment qu'une application plus efficace de la loi sur l'égalité passe avant tout par une meilleure information du public et une plus grande sensibilisation à la cause de l'égalité. Sont ensuite mentionnées, au deuxième rang, la nécessité d'un changement des conditions-cadre au sein de la société et des entre-prises (transparence en matière de salaires, promotion du travail à temps partiel, renforcement des structures de prise en charge des enfants, etc.) et, au troisième rang, des propositions portant sur des modifications de la loi sur l'égalité et son application.

3.4 Responsables de personnel

Dans le cadre d'une enquête représentative effectuée par écrit, plus de 5700 responsables du personnel d'entreprises du secteur privé et du secteur public ont été interrogés sur leur expérience dans le domaine de la loi sur l'égalité. 36 % des entreprises contactées ont répondu à l'enquête⁷. La loi sur l'égalité est moyennement à bien connue des responsables interrogés. La plupart d'entre eux (97 %) savent que l'employeur a l'obligation de protéger ses employés contre toute forme de harcèlement sexuel sur le lieu de travail. En revanche, seuls 38 % d'entre eux savent que lors d'une action introduite en vertu de la loi sur l'égalité, les travailleurs sont protégés contre le licenciement pendant le semestre qui suit la clôture de la procédure. Les responsables de personnel estiment majoritairement qu'une politique active en matière d'égalité constitue un avantage sur le marché du travail. Malgré cela, ils sont 57 % à admettre que l'entreprise qui les emploie ne pratique pas de politique active

⁷ Pour une présentation détaillée des résultats, voir le rapport «Schriftliche Befragung privat- und öffentlichrechtlicher Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber» (Heidi Stutz/ Jürg Guggisberg, Büro BASS, Berne, janvier 2005; en allemand uniquement).

3074 en matière d'égalité. La proportion des entreprises actives dans ce domaine est légèrement plus importante dans le secteur public et parmi les grandes entreprises que dans l'économie privée en général et parmi les entreprises plus petites. D'après les personnes consultées, deux tiers des entreprises ne prennent aucune mesure particulière pour prévenir le harcèlement sexuel. Des mesures dans ce sens existent principalement dans les grandes entreprises, la moitié d'entre elles ayant élaboré un règlement spécifique relatif au harcèlement sexuel. De l'avis des responsables interrogés, la situation en matière d'égalité ne s'est pas dégradée durant les dix dernières années. L'évolution la plus positive qui a été constatée est le développement du travail à temps partiel. Pour ce qui est de la sensibilisation à la problématique de l'égalité, de la prévention du harcèlement sexuel et des structures extrafamiliales de prise en charge des enfants, les responsables de personnel estiment qu'il n'y a eu aucun progrès. Selon eux, la loi sur l'égalité n'a qu'une moindre incidence sur le cours réel des choses. Pratiquement deux tiers des responsables interrogés pensent qu'il n'y a pas de nécessité à agir. Le tiers restant estime que des mesures s'imposent impérativement en matière de sensibilisation à la problématique de l'égalité, d'aide dans la prise en charge extrafamiliale des enfants et d'aménagement du temps de travail tenant compte des besoins des familles (11 % dans chaque cas). La majorité des responsables interrogés déclarent qu'il n'y a aucun obstacle à une égalité dans les faits entre femmes et hommes dans leur entreprise, étant donné que l'égalité y est déjà vécue concrètement. Pour le reste, le problème réside dans le fait que les discriminations ne sont pas reconnues comme telles et que les femmes ne souhaitent pas davantage s'investir dans des postes à responsabilité. Les rares responsables de personnel qui ont eu affaire concrètement à des cas de discrimination ont indiqué que ceux-ci avaient le plus souvent

porté sur des questions de salaire (43 %), suivies des litiges en matière d'attribution des tâches (36 %), de harcèlement sexuel (30 %) et de promotion (18 %). Selon eux, la majorité de ces affaires ont été réglées dans le cadre d'une discussion interne. 40 % des responsables consultés ont répondu à une question ouverte en proposant des mesures pouvant contribuer à la réalisation des objectifs de la loi sur l'égalité. 24 % des mesures énoncées portent sur l'information et la sensibilisation et 32 % sur les conditions-cadre (permettre de concilier vie de famille et exercice d'une profession, développer les possibilités de travail à temps partiel pour les hommes et les cadres). D'autres mesures concernent l'égalité et la transparence en matière de salaires.

3.5 Analyse des décisions rendues par les tribunaux des cantons des Grisons, de Schwyz, de Vaud et de Zurich

L'analyse à laquelle la communauté de travail a procédé porte sur 71 décisions (42 % des décisions) rendues par des tribunaux suisses. Cette étude renseigne sur la manière dont la loi sur l'égalité est mise en œuvre et appliquée; ont en particulier été étudiés l'application de l'égalité des salaires, de l'allègement du fardeau de la preuve, de la protection contre le congé, de la qualité pour agir des organisations et des dispositions sur le harcèlement sexuel sur le lieu de travail, ainsi que le passage

3075 d'une instance à l'autre, la durée des procédures, l'issue des actions intentées et les motifs de leur succès ou de leur échec⁸. Les résultats de cette analyse sont intégrés dans les explications fournies au ch. 4 ci-dessous.

3.6 Entretiens avec des syndicats, des associations professionnelles, des organisations féminines, des services de consultation spécialisés, des bureaux de l'égalité et des avocats

Une enquête menée sous forme d'entretiens avec des représentants choisis de syndicats, d'associations professionnelles, d'organisations féminines, de services de consultation spécialisés et de bureaux de l'égalité ainsi qu'avec des avocats a permis de recenser leur expérience en matière de discriminations.

L'évaluation, quant au fond, des 20 interviews permet de mettre en évidence les tenants et aboutissants des différentes discriminations et le contexte dans lequel elles interviennent, et de démontrer d'une manière concrète et intelligible l'état du problème. Les résultats sont mentionnés au ch. 5 ci-dessous.

4 Evaluation des principaux instruments de la loi sur l'égalité

4.1 Administration de la preuve

La loi sur l'égalité prévoit l'application de la maxime d'office (art. 12, al. 2, LEg): le juge établit d'office les faits; il n'intervient pas uniquement sur la base des demandes des parties. L'analyse des décisions rendues par les tribunaux cantonaux a montré que la maxime d'office n'est guère appliquée. Cela vaut tout particulièrement pour les litiges en matière de salaires et de licenciements. De plus, certains juges semblent ignorer que cette maxime s'applique également là où l'allègement du fardeau de la preuve n'est pas applicable, soit dans les cas de discrimination à l'embauche et de harcèlement sexuel. La loi sur l'égalité offre l'allègement du fardeau de la preuve (art. 6 LEg)⁹ comme remède à la difficulté de produire des preuves. Cet instrument est bien connu des organisations de travailleurs et des responsables de personnel. La plupart des représentants des organisations de travailleurs estiment qu'il s'agit d'un instrument utile; ils déplorent néanmoins le fait que la preuve d'une discrimination reste pratiquement impossible à fournir. L'analyse des jugements rendus par les tribunaux montre que ceux-ci font rarement une distinction entre la vraisemblance d'une discrimination, qui doit être apportée

⁸ Pour une présentation détaillée des résultats, voir le rapport «Inhaltsanalytische Auswertung der Gerichtsfälle in den Kantonen Graubünden, Schwyz, Waadt und Zürich» (Elisabeth Freivogel, avocate, Bâle/Binningen, en collaboration avec Judith Wissmann-

Lukesch, Zurich, février 2005; en allemand uniquement). 9 Une discrimination doit seulement être rendue vraisemblable. Si la vraisemblance n'est pas suffisante, l'action doit être directement rejetée. Si elle est retenue, on passe au deuxième stade de la procédure de preuve: l'entreprise attaquée doit fournir la preuve qu'il n'existe pas de discrimination. Elle ne bénéficie pas de l'allègement du fardeau de la preuve.

3076 par la personne concernée, et la preuve des motifs justificatifs qui permettent à l'employeur de se libérer et qui, elle, est entièrement à la charge de ce dernier. De plus, les juges n'ont pour ainsi dire jamais requis d'eux-mêmes l'administration de preuves. Les conditions à remplir pour qu'une discrimination puisse être considérée comme vraisemblable ont été définies très différemment d'un jugement à l'autre. Les exigences relatives à la preuve des motifs justificatifs restent elles aussi relativement floues, comme il ressort de l'analyse effectuée. 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 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 travailleurs.

4.2 Qualité pour agir des organisations

La loi sur l'égalité prévoit que les organisations ont qualité pour agir, évitant ainsi aux personnes qui entendent faire valoir leurs droits de s'exposer elles-mêmes (art. 7 LEg). Jusqu'ici, cet instrument n'a été utilisé qu'avec retenue. L'évaluation a montré qu'avec 32 décisions sur un total de 269, le nombre d'actions introduites par des organisations est relativement faible. Sur ces 32 procédures, 29 concernaient des rapports de travail régis par le droit public et trois seulement des rapports soumis au droit privé. A quatre exceptions près, toutes ces décisions portaient sur des questions d'égalité des salaires. Jusqu'ici, les organisations sont principalement intervenues pour appuyer des actions individuelles introduites dans le cadre de procédures collectives régies par le droit public. Dans l'ensemble, les jugements rendus dans des affaires soutenues par des organisations ont plus rarement été favorables aux employés que ceux prononcés dans le cadre d'actions individuelles (25 % de jugements positifs, 53 % de négatifs). Néanmoins, ces actions ont très souvent été portées devant des instances supérieures. La plupart du temps, il s'agissait de procédures complexes d'égalité des salaires avec d'importantes répercussions. Les actions de groupes ou les actions collectives ainsi que les actions introduites conjointement par des organisations et des personnes individuelles occupées dans des professions typiquement féminines ont été à l'origine d'importantes modifications dans les systèmes des salaires, surtout au niveau des cantons. Les représentants des organisations d'employés savent que les organisations de travailleurs ont qualité pour agir et voient cet instrument généralement d'un bon œil. Ils estiment aussi que cet instrument présente surtout un intérêt lorsque les personnes concernées se mobilisent parallèlement aux organisations. Cet engagement personnel suppose une certaine exposition de leur part et réduit d'autant les avantages d'une action introduite par une organisation. Les représentants des employés estiment qu'il faut y voir l'une des raisons pour lesquelles cet instrument n'est que faiblement utilisé. Les responsables de personnel ont eux aussi une assez bonne connaissance de cet instrument.

3077

4.3 Harcèlement sexuel

L'interdiction de toute forme de harcèlement sexuel sur le lieu de travail est sans conteste la disposition la mieux connue de la loi sur l'égalité. L'évaluation a toutefois mis en évidence que deux tiers des entreprises n'ont introduit aucune mesure particulière visant à prévenir le harcèlement sexuel sur le lieu de travail.

Toutes enquêtes confondues, le harcèlement sexuel représente la deuxième forme de discrimination la plus fréquente, après les inégalités de salaires. Le fait que l'allègement du fardeau de la preuve ne s'applique pas aux situations de harcèlement sexuel n'a pas d'incidence statistique. Certes, les décisions rendues par les tribunaux étaient plus rarement en faveur des travailleurs. On constate toutefois des différences encore plus marquées entre des situations de fait régies par la même réglementation en matière de preuves. Les représentants des organisations de travailleurs considèrent pour leur part que l'absence d'allègement du fardeau de la preuve pose un problème. Il ressort toujours clairement des jugements analysés que la preuve des faits est entièrement à la charge de la partie demanderesse. Par contre, la question de savoir si l'employeur a pris des mesures préventives n'apparaît que dans une minorité de jugements, et même dans ces cas, il n'est pas explicitement dit si une preuve de leur réalisation a été demandée et sous quelle forme. Une plainte pour harcèlement sexuel va généralement de pair avec un licenciement. Dans les cas de harcèlement sexuel sur le lieu de travail, les rapports de travail avaient été résiliés dans 90 % des cas traités en justice, que ce soit dans le secteur public ou le secteur privé. Les analyses qualitatives confirment qu'une poursuite des rapports de travail est exceptionnelle dans ce genre de situation et que les personnes concernées ne souhaitent pas non plus que les rapports de travail se poursuivent. On constate également que le harcèlement sexuel est à l'origine de graves problèmes de santé, mais que nombre de femmes renoncent à intenter une action de peur de perdre leur emploi.

4.4 Licenciement discriminatoire et licenciement à titre de représailles

L'analyse des décisions rendues par les tribunaux dans le cadre de la loi sur l'égalité montre que ni les avocats ni les tribunaux ne sont véritablement au clair sur les notions de licenciement discriminatoire et de licenciement à titre de représailles¹⁰. Souvent, ces discriminations ne sont pas reconnues en tant que telles, de sorte que seul le droit des obligations s'applique (résiliation abusive). Les exigences en matière de preuve sont alors complètement différentes (plus sévères) et la protection contre le congé inscrite spécialement dans la loi sur l'égalité pour les licenciements à titre de représailles est écartée d'emblée étant donné que cette éventualité n'est même pas prise en compte.

¹⁰ On parle de discrimination dans la résiliation du contrat de travail lorsqu'une personne est licenciée en raison de son sexe (art. 9 LEg). Dans le cas d'un licenciement à titre de représailles, le congé est donné à la suite d'une réclamation adressée à un supérieur ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise, sans motif justifié (art. 10 LEg).

³⁰⁷⁸ La protection contre le congé est une disposition de la loi sur l'égalité que les organisations de travailleurs et les responsables de personnel connaissent mal. En effet, seulement un peu plus de la moitié des organisations de travailleurs et deux cinquièmes des responsables de personnel savaient que les plaignants bénéficient d'une protection contre le congé qui s'étend jusqu'à six mois après la clôture de la procédure. Les représentants des organisations de travailleurs et les offices de conciliation estiment que la peur d'un licenciement est le principal obstacle à une action intentée au titre de discrimination. La protection contre le congé est néanmoins considérée à une toute petite majorité comme suffisante et utile. Les organisations consultées regrettent également que la protection prévue ne résout pas le problème que pose la perte d'un emploi. Il est nettement plus facile pour les employés du secteur public que pour ceux du secteur privé de dénoncer une discrimination sans pour autant perdre leur emploi. Les procédures devant les tribunaux montrent que de nombreux travailleurs n'intentent une action en justice qu'après la

résiliation des rapports de travail. Entre le moment de l'ouverture d'une action et celui du jugement, le nombre de cas dans lesquels les rapports de travail sont maintenus continue à baisser: dans le secteur privé, à peine un contrat de travail sur quatorze subsiste, contre pratiquement un sur deux dans le secteur public. L'expérience faite par les représentants d'organisations de travailleurs rejoint ces considérations. Ils en déduisent que dans le secteur privé, les personnes qui dénoncent des discriminations ne peuvent guère espérer conserver leur emploi.

4.5 Analyse des salaires

Les différences de salaires entre les femmes et les hommes peuvent être imputables à plusieurs facteurs. Une partie de la différence s'explique par des facteurs objectifs; l'autre partie ne s'explique pas et constitue donc une discrimination. Selon l'étude demandée conjointement par l'Office fédéral de la statistique (OFS) et le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes¹¹, on observe que, abstraction faite de caractéristiques personnelles comme la formation, le domaine d'activité, etc., la différence moyenne de salaire entre les femmes et les hommes n'a guère diminué ces dernières années dans le secteur privé (25,9 % en 1996, contre 25,1 %

¹¹ Vergleichende Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturerhebungen 1998, 2000 und 2002. Etude conduite dans le cadre de l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité. Rapport de la communauté de travail BASS AG (Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien) et de l'Institut d'économie politique de l'Université de Berne, prof. Michael Gerfin, du 22 août 2005 (en allemand uniquement).

Dans cette étude, les différences salariales sont groupées selon les critères suivants: les différences qui s'expliquent par des facteurs objectifs et celles qui ne peuvent être expliquées (discrimination). On utilise à cette fin la différence moyenne de salaire entre les femmes et les hommes, c'est-à-dire la différence des moyennes logarithmiques des salaires (v. p. 4 s. et 52 de l'étude). Les chiffres relatifs aux différences de salaires entre les femmes et les hommes publiés par l'OFS sont calculés sur la base du salaire mensuel brut normalisé (médiane) : les postes à temps partiel sont convertis en postes à temps plein, sur la base de 4 1/3 semaines par mois, la semaine ayant une durée de 40 heures.

3079 en 2002)¹². L'égalité des salaires ne progresse que très lentement. Environ 60 % des différences résultent de facteurs objectifs: en moyenne, les femmes qui se trouvent sur le marché du travail sont plus jeunes que les hommes, elles possèdent une expérience moins grande dans l'entreprise (années de service), elles sont moins bien formées, elles travaillent dans des secteurs moins bien payés et elles sont sous-représentées au niveau des cadres et aux postes à responsabilité. Reste une différence de 40 % qui ne s'explique pas par des facteurs objectifs et qui doit donc être considérée comme une discrimination salariale. En ce qui concerne les discriminations au niveau des salaires, on n'observe pas de changement notable par rapport à 1998. Elles représentaient déjà 41 % des différences salariales en 1998 et la situation est pratiquement restée inchangée depuis (42 % en 2002). Cela signifie que la diminution des inégalités en matière de salaires résulte avant tout d'un rattrapage au niveau des qualifications (meilleure formation et plus grande expérience professionnelle des femmes). Si l'on considère séparément certaines branches, on constate d'importantes différences, tant en ce qui concerne les écarts de salaires que le taux d'écarts dus à une discrimination. Les discriminations sont les plus faibles dans les institutions privées du domaine de la santé et des affaires sociales et les plus marquées dans l'industrie du textile et du cuir. Dans le secteur des services, on observe un phénomène dit du «plafond de verre», ce qui signifie que les femmes qui progressent dans la hiérarchie des salaires atteignent à un moment donné un seuil qu'elles ne dépasseront plus (ou alors difficilement). A ce stade:

plus les salaires sont élevés, plus l'écart entre les salaires des hommes et ceux des femmes est important. Dans les secteurs à bas salaires, comme le commerce de détail ainsi que l'hôtellerie et la restauration, les inégalités dans les bas revenus relèvent pratiquement toujours de discriminations. Par contre, dans d'autres branches (banques et assurances, poste et télécommunications, informatique), les discriminations existent principalement dans les hauts salaires. En moyenne, l'étendue de la discrimination n'a guère évolué entre 1998 et 2002. Pour les bas salaires, aussi bien les écarts de salaires que la discrimination salariale ont diminué. Pour les salaires élevés, les écarts de salaire se sont creusés, tandis que le taux d'écarts dus à une discrimination est resté inchangé. Cela s'explique vraisemblablement par une pratique toujours plus fréquente qui consiste à lier une partie du salaire au chiffre d'affaires réalisé, un système qui favorise principalement les cadres (donc essentiellement les hommes). Dans l'administration fédérale et les institutions avec participation de la Confédération, la différence moyenne de rémunération, de l'ordre de 13 %, est nettement plus faible que dans le secteur privé et s'explique en grande partie par des différences de qualifications des travailleurs (en particulier années de service). Pour des raisons de protection des données et de technique de recensement, la situation prévalant dans le secteur public cantonal, pourtant particulièrement concerné par les réclamations salariales fondées sur la loi sur l'égalité, n'a malheureusement pas pu être étudiée.

12 Au sein de l'Union européenne (UE), l'écart de rémunération entre hommes et femmes s'est à peine réduit. Dans l'Europe des 15, les femmes gagnaient 16 % de moins (source: EUROSTAT, estimation 2003). Dans l'Europe des 25, on peut partir de l'idée que cette différence est légèrement inférieure: environ 15 % (cf. rapport de la Commission européenne de février 2005 sur l'égalité entre les femmes et les hommes, p. 10).

3080 5 Point de vue des organisations interrogées 13 5.1 Degré de connaissance de la loi sur l'égalité parmi les organisations interrogées Globalement, les organisations interrogées ont une connaissance satisfaisante de la loi sur l'égalité. Toutes enquêtes confondues, il apparaît cependant que les travailleurs, qui sont pourtant le public cible de la loi, sont les moins bien informés. Les organisations de travailleurs considèrent généralement que la loi sur l'égalité est relativement simple à comprendre et que les réglementations prévues, tant du point de vue du fond que des procédures, sont bonnes. Les participants à l'enquête consacrée aux entreprises estiment pour leur part que la loi sur l'égalité manque de clarté et qu'elle est difficile à comprendre. 5.2 Appréciations générales des organisations interrogées Les représentants de syndicats, d'associations professionnelles, d'organisations féminines, de services de consultation spécialisés et de bureaux de l'égalité ainsi que les responsables du personnel et les avocats interrogés sur leur expérience concrète en matière de discriminations estiment que si la situation ne s'est pas dégradée par rapport à la période d'avant l'entrée en vigueur de la loi, elle ne s'est pas sensiblement améliorée non plus. Une analyse du contexte met en évidence de multiples tendances sociales, économiques et internes aux entreprises qui ont une incidence sur l'égalité indépendamment de la loi. La direction montrée par ces différentes tendances n'est toutefois pas claire. D'après les organisations interrogées, la loi sur l'égalité n'a eu que peu d'effets sur les progrès effectifs en matière d'égalité. Les organisations de travailleurs considèrent pour leur part que la loi est un instrument utile pour résoudre certains conflits et pour négocier avec les partenaires sociaux. Une nette majorité des responsables du personnel et des représentants d'organisations de travailleurs adhèrent à la déclaration selon laquelle l'adoption de la loi sur l'égalité n'a rien changé à leur travail. La plupart des personnes interrogées n'y voient pas

non plus d'effets négatifs. L'expérience faite par les organisations de travailleurs montre cependant que l'application de la loi sur l'égalité peut faire naître des tensions dans une entreprise. 49 % des responsables de personnel partagent cet avis. Les représentants d'organisations de travailleurs, peut-être même davantage que les responsables du personnel, estiment qu'une utilité trop faible de la loi et des coûts trop élevés constituent des obstacles à une réalisation dans les faits de l'égalité.

13 Pour une présentation détaillée des résultats, voir le rapport «Mündliche Befragung von Gewerkschaften, Berufsverbänden, Frauenorganisationen, spezialisierten Beratungsstellen, Gleichstellungsbüros sowie Anwält/innen», Marianne Schär Moser, büro a&o, Berne, janvier 2005 (en allemand uniquement).

3081 5.3 Besoin d'agir du point de vue des organisations interrogées Les organisations interrogées pensent qu'il faut avant tout agir au niveau de l'information et de la sensibilisation ainsi que de l'aménagement de conditions-cadre favorables dans la société et les entreprises (p. ex. transparence en matière de salaires). Une nette majorité des responsables du personnel estiment qu'aucune mesure particulière ne s'impose dans leur entreprise. Un bon tiers des responsables de personnel qui considèrent qu'une action s'impose sont d'avis qu'il faut plus particulièrement agir au niveau d'une sensibilisation à la problématique de l'égalité. Ils estiment, ensuite, que des mesures doivent être mises en œuvre pour permettre de mieux concilier les activités professionnelles et les obligations familiales. Quant aux représentants d'organisations de travailleurs, ils considèrent que des mesures s'imposent surtout en matière d'égalité des salaires et d'harmonisation de la vie de famille et de la vie professionnelle. De plus, ils formulent aussi relativement souvent des propositions visant à modifier la loi sur l'égalité et son application, notamment en relation avec la protection des victimes de discriminations, un meilleur accès aux informations et la mise en œuvre de mesures actives de promotion de l'égalité.

6 Evaluation des résultats par la communauté de travail et recommandations

6.1 Peur de perdre son emploi Le fait que de nombreux travailleurs renoncent à introduire une action selon la loi sur l'égalité s'explique principalement par leur peur d'être licenciés, de s'exposer et de mettre en jeu leur carrière professionnelle. Comme il ressort des différentes études, la plupart des relations de travail sont déjà interrompues lorsqu'une action est introduite. Les enquêtes effectuées auprès des tribunaux ont montré que seuls 40 % des rapports de travail se poursuivent encore au moment de l'ouverture d'une action. Au moment où le jugement est rendu, entre la moitié et les deux tiers des rapports de travail ont été résiliés (45 % dans le secteur public, 84 % dans le secteur privé). Malgré cela, les organisations de travailleurs et les offices de conciliation considèrent que la protection contre le congé est suffisante et utile. La communauté de travail pense pour sa part qu'il est souhaitable d'introduire des mesures visant à renforcer la protection contre le licenciement. Toutefois un allongement du délai de protection ne résoudrait pas vraiment la question de la peur de perdre son emploi. Pour cette raison, l'amélioration de la protection contre le congé devrait être couplée avec des mesures d'accompagnement supplémentaires, comme le droit pour les autorités d'ouvrir une action ou un renforcement des sanctions (voir plus loin). La loi sur l'égalité a pour but de supprimer des abus. A cet effet, elle donne aux personnes concernées la possibilité de lutter plus facilement contre les discriminations. Malgré toutes les aides proposées, la réalisation de l'égalité revient presque exclusivement aux personnes touchées par une discrimination. La communauté de travail estime que l'on pourrait étendre le droit d'agir des organisations en les habilitant à intervenir en leur propre nom, à la place du travailleur concerné, pour

introduire une action en paiement. Cette amélioration n'aurait pas non plus d'effet durable si elle n'est pas flanquée de mesures d'accompagnement. Il serait plus

3082 important de ne pas faire reposer plus longtemps la réalisation de l'égalité sur les seules épaules des personnes victimes de discrimination. Parmi les mesures qu'elle énonce dans son rapport de synthèse, la communauté de travail propose donc de doter les autorités de compétences adéquates en matière d'investigation qui leur permettraient d'éclaircir des cas de leur propre initiative et de mener des enquêtes. Ces autorités devraient avoir le droit d'intervenir de leur propre chef et d'engager une action devant les tribunaux, soit en représentation de victimes de discriminations, soit pour dénoncer des discriminations structurelles (droit d'action des autorités). Autre mesure proposée par la communauté de travail: développer les sanctions en cas d'infractions à la loi sur l'égalité en allouant des indemnités massivement plus élevées aux victimes de discriminations et en élevant en conséquence les amendes infligées aux employeurs.

6.2 Non-reconnaissance de discriminations en tant que telles et connaissance insuffisante de la loi

Les enquêtes ont mis en évidence que ce sont surtout les discriminations indirectes qui, souvent, ne sont pas considérées comme telles¹⁴. Cette observation vaut pour les personnes concernées, pour leurs avocats de même que pour les tribunaux. La qualité des jugements rendus en première instance est très variable. Certains juges méconnaissent totalement les bases légales applicables. D'autres ne craignent pas les longues procédures probatoires et n'hésitent visiblement pas à se procurer les connaissances nécessaires. Selon les cantons, un à deux tiers des litiges qui finissent par être tranchés en faveur des travailleurs sont jugés par une deuxième instance au moins. Les avocats pèchent parfois eux aussi par manque de connaissances. L'analyse des décisions rendues par les tribunaux montre que certaines actions sont d'emblée mal engagées et que des prétentions sont tout simplement oubliées. De plus, la loi sur l'égalité est mal connue, surtout de la part des petites et moyennes entreprises et des travailleurs. Comme mesure envisageable, la communauté de travail recommande un travail d'information, de formation et de sensibilisation. Des campagnes d'information et de sensibilisation devraient permettre de toucher spécifiquement en tant que groupes les travailleurs, les employeurs (en particulier les petites et moyennes entreprises), les représentants d'organisations de travailleurs, les avocats ainsi que les juges. Les services publics, les syndicats, les associations patronales, les avocats ainsi que les juges devraient agir de concert pour parvenir à des effets durables.

14 La discrimination est qualifiée d'indirecte lorsque le critère utilisé pourrait s'appliquer à l'un ou l'autre sexe, mais qu'il a ou peut avoir pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifié objectivement.

3083 6.3 Manque de transparence en matière de salaires et difficulté d'accès aux données

Le manque de transparence en matière de salaires et les difficultés d'accès aux données expliquent en grande partie pourquoi si peu de réclamations sont formulées selon la loi sur l'égalité. Comme par le passé, il incombe actuellement encore aux travailleurs de faire valoir une (présomption de) discrimination. Les employeurs peuvent éviter la menace d'une réclamation pour inégalité de salaire en dissimulant des informations pertinentes. De cette manière, il devient impossible pour la personne qui soupçonne une discrimination d'apporter une quelconque preuve. Généralement, les employeurs ne sont tenus de fournir des données concernant les personnes et les salaires qu'au moment de la procédure devant le juge. Afin de permettre aux personnes et aux organisations potentiellement concernées par une discrimination d'accéder aux données dont elles ont besoin pour étayer leur

présomption de discrimination, la communauté de travail préconise de promouvoir la transparence en matière de salaires. Les entreprises devraient être tenues de produire leurs données déjà avant de se présenter devant le juge. La communauté de travail propose également, à l'instar de ce qui se pratique au Royaume-Uni, de créer des règles en vertu desquelles les employeurs auraient l'obligation, sur simple demande, de remplir un questionnaire permettant d'obtenir rapidement des informations pertinentes sur les rémunérations versées dans une entreprise. De plus, des conditions uniformes (standards) devraient être élaborées dans le domaine des expertises. Enfin, la communauté de travail estime judicieux d'étendre l'allègement du fardeau de la preuve à la discrimination à l'embauche et au harcèlement sexuel, toutefois en combinaison avec les autres mesures prévues, notamment celles visant à lutter contre la peur d'introduire une action en discrimination.

6.4 Absence de mesures de promotion de l'égalité

A ce jour, la plupart des entreprises n'ont introduit aucune mesure particulière pour promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes. Jusqu'ici, ce sont essentiellement des grandes entreprises et les administrations publiques qui ont déployé des mesures de prévention, principalement en matière de harcèlement sexuel sur le lieu de travail. Le rapport de synthèse de la communauté de travail indique cependant que pratiquement deux tiers des entreprises consultées considèrent qu'une politique active en matière d'égalité constitue un facteur de compétitivité sur le marché du travail. Presque 75 % des entreprises pensent que les plaintes pour discriminations portées sur la place publique nuisent fortement à leur image. Pour ce qui précède, la communauté de travail propose d'informer de manière ciblée tout particulièrement les petites et les moyennes entreprises et de les sensibiliser à la problématique de l'égalité. Elle préconise également de mettre en place des mesures d'incitation pour les entreprises qui s'engagent activement en faveur de la promotion de l'égalité (p. ex. allègements fiscaux, création d'un label égalité). Par ailleurs, il conviendrait de renforcer les contrôles pour s'assurer du respect des dispositions de la loi sur l'égalité (p. ex. lors de soumissions) et de durcir les sanctions afin de décourager les infractions à la loi. La communauté de travail considère également

3084 que l'on pourrait inscrire dans la loi sur l'égalité un devoir positif en matière de promotion de l'égalité. Enfin, il faudrait développer l'offre d'encadrement et de conseil destinée aux entreprises.

6.5 Recours non uniforme et en partie insuffisant au potentiel offert par les offices de conciliation

La loi sur l'égalité a institué des offices de conciliation pour les litiges en matière de discrimination dans le monde du travail. L'art. 11 de la loi énonce que chaque canton désigne un office de conciliation chargé de conseiller les parties et de les aider à trouver un accord en cas de violation supposée de la loi sur l'égalité. Les offices de conciliation sont organisés de manière très différente d'un canton à l'autre. Certains cantons ont prévu un office central, d'autres possèdent des offices séparés pour le secteur public et le secteur privé, d'autres encore possèdent des offices dotés de compétences régionales uniquement. Dans certains cantons, l'office de conciliation s'occupe exclusivement des rapports de travail régis par le droit privé, dans d'autres, il traite aussi ceux du secteur public. Dans de nombreux cantons, la procédure de conciliation est facultative pour les affaires relevant du droit privé, dans d'autres, elle est en revanche obligatoire. Certains offices sont rattachés à des tribunaux, d'autres forment des organismes séparés. La composition des offices de conciliation varie aussi considérablement d'un canton à l'autre. Dans certains d'entre eux, la fonction de conciliateur est assumée par une seule personne, dans d'autres, des commissions spéciales de conciliation ont été instituées, composées, à parts égales, de représentants des employeurs et des travailleurs. Les

procédures appliquées sont elles aussi très hétérogènes: alors que dans certains cantons les requêtes en conciliation doivent être déposées de manière formelle, ailleurs, une demande informelle, par oral ou par écrit, suffit. En ce qui concerne les compétences, la pratique des cantons n'est pas non plus uniforme: certains offices de conciliation sont habilités à intervenir dans des conflits mixtes, qui soulèvent également des questions relevant du droit des obligations, alors que d'autres ne peuvent traiter que de litiges selon la loi sur l'égalité. Il en va de même pour les moyens de preuve: dans certains cantons, seules les parties au litige peuvent être interrogées, à l'exclusion de tout tiers, dans d'autres, il est possible de demander la présentation de documents officiels et de procéder à un simple échange d'écritures. Le rôle de conseil inscrit dans la loi est lui aussi interprété très différemment d'un canton à l'autre. L'enquête menée auprès des offices de conciliation ainsi que l'analyse des procédures de conciliation ont montré que ces institutions contribuent de manière décisive à la résolution de conflits en matière d'égalité et que, du fait des résultats que les offices de conciliation obtiennent, ils allègent considérablement le travail des juges. Un office de conciliation conçu comme une étape préalable à une action en justice et qui, au moyen de procédures rapides et relativement simples, permet d'obtenir satisfaction en matière d'égalité a donc fait ses preuves. Les différences institutionnelles et qualitatives entre les cantons ont toutefois une incidence à la fois sur l'utilisation de cet instrument et sur les taux de réussite. Ici encore, les taux des procédures de conciliation qui aboutissent varient d'un canton à l'autre: ils attei-

gnent 60 % dans les cantons de Bâle-Ville, de Berne et de Zurich, mais seulement

E. 19

Au Royaume-Uni, par exemple, les entreprises ont été condamnées en 2003 à verser 2,8 milliards de livres à titre de compensations pour des discriminations fondées sur le sexe. Source: étude de l'Equal Opportunities Commission du mois d'octobre 2004: Britain's competitive edge: women Unlocking the potential.

E. 20

Voir Revue économique de l'OCDE, no 37, 2003/2: Les femmes sur le marché du travail: évidence empirique sur le rôle des politiques économiques et autres déterminants dans les pays de l'OCDE, p. 57 ss.

E. 21

Voir message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, commentaire de l'art. 10 LEg.

3091 type pourrait même s'avérer néfaste pour les femmes puisque les employeurs pourraient hésiter à les engager de peur qu'une plainte pour discrimination ne les empêche de résilier un contrat de travail²². 8.2.2 Extension du droit d'agir des organisations Une extension du droit d'agir des organisations à des demandes en exécution de prestations, comme le recommande la communauté de travail, poserait des problèmes à plusieurs niveaux. D'une part, l'ordre juridique suisse actuel ne reconnaît pas ce type de droit aux organisations; d'autre part, l'introduction d'un tel droit en faveur des organisations nécessiterait que l'on résolve différentes questions complexes, comme l'obligation de restituer les montants perçus, la coordination avec une plainte déjà déposée individuellement par un salarié, le droit d'introduire une action sans en informer la victime de la discrimination ou même contre sa volonté. De plus, tous ces éléments vont à

l'encontre de la conception suisse de l'action individuelle, qui se fonde sur l'autonomie des parties. Ces remarques ont d'ailleurs été clairement exprimées lors des débats parlementaires sur le droit d'agir des organisations dans le cadre de la loi sur l'égalité : le droit d'agir ne doit pas servir à défendre des intérêts individuels; il doit essentiellement permettre de clarifier des questions de fond qui présentent une importance décisive pour un grand nombre de salariés. Le jugement en constatation n'a d'effets que pour l'organisation et l'employeur concerné, pas pour le salarié. Les salariés doivent faire valoir leurs droits individuellement. Ce faisant, ils peuvent se fonder sur le jugement en constatation, ce qui peut leur être très utile.

8.2.3 Renforcement des sanctions

La communauté de travail estime qu'un renforcement des sanctions en cas de violation de la loi sur l'égalité pourrait être un moyen d'empêcher les discriminations. Les sanctions prévues par la loi sur l'égalité correspondent à celles prévues par le droit du travail. Le législateur l'a voulu ainsi et cette position reflète la sensibilité juridique suisse. Pour cette raison, le Conseil fédéral s'oppose à un renforcement des sanctions dans le cadre de la loi sur l'égalité. Il souhaite que l'on mette l'accent sur des mesures positives (information, sensibilisation, mesures d'incitation) et non répressives.

8.2.4 Autorités dotées de compétences d'investigation et d'intervention

Les enquêtes ont clairement mis en évidence que la peur d'être licencié et la crainte de s'exposer constituent les principaux obstacles que doivent surmonter les personnes souhaitant dénoncer des discriminations. La communauté de travail recommande par conséquent de doter des autorités publiques de compétences d'investigation et

E. 22

Voir également le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 14 février 2005 concernant l'objet 04.2029 n Pétition «Action de la journée des droits humains». Pour une meilleure protection contre les licenciements.

3092 d'intervention. Dans certains pays, en particulier des pays anglo-saxons à tradition libérale, des expériences positives ont déjà été faites avec ce type d'autorités (voir ch. 7). Le système suisse connaît d'ailleurs aussi ce genre d'autorités (p. ex. le Préposé fédéral à la protection des données). La loi sur l'égalité laisse aux salariés l'initiative d'agir en matière de discriminations. La question de savoir si une entreprise sera sanctionnée par un juge est donc fonction du seuil de tolérance et des possibilités d'action de la personne concernée. Par conséquent, le contrôle exercé sur les entreprises dépend de circonstances aléatoires. De plus, les discriminations, et plus spécialement les discriminations salariales, soulèvent des problèmes relativement complexes, ce qui peut constituer une source d'insécurité pour les entreprises, celles-ci n'étant pas toujours en mesure d'apprécier si leur façon de faire serait considérée comme discriminatoire. Il en résulte une certaine imprévisibilité pour les employeurs. Si une entreprise a la «malchance» d'être sanctionnée pour une pratique discriminatoire, elle subit des conséquences négatives en termes d'argent, mais aussi en terme d'image. L'institution d'autorités dotées de compétences d'investigation et d'intervention permettrait des contrôles plus systématiques et les entreprises seraient en mesure de régler d'éventuels problèmes de discrimination avant d'être sanctionnées. Au Royaume-Uni, par exemple, les entreprises auront prochainement la possibilité de coopérer avec la Commission for Equality and Human Rights (qui remplacera l'actuelle Equal Opportunities Commission) et de conclure avec elle un accord par lequel elles s'engagent à présenter un programme d'action échelonné dans le temps, au lieu de devoir obéir à des injonctions. La création d'une telle autorité en Suisse nécessiterait de revoir le système actuel et en particulier le rôle du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes. La

possibilité existerait de développer des partenariats avec les entreprises, par exemple en prévoyant que les employeurs pourraient aussi être représentés au sein de ces autorités et qu'ils seraient ainsi en mesure d'y apporter le savoir-faire de l'économie. Ce type de mesures occasionnerait vraisemblablement des coûts supplémentaires. Le Conseil fédéral estime qu'il est actuellement politiquement inopportun d'envisager la création de telles structures en Suisse étant donné qu'une extension de l'administration et les coûts supplémentaires engendrés iraient à l'encontre des efforts d'économie consentis par la Confédération et l'administration fédérale. Le Conseil fédéral est cependant disposé à étudier plus attentivement les avantages et les inconvénients de différents modèles et à prendre en considération l'expérience de la Suisse et d'autres pays avec ce type de mesures ainsi que la situation des entreprises.

8.2.5 Information, sensibilisation et formation continue

Les enquêtes ont mis en évidence que la loi sur l'égalité était encore insuffisamment connue non seulement des salariés, mais aussi des employeurs, des avocats et des juges. Pour cette raison, la communauté de travail préconise de réaliser des campagnes d'information et de sensibilisation spécifiques pour chacun de ces publics cibles. Le Conseil fédéral considère qu'il est important d'informer le public et de le sensibiliser à la problématique de l'égalité entre les femmes et les hommes. Selon la loi, l'information du public incombe au Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG). Vu l'importance de l'égalité sur le marché du travail, le BFEG a

3093 mis l'accent sur cet aspect. Les groupes cibles importants, notamment les responsables du personnel, les supérieurs hiérarchiques, les salariés et les personnes chargées de tâches de conseils, sont régulièrement informés et sensibilisés sur les thèmes de l'égalité des salaires, de l'appréciation non discriminatoire du personnel pour la fixation du salaire au mérite, du harcèlement sexuel et des mesures permettant de mieux concilier les obligations familiales et l'exercice d'une profession; cette information se fait par le biais de congrès, d'études, de brochures et de guides. De plus, des aides financières selon les articles 14 et 15 LEg ont été allouées à plusieurs projets externes visant à faire connaître la loi sur l'égalité à différents groupes cibles²³. En 2005, le BFEG a également lancé le programme d'impulsion pour l'application de la loi sur l'égalité dans le domaine du harcèlement sexuel. Ce programme de trois ans s'adresse aux petites et moyennes entreprises. A cet effet, une étroite collaboration est prévue avec le Secrétariat d'Etat à l'économie (seco) à partir de 2007. En 2006, le BFEG éditera aussi à l'intention des milieux juridiques une brochure d'information traitant de la problématique de l'expertise dans les actions en justice portant sur des questions salariales. Quant au public en général, un dépliant lui offrira un aperçu des domaines d'application de la loi sur l'égalité. Un congrès juridique organisé conjointement par la Conférence suisse des déléguées à l'égalité entre femmes et hommes et l'Université de Saint-Gall est également prévu; les points importants de la loi pourront y être débattus. On pourrait encore davantage mettre l'accent sur l'information et la sensibilisation en se concentrant sur la loi sur l'égalité lors de l'affectation des moyens à disposition, et en particulier lors de l'octroi des aides financières. Il incombe en revanche aussi aux universités, aux avocats et aux tribunaux d'organiser sur une base régulière des formations continues consacrées à la problématique de l'égalité entre femmes et hommes. Enfin, il faut amener les entreprises à prendre conscience du fait que la promotion des femmes contribue à renforcer les rangs du personnel qualifié. Cette remarque est pertinente tout spécialement par rapport au vieillissement de la population²⁴. Le phénomène du vieillissement aura pour conséquence d'accroître la pression sur le marché du travail et pèsera sur le niveau de vie de la population et les finances publiques. Une plus forte participation des femmes au marché

du travail pourrait en grande partie contribuer à résoudre ces problèmes. En réalisant l'égalité des chances, les entreprises pourraient aussi davantage profiter de leur investissement dans la formation des femmes, sans compter que cela leur permettrait de réaliser des économies, étant entendu qu'au final, les discriminations occasionnent des coûts (rattrapages de salaires dus, perte de temps, dégradation de l'image, etc.)²⁵. D'un point de vue économique, les entreprises ont donc tout intérêt à accorder davantage de place aux femmes dans la vie professionnelle²⁶.

E. 23

Banque de données sur les projets: www.topbox.ch

E. 24

Voir également Revue économique de l'OCDE, no 37, 2003/2, p. 57 ss: «Les femmes sur le marché du travail: évidence empirique sur le rôle des politiques économiques et autres déterminants dans les pays de l'OCDE».

E. 25

Discrimination costs. Equality pays. Voir l'étude de l'Equal Opportunities Commission du mois d'octobre 2004: Britain's competitive edge: women Unlocking the potential.

E. 26

Voir également l'étude «Familienfreundliche Unternehmenspolitik – Eine Kosten-Nutzen-Analyse für die Wirtschaftsregion Basel», Prognos AG, éd.: Bureau de l'égalité de Bâle-Ville, Bâle, octobre 2005.

3094 8.2.6 Transparence des salaires, allègement du fardeau de la preuve et expertises
Apporter la preuve d'une discrimination présumée est une tâche ardue. Pour supprimer cette difficulté, la communauté de travail propose d'améliorer la transparence en matière de salaires et d'obliger les entreprises à produire les données importantes déjà à un stade précoce d'une procédure, par exemple lors de la conciliation. Simultanément, il y a lieu d'uniformiser les règles présidant à l'élaboration d'expertises, d'appliquer plus efficacement le principe de l'allègement du fardeau de la preuve et de l'étendre à toutes les discriminations. Le Conseil fédéral estime que la transparence des salaires est une mesure importante dans une optique d'égalité. Cependant, la réalisation de cette transparence au niveau des employés incombe en premier lieu aux partenaires sociaux et aux travailleurs. Dans le cadre de l'unification de la procédure civile, il est en revanche possible de proposer au Parlement d'accorder aux offices de conciliation la compétence d'administrer des preuves et, par exemple, de demander à un employeur de présenter sa comptabilité des salaires. Le Conseil fédéral ne voit en revanche aucune possibilité d'étendre l'allègement du fardeau de la preuve aux discriminations à l'embauche et au harcèlement sexuel. Lors des débats relatifs à la loi sur l'égalité, le Parlement avait, à l'époque, explicitement écarté la discrimination à l'embauche et le harcèlement sexuel du champ d'application de l'allègement du fardeau de la preuve. Il craignait que les employeurs n'aient trop de difficulté à apporter la preuve de l'absence de discrimination. Cette crainte subsiste aujourd'hui encore, tout particulièrement en ce qui concerne le harcèlement sexuel. Différents points de vue s'affrontent sur la manière d'établir une expertise salariale. Souvent, le litige nécessite une deuxième expertise, ce qui occasionne des frais supplémentaires, à la charge des caisses de l'Etat, et fait traîner en longueur les procédures. Pour cette raison, le Conseil fédéral estime judicieux que le Bureau fédéral de l'égalité entre

femmes et hommes initié, en collaboration avec des représentants des milieux scientifiques, les tribunaux et les avocats, l'élaboration de recommandations sur la manière d'établir des expertises salariales. Cette mesure pourrait contribuer à améliorer la procédure sans restreindre pour autant l'indépendance des experts.

8.2.7 Mesures d'incitation

Les enquêtes ont montré qu'à ce jour, la plupart des entreprises n'avaient pris aucune mesure particulière pour promouvoir l'égalité entre femmes et hommes. Aussi la communauté de travail propose-t-elle d'introduire des mesures d'incitation ou de créer un «label égalité» et de renforcer les contrôles lors de soumissions.

8.2.7.1 Aides financières selon la loi sur l'égalité

L'évaluation montre qu'à ce jour, la plupart des entreprises n'ont introduit aucune mesure visant à promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes. L'octroi de subventions pourrait inciter financièrement les entreprises à le faire. La loi sur

3095 l'égalité prévoit l'octroi d'aides financières prévues dans la LEg à des organisations publiques ou privées qui mettent sur pied des programmes visant à favoriser la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle (art. 14 LEg). De peur de fausser le jeu de la concurrence, la possibilité d'un financement direct de programmes internes de promotion de l'égalité au moyen des aides financières de la Confédération a explicitement été écartée dans le message²⁷. Pour cette raison, les projets à mettre en œuvre dans une entreprise doivent toujours être réalisés en étroite collaboration avec une organisation externe (généralement un syndicat ou une association professionnelle) qui en assume la responsabilité. Cette approche a eu pour conséquence que la Confédération a soutenu financièrement seulement un petit nombre de programmes internes de promotion de l'égalité. Les projets internes présentent toutefois l'avantage d'avoir un impact direct sur l'égalité et d'être en rapport étroit avec la réalité. Aussi le Conseil fédéral souhaite-t-il qu'à l'avenir, il soit possible de soutenir davantage de projets internes de durée limitée et demande-t-il à cet effet que l'on procède rapidement aux éventuels aménagements que suppose-rait un changement de pratique. Ces aménagements n'occasionneraient pas de coûts supplémentaires, mais seraient couverts par l'enveloppe déjà accordée par le Parlement pour les aides financières. Quant à l'éventualité de fausser le jeu en matière de concurrence, il serait possible d'y remédier par d'autres mesures, par exemple en soumettant les programmes de promotion de l'égalité que la Confédération est prête à soutenir financièrement à un appel d'offres ciblé, afin de faire naître une saine concurrence entre les entreprises. Tous ceux qui reçoivent une aide financière ont d'ores et déjà l'obligation de mettre à la disposition du public – et dès lors des autres entreprises – les connaissances obtenues et les instruments élaborés grâce aux projets soutenus; ainsi l'avantage qu'une entreprise aurait au départ serait compensé, ce qui permet de répondre aux craintes susmentionnées.

8.2.7.2 Label égalité

Des mesures d'incitation peuvent être un moyen approprié pour motiver les entreprises à prendre des mesures allant dans la direction souhaitée. On pourrait examiner en particulier la possibilité d'introduire un système de certification et la création d'un «label égalité» en faveur des entreprises qui remplissent un certain nombre de critères (cf. Comparaison avec d'autres pays, ch. 7). Le principe de la certification repose sur des incitations positives plutôt que sur des directives et des interdits. Les entreprises au bénéfice du «label égalité» seraient mieux placées pour recruter du personnel féminin qualifié, qu'elles pourraient ensuite motiver et fidéliser grâce à des conditions de travail équitables et intéressantes. Il n'existe pas encore de norme standard de gestion de qualité en matière d'égalité dans les rapports de travail. Le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes encourage actuellement deux initiatives allant dans ce sens, dans le cadre des aides financières selon la loi sur l'égalité (art. 14 LEg): une

étude de faisabilité portant sur l'introduction d'un label égalité pour les entreprises (projet «Total E-Quality CH Label») ainsi qu'un projet préliminaire sur l'introduction d'un processus de certification destiné à permettre aux entreprises de prouver qu'elles respectent le principe de l'égalité des salaires (projet «equal-salary»).

E. 27

FF 1993 I 1228

3096 Autre initiative intéressante, celle de la Société suisse des employés de commerce qui, en 2005, a décerné pour la deuxième fois son «Prix Egalité» à des entreprises du secteur public et du secteur privé dont la politique en matière d'égalité se distingue par son caractère résolument progressiste et novateur et par son efficacité quant aux résultats. Décerné par un jury indépendant composé de responsables du personnel, de membres de directions d'entreprises, de représentants des milieux universitaires, des bureaux de l'égalité et de sociétés de consultants, le «Prix Egalité» honore les changements durables en veillant à ce que la politique d'égalité d'une entreprise ne dépende pas uniquement d'un cercle restreint de personnes, dont le départ remettrait en question à chaque fois les acquis. Le cas échéant, une procédure de certification permettrait d'inciter les entreprises à adopter des mesures structurelles et, par exemple, à réexaminer leur barème des salaires, ce qui leur permettrait de corriger d'éventuelles discriminations avant d'être actionnées en justice. Ce type de certification présenterait également un intérêt non négligeable en ce qui concerne les marchés publics (voir ch. 8.2.7.3). Le Conseil fédéral est prêt à examiner, en collaboration avec les partenaires sociaux, dans quelle mesure une incitation, par exemple sous la forme d'un label pour les entreprises actives dans la promotion de l'égalité, est utile. On pourrait aussi envisager de ne pas limiter cette mesure d'incitation au seul critère du sexe, mais de l'étendre à d'autres types de discriminations, par exemple fondées sur la provenance ou l'âge, afin de promouvoir la diversité dans les entreprises.

8.2.7.3 Marchés publics

La loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) exige des entreprises qui se voient adjudger des marchés publics qu'elles respectent le principe de l'égalité de salaire entre les sexes. Par une déclaration individuelle et la signature des conditions générales de la Confédération, les soumissionnaires s'engagent à respecter l'égalité des salaires. A défaut tant d'un instrument approprié que d'une procédure adéquate, il n'a à ce jour encore jamais été possible de contrôler les entreprises concernées. Depuis 2004, un instrument élaboré conjointement par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) et la Commission des achats de la Confédération permet d'effectuer de telles vérifications. Après avoir été testé en phase pilote, cet instrument a été jugé performant. Le BFEG mettra à la disposition des entreprises intéressées un instrument d'auto-contrôle. Dans l'optique de la future révision du droit des marchés publics²⁸, il y a lieu de jeter les bases d'une application efficace du principe de l'égalité des salaires entre femmes et hommes.

E. 28

La procédure de consultation est prévue pour le premier trimestre 2006. Informations supplémentaires sous: www.bbl.admin.ch

3097 8.2.8 Obligation légale pour les entreprises de mettre en œuvre des mesures de promotion de l'égalité Le Conseil fédéral estime qu'il n'est pas judicieux de contraindre légalement les entreprises à promouvoir l'égalité. La mise en œuvre d'une telle mesure s'avérerait d'ailleurs très difficile et nécessiterait l'engagement de personnel supplémentaire

(voir à ce propos ch. 8.2.4). Le Conseil fédéral mise bien davantage sur des mesures spontanées. 8.2.9 Meilleure utilisation du potentiel offert par les offices de conciliation Les nombreuses différences quant à l'organisation et à la conception des tâches des offices de conciliation nuisent à leur efficacité. Le Conseil fédéral est lui aussi d'avis que des conditions-cadre adéquates d'un point de vue institutionnel et technique sont souhaitables. L'unification du droit de la procédure civile (le message correspondant sera vraisemblablement publié dans le courant du premier semestre 2006) devra également être l'occasion d'unifier la procédure de conciliation. L'avant-projet de code de procédure civile suisse prévoit pour les litiges selon la loi sur l'égalité une procédure de conciliation facultative et gratuite. Les autorités de conciliation doivent, comme précédemment, être réglementées par le droit cantonal. Cependant, d'un point de vue organisationnel, il y a lieu de préciser qu'en raison du droit fédéral, les offices de conciliation selon la loi sur l'égalité doivent être paritaires et compter le même nombre de représentants des employeurs et des salariés, du secteur public et du secteur privé ainsi que du sexe féminin et du sexe masculin. Pour ce qui est des tâches des offices de conciliation, l'avant-projet prévoit qu'ils exercent un rôle de conseil parallèlement à leur mandat de médiateur dans des litiges portant sur des discriminations. Un échange d'écritures est également prévu pour les procédures de conciliation selon la loi sur l'égalité. Les offices de conciliation doivent être habilités à exiger la présentation d'éventuels documents, à visiter les locaux d'une entreprise et à ordonner d'autres moyens de preuve. Ainsi, ils pourront demander aux employeurs de leur présenter des données de salaires et de personnel (voir ch. 8.2.6). L'art. 11 de la loi sur l'égalité relatif à la procédure de conciliation sera abrogé à l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure civile suisse. La nouvelle procédure civile unifiée intègre un certain nombre de points importants qui sont apparus lors de l'enquête conduite auprès des offices de conciliation et de l'examen des affaires traitées. S'agissant de ces offices, il ne reste donc plus guère de marge de manœuvre législative dans le cadre de la loi sur l'égalité. Cependant, les cantons conservent comme par le passé la possibilité de proposer la procédure de conciliation également pour des rapports de travail régis par le droit public; ils peuvent aussi contraindre les autorités de conciliation d'attirer l'attention du public sur leur existence. De nombreux cantons procèdent aujourd'hui déjà de la sorte. De plus, ils peuvent conférer aux autorités de conciliation la compétence de traiter des conflits mixtes, c'est-à-dire des conflits qui ne touchent pas seulement la loi sur l'égalité mais aussi le droit des obligations.

3098 Sur le plan fédéral, une procédure de conciliation selon la loi sur l'égalité²⁹ a été mise en place pour le personnel de la Confédération, suite à la motion Hubmann (98.3463) du 8 octobre 1998. Cette nouvelle commission de conciliation de la Confédération est doublement paritaire (employeur/employé, femmes/hommes). 8.3 Aperçu des mesures proposées par le Conseil fédéral Le Conseil fédéral veillera à: – mettre encore davantage l'accent sur une information et des actions de sensibilisation ciblées consacrées à la loi sur l'égalité, en particulier lors de l'octroi d'aides financières; – inviter les universités, les avocats et les tribunaux à promouvoir l'information ciblée et le perfectionnement professionnel en relation avec la loi sur l'égalité; – initier l'élaboration de recommandations sur la manière d'élaborer des expertises en collaboration avec des représentants des milieux scientifiques, les tribunaux et les avocats dans le souci de rationaliser le travail des juges lors de procédures en matière d'égalité des salaires; – étudier la possibilité de prendre des mesures incitatives, par exemple en introduisant un label pour les entreprises actives dans la promotion de l'égalité, en collaboration avec les partenaires sociaux; – définir une

procédure permettant de contrôler le respect des prescriptions légales, dans le cadre de la révision de la loi fédérale sur les marchés publics; – proposer d’habiliter les offices de conciliation, dans le cadre de l’unification de la procédure civile, à demander la présentation de documents et à faire des inspections d’entreprises. De plus, ces offices devraient être autorisés à recevoir les moyens de preuve usuels dans les affaires relevant de la loi sur l’égalité, dans la mesure où cela ne retarde pas trop la procédure; – prendre les mesures nécessaires à une modification de la pratique dans le domaine des aides financières accordées en vertu de la loi sur l’égalité, dès que l’occasion se présentera; – examiner attentivement les avantages et les inconvénients de différents modèles d’autorités dotées de compétences en matière d’investigation et d’intervention; à cet effet, il prendra en considération l’expérience faite par la Suisse et d’autres pays avec ce type de mesure ainsi que la situation des entreprises.

E. 29

Modification du 8 octobre 2004 de la loi sur l’égalité (art. 13, al. 3, LEg), FF 2004 5113; RO 2005 1023.

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali 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 In Bundesblatt Dans Feuille fédérale In Foglio federale Jahr 2006 Année Anno Band 1 Volume Volume Heft 12 Cahier Numero Geschäftsnummer 02.3142 Numéro d'affaire Numero dell'oggetto Datum 28.03.2006 Date Data Seite 3061-3098 Page Pagina Ref. No 10 139 471 Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen. Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses. I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.