

COMMUNAUTE DE TRAVAIL
Büro BASS . Konsumstrasse 20 . 3007 Berne . 031 / 380 60 80 . heidi.stutz@buerobass.ch
büro a&o . Waaghausgasse 5 . 3011 Berne . 031 / 311 59 86 . schae@bueroaundo.ch
Elisabeth Freivogel, lic. lur., LL.M., Avocate . Hauptstr. 104 . 4102 Binningen . 061 / 421 05 95
freivogel@advokaturbuero-bl.ch

BASS



Dr. Jürg Baillo

**ADVOKATURBÜRO
ELISABETH
FREIVOGEL**

Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité

Rapport de synthèse

Sur mandat de l'Office fédéral de la justice

Heidi Stutz	Bureau d'études de politique du travail et de politique sociale BASS
Marianne Schär Moser	Büro für arbeits- und organisationspsychologische Forschung und Beratung (büro a&o)
Elisabeth Freivogel	Avocate

Berne et Binningen, avril 200

L'essentiel en bref

Le présent résumé des résultats fournis par l'évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité (LEg) repose sur six rapports partiels concernant les sondages et analyses effectués. Ainsi, 269 jugements de tribunaux et 355 cas de conciliation ont été évalués; les offices de conciliation, les organisations de salariés et salariées et les responsables du personnel au plus haut échelon dans les entreprises privées et le secteur public ont été interrogés de façon approfondie.

La loi sur l'égalité est en général connue auprès des firmes et des organisations de salariés et salariées. Des lacunes existent surtout dans les petites et moyennes entreprises. Les employés et employées eux-mêmes connaissent assez mal la LEg. Les **connaissances** sur la LEg des spécialistes du droit laissent aussi à désirer: des manques existent chez les *avocats et avocates* et les *juges*, surtout dans les tribunaux civils de première instance. Parmi les *offices de conciliation*, seuls quelques-uns suscitent des critiques.

Les efforts d'information et de formation continue sur la LEg ont été dans l'ensemble modestes. En particulier, la majorité des responsables du personnel dans les entreprises ignore ce qu'il faut entendre par **discrimination indirecte**, également interdite par la LEg. Dans la mesure où les discriminations directes se font plus rares, le problème semble résolu en ce qui les concerne. Mais comme ce sont aujourd'hui surtout des discriminations indirectes qui se produisent dans le monde du travail, on comprend pourquoi tant les salariés et salariées que les responsables du personnel qualifient d'obstacle le plus important à la mise en œuvre de l'égalité le fait que les discriminations ne sont pas reconnues en tant que telles.

Globalement, l'**opinion personnelle** des acteurs et actrices interrogés ne paraît pas critique à l'égard de l'égalité. Les contradictions résultent pour l'essentiel du fait que les responsables du personnel en particulier voient l'égalité comme déjà réalisée. L'existence d'un problème est niée.

L'analyse de contexte montre une multitude de tendances au sein de la société, de l'économie et des entreprises qui, même indépendamment de la LEg, ont influé sur l'état de l'égalité. L'orientation découlant de ces diverses influences n'est toutefois pas claire. Les personnes interrogées ne perçoivent pas de reculs pour la décennie écoulée, mais nulle part aussi d'**évolution** nettement positive pour l'égalité dans les faits. A leur avis, la loi sur l'égalité n'a eu à cet égard qu'une faible influence.

Une majorité de responsables du personnel trouve qu'une **politique active d'égalité** constitue un avantage de concurrence sur le marché du travail. Seules 43 pour cent des entreprises favorisent activement l'égalité et seul un tiers d'entre elles a pris des mesures préventives contre le harcèlement sexuel. C'est uniquement dans les grandes sociétés et le secteur public que les mesures de promotion de l'égalité et de lutte contre le harcèlement sexuel font partie de la norme.

Les personnes victimes de discrimination sont à une écrasante majorité des femmes (part des hommes dans les cas de conciliation et les cas judiciaires inférieure à 5%). Les thèmes les plus fréquents en cas de conflits sont la discrimination salariale, le harcèlement sexuel et le licenciement discriminatoire.

L'objectif de la LEg d'améliorer les **consultations** pour les victimes de discrimination a été atteint. Une consultation de qualité n'est pourtant pas devenue une réalité dans tout le pays. Le **traitement des cas de conflit au niveau des entreprises** montre qu'il continue d'être tout sauf évident d'agir contre une discrimination au travail fondée sur le sexe. La peur du licenciement s'avère ici un obstacle de taille.

Le potentiel offert par la **procédure de conciliation** n'a été qu'en partie mis à profit. Des différences importantes et à élucider existent entre les offices de conciliation. Cet instrument n'a guère permis d'atténuer la problématique du licenciement. La majorité des rapports de travail n'existe déjà plus au moment de la conciliation. Si les **cas judiciaires** ont été dans l'ensemble assez rares, ils ont eu une incidence sur un grand nombre de rapports de travail dans le secteur public. Les cas se concentrent fortement sur certaines régions. Un tiers concerne uniquement Zurich, un autre tiers Genève, Vaud et Soleure.

Parmi les *nouvelles règles* contenues dans la LEg, l'**interdiction générale de discriminer** a contribué à asseoir la thématique de l'égalité. Elle paraît un instrument important pour l'évolution à long terme de la LEg. Des difficultés d'exécution ont fait obstacle à l'efficacité de l'**allègement du fardeau de la preuve**. On observe un effet positif quant au fond, mais aussi des limites dues à l'absence de cadre favorable (p. ex. manque de transparence des salaires, accès défaillant aux informations) et une mise en œuvre encore insatisfaisante au niveau judiciaire. L'**action collective** a trouvé sa place, mais pas celle visée par la loi. Elle n'a pas résolu le problème du risque de s'exposer. La **protection spéciale contre le congé** prévue par la LEg n'a (encore) pas du tout trouvé application. Un problème d'exécution existe sur ce point. Mais même une application cohérente des dispositions de la LEg n'éliminerait pas en fait la problématique de la perte de la place de travail. La levée du tabou concernant le **harcèlement sexuel** est un succès. Les procédures sont relativement nombreuses et la responsabilité des employeurs et employeuses est connue des intéres-

sées. Des mesures de prévention contre le harcèlement sexuel n'existent toutefois que dans les grandes entreprises et les administrations.

Globalement, la LEg a amélioré à divers égards la situation des personnes touchées par la discrimination. Des améliorations sensibles ont été réalisées dans différents domaines, notamment en ce qui concerne les salaires dans les professions typiquement féminines du secteur public. La loi reçoit l'approbation d'une large majorité des acteurs et actrices interrogés. Néanmoins, certains problèmes subsistent, comme la peur de se défendre contre une discrimination.

La LEg vise à remédier à des situations injustes en rendant plus aisée une action en justice contre la discrimination aux particuliers (ou à leurs associations). En dépit de toute l'aide à disposition, la responsabilité de la mise en œuvre de l'égalité dans les faits est ainsi transférée presque exclusivement aux victimes de discrimination. Les auteurs et auteures de discrimination ne courent par contre guère de risques: les sanctions ne sont pas importantes au point d'avoir un effet dissuasif. L'Etat en tant que tel n'assume guère de responsabilité d'application. A l'étranger, la solution retenue par plusieurs pays consiste en revanche à transmettre à une instance des compétences directes d'enquête et d'exécution.

Les résultats soulignent la *nécessité d'agir* dans les domaines suivants:

■ **Peur de s'attaquer aux discriminations:** les craintes des personnes concernées qui les amènent à ne pas se défendre contre les discriminations constituent un des problèmes majeurs pour la mise en œuvre de la LEg. *Mesures possibles: sanctions plus sévères (paiements d'indemnités élevées, amendes), instance dotée de compétences d'enquête et d'exécution.*

■ **Manque de connaissances:** Les petites et moyennes entreprises du secteur privé surtout, de même que les employés et employées connaissent mal la LEg. ■ et **non-reconnaissance de la discrimination indirecte:** dans le monde du travail d'aujourd'hui, les discriminations indirectes sont le premier obstacle à l'égalité. Mais elles ne sont souvent pas reconnues en tant que telles. *Mesures possibles: information, formation, sensibilisation.*

■ **Absence de mesures en faveur de l'égalité:** La plupart des entreprises suisses n'ont à ce jour pris aucune mesure particulière afin de promouvoir l'égalité dans les faits et de prévenir le harcèlement sexuel. *Mesures possibles: incitations, contrôles (aussi dans le domaine des soumissions), fixation d'objectifs, sanctions plus importantes, obligation positive de promotion de l'égalité, développement de l'offre de soutien et de consultation pour les entreprises.*

■ **Utilisation inégale (parfois insuffisante) du potentiel qu'offrent les offices de conciliation:** les possibilités qu'offre la procédure de conciliation ne sont utilisées au mieux que dans une partie des cantons. *Mesures possibles: développement de l'offre d'informations des offices de conciliation, fixation de standards minimaux dans la LEg, institution d'offices de conciliation spécialisés en matière d'égalité et dotés de personnel compétent, absence de décentralisation.*

■ **Accès défaillant aux informations, imprécisions quant aux données:** ils ont pour conséquence d'empêcher que les discriminations (présumées) soient combattues efficacement. *Mesures possibles: encourager la transparence des salaires, contraindre les entreprises à mettre plus tôt à disposition les informations salariales en cas de conflit; créer des règles pour les informations devant être mises à disposition et établir des expertises sur les salaires; mettre en œuvre de façon cohérente l'allègement du fardeau de la preuve et l'étendre au refus d'embauche et au harcèlement sexuel.*

■ **Longue durée de la procédure:** en particulier dans les actions en égalité salariale, on constate que la procédure dure très longtemps. *Mesures possibles: règles pour garantir une récolte des données plus efficiente.*

■ **Moyens insuffisants pour agir avec efficacité contre les discriminations structurelles:** La responsabilité de l'application de l'égalité est aujourd'hui concentrée sur les personnes concernées. *Mesures possibles: rôle plus actif d'institutions publiques dotées de compétences d'enquête et d'exécution.*

Résumé

Le présent rapport de synthèse présente de façon condensée les résultats des sondages et analyses réalisés sur mandat de l'Office fédéral de la justice dans le cadre de l'évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité (LEg). Le mandat d'évaluation remonte à une motion CN de Vreni Hubmann (02.3142) qui demandait de rendre nuls, et non pas annulables, les congés de rétorsion dans les rapports de travail de droit privé et de prolonger de façon appropriée le délai de protection contre le congé. Comme le thème du congé de rétorsion ne peut être étudié de façon isolée, l'évaluation a été étendue afin de savoir dans quelle mesure la LEg rend justice à sa prétention. Il s'agissait de mettre en évidence les éventuelles faiblesses et de déterminer les éventuels besoins de réforme. Les travaux d'évaluation ont débuté en décembre 2003 et se sont achevés en avril 2005.

Le rapport de synthèse présente la structure générale de l'évaluation, résume les rapports partiels sur les sondages et analyses réalisés et livre ensuite les résultats clés concernant les différentes questions abordées lors de l'évaluation. Enfin figurent les conclusions tirées des résultats.

Les différentes parties de l'enquête

Dans le cadre de l'évaluation, six sondages et analyses ont été effectués:

■ **Analyse statistique brute des décisions judiciaires:** un relevé exhaustif a permis de recenser tous les jugements en relation avec la LEg rendus à ce jour par les tribunaux suisses compétents (état printemps 2004).

■ **Sondage par écrit auprès des offices de conciliation:** Un autre relevé exhaustif tenait compte de tous les cas de conciliation soumis à ce jour aux offices de conciliation compétents (état printemps 2004) ainsi que leur régime institutionnel et leurs expériences.

■ **Sondage par écrit auprès des syndicats, associations professionnelles, organisations féminines et masculines, centres de consultation spécialisés et bureaux de l'égalité** (*abréviation: sondage auprès des organisations de salariés et salariées*): un sondage par écrit à grande échelle a recueilli le point de vue des personnes responsables de conseiller les victimes de discrimination sur des questions ayant trait à la LEg (taux de réponse 32.6% ou 492 questionnaires).

■ **Sondage par écrit auprès des entreprises:** un sondage représentatif auprès des responsables du personnel dans l'économie privée et le secteur public a enregistré le point de vue des entreprises sur des questions ayant trait à la LEg (taux de réponse 36% ou 2'076 questionnaires).

■ **Analyse des jugements:** les jugements disponibles rendus par les tribunaux dans les cantons de Zurich, Vaud, Grisons et Schwyz (42% des jugements recensés sur le plan national) ont été analysés juridiquement quant au fond.

■ **Sondage oral auprès des organisations de salariés et salariées et des avocats et avocates:** Dans des entretiens individuels, 20 représentants et représentantes sélectionnés dans des organisations de salariés et salariées et chez les avocats et avocates ayant une expérience avec des cas concrets de discrimination ont été interrogés.

Les principaux résultats

Les réponses apportées aux questions clés de l'évaluation se fondent sur l'ensemble des données recueillies. Les principaux résultats sont sommairement résumés dans les paragraphes qui suivent.

Degré de notoriété, information et opinion

Le **degré de notoriété** de la LEg paraît globalement satisfaisant. Les *collaboratrices et collaborateurs des organisations de salariés et salariées* reçoivent de bonnes notes dans le sondage, et l'auto-évaluation est aussi positive. Cette auto-évaluation trouve confirmation dans les assertions soumises dans le questionnaire concernant les nouvelles règles de la LEg. Plus de deux tiers des personnes interrogées indiquent avoir connu au moins quatre des six réglementations. La plus connue est la protection contre le harcèlement sexuel au travail. Pour les responsables du personnel, l'état des connaissances chez les *acteurs et actrices au sein des entreprises* est de moyen à bon. De leur côté, les organisations de salariés et salariées et les offices de conciliation le confirment pour ce qui est des responsables du personnel, mais mettent en doute les connaissances au niveau de la direction. L'appréciation générale plutôt positive du savoir des responsables du personnel est aussi majoritairement confortée s'agissant des affirmations proposées sur les nouvelles règles de la LEg. Près de deux tiers des responsables du personnel indiquent avoir connu au

moins quatre des huit assertions. Ici aussi la protection contre le harcèlement sexuel au travail est le point le plus connu.

Les acteurs et actrices interrogés doutent en revanche de l'état des connaissances des *salariés et salariées*: le degré de notoriété de la LEg est considéré comme plutôt faible chez eux.

Les *offices de conciliation* s'estiment eux-mêmes bien informés et compétents. Quant aux organisations de salariés et salariées, elles émettent parfois des critiques concernant certains offices. Le savoir des *avocats et avocates* est jugé bon par les organisations de salariés et salariées, même si l'analyse des jugements rendus par les tribunaux révèle aussi l'existence de lacunes dans la connaissance de la LEg. Dans les *tribunaux*, en particulier ceux de première instance, on observe d'importants déficits dans la mise en œuvre de la LEg. Il faut en déduire que les connaissances à son sujet sont surtout défectueuses dans les domaines importants que constituent la procédure probatoire, la protection contre le congé et les conséquences lors de licenciement illicite.

La *LEg elle-même* est majoritairement perçue par les organisations de salariés et salariées comme n'étant pas trop complexe et obtient aussi de bonnes notes quant aux règles de fond et aux règles de procédure. Près de la moitié des responsables du personnel la juge toutefois plutôt trop compliquée – surtout ceux qui ne s'y sont guère intéressés. Pour une majorité de responsables du personnel, il demeure peu clair ce que doit être la discrimination indirecte selon la LEg. L'évaluation positive de la LEg faite par les organisations de salariés et salariées est relativisée par les problèmes qu'elles jugent importants, dont notamment l'accès défectueux aux informations nécessaires pour les personnes concernées (p. ex. données salariales). Suit de près à la deuxième place l'argument selon lequel la protection actuelle contre le congé ne résout pas le problème de la perte de la place de travail.

L'**information** sur la LEg paraît dans l'ensemble moyenne. Dans les *entreprises*, la LEg revêt jusqu'ici une très faible importance dans la formation et la formation continue. Environ 70 pour cent des responsables du personnel interrogés ne se sont pas formés spécialement en la matière, et la majeure partie des entreprises (près de 90%) n'a pas fait d'information interne sur la LEg. Chez les *organisations de salariés et salariées* interrogées, davantage de choses ont été faites: la bonne moitié des personnes interrogées a suivi une formation, et de nombreuses organisations représentées se sont efforcées d'informer leurs membres ou les salariés et salariées en général sur la LEg. Dans les *offices de conciliation*, le savoir s'acquiert essentiellement par l'étude individuelle; la plupart des *tribunaux* n'ont pris aucune mesure pour développer des connaissances internes sur la LEg.

L'**opinion** sur l'égalité des acteurs et actrices impliqués varie. Les *représentants et représentantes des organisations de salariés et salariées* s'accordent à dire que l'égalité a une importance plutôt grande, et une nette majorité des personnes interrogées se montre favorable à l'égalité dans l'appréciation des questions qui leur ont été soumises. Les *responsables du personnel* attribuent aussi aux acteurs et actrices au sein des *entreprises* une attitude plutôt favorable à l'égalité. Cette auto-évaluation est toutefois mise en doute par les *représentants et représentantes des organisations de salariés et salariées*. Dans l'appréciation des questions d'opinion, un peu plus de la moitié des personnes interrogées fait preuve de réticence et témoigne d'une opinion personnelle critique par rapport à l'égalité.

L'importance de l'égalité est considérée tout au plus comme moyenne pour les *salariés et salariées* et de moyenne à élevée pour les *avocats et avocates*. Des voix critiques s'élèvent du côté des organisations de salariés et salariées concernant les *tribunaux* qui paraissent parfois peu intéressés par les questions d'égalité.

Evolution et état de l'égalité

S'agissant de l'évolution de l'**état** de l'égalité, les représentants et représentantes d'organisations de salariés et salariées et les responsables du personnel sont unanimes: ils ne voient ni péjoration, ni amélioration notable dans aucun des neuf champs d'action qui leur ont été présentés en faveur de l'égalité au sein des entreprises. Les organisations de salariés et salariées perçoivent des changements essentiellement positifs dans la prévention du harcèlement sexuel au travail et les responsables du personnel, dans les possibilités du travail à temps partiel. L'égalité de salaire vient en deuxième position pour les deux. Des deux côtés, on s'accorde à juger faible l'*influence de la LEg* sur les évolutions perçues.

L'**analyse de contexte** des tendances et développements dans la société et les entreprises qui sont susceptibles d'avoir eu une incidence sur l'évolution de l'égalité entre femmes et hommes, indépendamment de la LEg, ne montre pas d'orientation claire: on peut décrire des aspects aussi bien utiles que constituant un obstacle, sans pouvoir déterminer leur proportion en termes de qualité et de quantité.

L'appréciation des organisations de salariés et salariées et des entreprises sur la **nécessité d'agir** en matière d'égalité varie très fortement: de l'avis d'une nette majorité des responsables du personnel, il n'y a aucun besoin d'action dans leur entreprise. En revanche, les représentants et représentantes

d'organisations de salariés et salariées considèrent qu'il faut impérativement faire quelque chose, notamment en ce qui concerne l'égalité des salaires et la conciliation entre vies familiale et professionnelle. Plus d'un tiers des responsables du personnel qui perçoit un besoin de réforme le voit notamment dans le domaine de la sensibilisation au thème de l'égalité, puis dans les mesures permettant de concilier famille et profession. Les organisations de salariés et salariées et les entreprises sont unanimes à ne pas voir de besoin d'agir en matière de harcèlement sexuel.

Une majorité des entreprises n'a pas pris de **mesures** visant à promouvoir l'égalité dans les faits; cela vaut aussi pour les mesures préventives contre le harcèlement sexuel. Cette absence d'action contredit une opinion défendue par la majorité, selon laquelle une politique active de l'égalité constitue un avantage de concurrence sur le marché du travail. En ce qui concerne les mesures, de nettes différences se font jour: une politique active de l'égalité est la règle dans le secteur public et dans les grandes entreprises, alors qu'elle est plutôt rare dans les petites et moyennes entreprises de l'économie privée. La LEg est pour une très petite minorité seulement le motif incitant à introduire des mesures.

Les *effets* concrets de la LEg dans les entreprises sont considérés comme faibles. Pour la majorité des représentants et représentantes d'organisations de salariés et salariées et des responsables du personnel, la LEg n'a rien changé à leur travail. Pour une majorité de responsables du personnel, elle n'est également pas un instrument dans leur quotidien professionnel, ce qui n'est pas le cas pour une bonne moitié des représentants et représentantes d'organisations de salariés et salariées. Ils perçoivent aussi la LEg comme un atout dans la négociation de conventions incluant les partenaires sociaux. Des besoins de réforme sont cependant perçus: une majorité estime que les conventions collectives ne prennent pas encore assez en compte les objectifs de l'égalité. A leurs yeux, il faut en outre renforcer la position des femmes dans l'entreprise. Quant à savoir dans quelle mesure la menace d'une action en justice en vertu de la LEg peut servir de moyen de pression et si la peur de telles actions peut inciter les entreprises à agir en faveur de l'égalité, l'appréciation des organisations de salariés et salariées diffère: une petite majorité répond par l'affirmative et une respectable minorité par la négative. Les responsables du personnel soutiennent nettement l'avis selon lequel la publicité liée à une action en égalité représente une grande perte d'image pour l'entreprise.

Tant les organisations de salariés et salariées que les entreprises contestent clairement les *effets contre-productifs* de la LEg – tout au plus, l'expérience dans la pratique montre que la mise en œuvre de l'égalité peut provoquer des tensions au sein de l'entreprise.

Quels sont les principaux **obstacles** qui s'opposent à la mise en œuvre de l'égalité dans les faits? A cet égard, le point de vue des organisations de salariés et salariées et celui des entreprises divergent: près de 70 pour cent des responsables du personnel interrogés rapportent qu'il n'existe pas de frein puisque l'égalité entre les sexes est déjà réalisée chez eux. Pour les organisations de salariés et salariées, l'écueil majeur réside dans le fait que les discriminations ne sont pas reconnues en tant que telles. Autres freins à leurs yeux: un bénéfice trop faible ou des coûts trop élevés pour les entreprises et le trop faible intérêt des salariés et salariées. La faute n'est guère attribuée à la LEg elle-même. Les responsables du personnel qui voient des obstacles placent en tête le fait que les discriminations ne sont pas reconnues en tant que telles. En revanche, ils estiment que des coûts trop élevés ou un bénéfice trop faible ne constituent pas une entrave.

Caractéristiques des cas de discrimination

La **situation en matière d'offres de consultation** présente un tableau mitigé. Le mandat de conseil prévu dans la loi pour les offices de conciliation donne lieu à une interprétation très diverse. Parfois, les offices de conciliation ne dispensent nullement des conseils, ce qui pose problème dès lors qu'aucune autre offre n'est disponible. Le degré de notoriété de son propre office de conciliation est jugé avec un regard critique: dans de nombreux cantons, aucune information ciblée n'a été faite. De l'avis des organisations de salariés et salariées, l'offre de consultation est bonne et d'un accès facile dans les centres urbains, alors que des difficultés existent dans d'autres régions pour ce qui est de la qualité et de la disponibilité des conseils.

Du point de vue des *organisations de salariés et salariées*, les discriminations salariales figurent nettement en tête parmi les conflits intervenant au **niveau des entreprises**. Les expériences faites avec le harcèlement sexuel, la discrimination lors de promotions et l'attribution discriminatoire des tâches sont aussi fréquentes. Le traitement des discriminations, tel qu'il est décrit par les *organisations de salariés et salariées*, est très décevant: souvent rien n'est ou ne peut être fait, l'entreprise s'en préoccupe sans apporter des changements concrets ou encore les intéressées donnent leur congé. Les représentants et représentantes d'organisations de salariés et salariées estiment en outre que les discriminations existantes sont dissimulées dans nombre de firmes. Près de neuf responsables du personnel sur dix indiquent dans le sondage

après des entreprises n'avoir encore jamais fait face dans leur travail à des cas de discrimination fondée sur le sexe. Plus l'entreprise est grande et plus les personnes interrogées tendent à avoir déjà été confrontées à des cas de discrimination. Les responsables du personnel ayant l'expérience de cas de discrimination mentionnent aussi la discrimination salariale comme type de discrimination le plus fréquent. Suivent l'attribution discriminatoire des tâches et le harcèlement sexuel. Les entreprises réagissent la plupart du temps aux conflits par des discussions en interne. Sont nettement plus rarement citées des mesures prises par l'entreprise pour résoudre la situation et l'affirmation «*L'affaire s'est réglée d'elle-même*».

Au total, des indications étaient disponibles sur 355 **conflits portés devant les offices de conciliation**. Jusqu'en 1999, on enregistre une hausse allant jusqu'à 47 cas par an, ce chiffre n'ayant depuis augmenté que lentement et de façon minime. L'orientation à l'échelle nationale résulte de la somme des diverses tendances à la hausse et à la baisse que connaissent les différents offices cantonaux de conciliation. Ces derniers ont eu à traiter le plus fréquemment la discrimination salariale (dans 37% de tous les cas), suivie par le harcèlement sexuel sur le lieu de travail (26%) et le licenciement discriminatoire (17%). Viennent ensuite à un certain écart les congés de rétorsion (5%). Dans le domaine de droit public, la plupart des cas concernent le salaire; en droit privé, le harcèlement sexuel vient en tête, suivi de près par le salaire.

Un accord est trouvé dans 40 pour cent des procédures de conciliation. Les 53 pour cent de désaccord se répartissent selon l'office en simple constat de désaccord et en désaccord avec recommandation ou transmission. Huit pour cent des procédures se soldent par un retrait. En règle générale, 54 pour cent des cas où l'office de conciliation ne parvient pas à un accord aboutissent devant la justice.

Le taux d'aboutissement à un accord varie selon les cantons. Il grimpe à 60 pour cent à ZH, BS et BE alors qu'il est de 19 pour cent à GE. Les offices qui peuvent s'appuyer sur un simple échange d'écritures pour tirer au clair la situation matérielle atteignent des taux d'aboutissement à un accord plus élevés. En général, le taux d'aboutissement à un accord est plus haut en cas de harcèlement sexuel (46%) que lors de discrimination salariale et de licenciement discriminatoire (33% chacun).

Les représentants et représentantes d'organisations de salariés et salariées trouvent les procédures de conciliation utiles. On observe de grandes disparités entre les divers offices de conciliation. Si la procédure est facultative, on s'adresse à l'office de conciliation avant tout lorsqu'il convainc en termes de qualité. Les responsables du personnel interrogés n'ont en majorité pas d'avis sur la procédure de conciliation faute d'expérience.

La plupart des offices de conciliation interrogés sont d'accord avec l'affirmation «*L'établissement des faits est souvent compliqué par le fait que les employeurs et employeuses n'ont pas intérêt à produire des documents à charge*», tout en estimant que les employeurs et employeuses font en général preuve de coopération.

S'agissant des **conflits portés devant les tribunaux**, le recensement auprès des tribunaux a permis de réunir 269 décisions judiciaires analysables, dont 245 jugements et 21 classements. On peut les classer en 176 cas qui ont passé parfois par plusieurs instances. La répartition des décisions judiciaires par canton est très inégale. Près d'un tiers concerne uniquement ZH. Suivent GE, VD et SO. Si l'on met en relation le nombre de jugements et le nombre de personnes actives dans le canton, on relève que, outre les cantons mentionnés, le nombre de décisions est aussi supérieure à la moyenne dans le canton de JU. La part des actions collectives, qui représente 32 cas, est assez faible.

Si l'on fait abstraction de GE et ZH, le nombre de jugements a, depuis 1998, toujours fluctué dans une fourchette se situant entre 18 et 24 cas par an. Dans les cantons cités, le nombre a augmenté de façon marquante. A GE, cela tient à l'accroissement des procédures de droit privé – plus de la moitié ayant trait au harcèlement sexuel. La hausse à ZH est due essentiellement aux procédures faisant suite aux quatre procédures en égalité salariale couronnées de succès engagées par divers groupes professionnels dans le secteur de la santé.

La comparaison par type de tribunal met en évidence qu'il a été recouru, dans ce récent domaine du droit, dans une proportion extrêmement élevée – près d'un cas sur deux – contre les décisions rendues par les tribunaux civils de première instance. L'analyse des jugements montre que la moitié environ des cas tranchés en faveur des plaignants et plaignantes a été réglée par une seule instance judiciaire et que l'autre moitié a dû passer par deux instances au moins. D'importantes disparités cantonales se font jour à cet égard: seuls 30 pour cent des procédures ayant connu une issue favorable pour les plaignants ont déjà été réglés en première instance dans le canton de VD contre 70 pour cent à ZH.

La question de l'égalité salariale domine parmi les faits examinés dans les décisions judiciaires (153). Suit avec beaucoup d'écart le harcèlement sexuel (57) et le licenciement discriminatoire (50). Dans le secteur public, la discrimination invoquée concerne le salaire dans presque 80 pour cent des jugements. Le type de discrimination le plus fréquent ensuite est le licenciement discriminatoire. Dans l'économie privée,

le harcèlement sexuel est le type de discrimination le plus fréquemment traité par les juges (40%). Suivent d'assez près l'inégalité de salaire (34%) et le licenciement discriminatoire (31%).

Les types de discrimination connaissent aussi une répartition très inégale selon les cantons. A l'exception de BS, le thème du harcèlement sexuel ne joue qu'un rôle marginal devant les tribunaux de Suisse alémanique. Dans les cantons de GE et VD, il constitue par contre le type de discrimination sur lequel les juges ont été le plus souvent appelés à statuer. A l'inverse, les actions en égalité de salaire sont nettement plus fréquentes en Suisse alémanique.

Les jugements sont assez rarement entièrement favorables aux salariés et salariées demandeurs (16%), ils ont été un peu plus souvent en majorité positifs (26%). Mais dans l'ensemble les jugements de rejet ont prédominé: 14 pour cent ont été majoritairement négatifs et 44 pour cent totalement en défaveur des salariés et salariées.

Dans 36 jugements (13.4% de toutes les décisions), des prétentions ont été rejetées pour des motifs formels, dont 25 décisions totalement défavorables aux salariés et salariées. Le phénomène a surtout eu des effets négatifs pour les salariés et salariées dans le domaine du droit public. En droit privé, les refus pour des motifs formels n'ont en revanche pas eu de rôle important.

En ce qui concerne les différents jugements, il faut à l'échelle nationale 7.3 mois (médiane) jusqu'à ce qu'une décision en relation avec la LEg soit prononcée. Les jugements des tribunaux civils de première instance (7.5 mois) ont tendance à nécessiter plus de temps que ceux des tribunaux civils de deuxième instance (5.2 mois). Ce sont les tribunaux administratifs qui sont les plus lents (8.6 mois). Le Tribunal fédéral aboutit plus rapidement à une décision (6.4 mois). Comme l'atteste la comparaison selon les types principaux de discrimination, ce sont surtout les procédures en égalité salariale qui traînent beaucoup en longueur. La médiane est ici de 8.7 mois. Il ressort de l'analyse des décisions judiciaires une durée moyenne de procédure (à travers toutes les instances) de 26 mois pour le canton de VD (pour les procédures en égalité de salaire entre trois ans et demi et sept ans) et de 42 mois dans le canton de ZH (ou encore 30 mois en excluant cinq jugements ayant duré 10 ans chacun).

Une bonne moitié des décisions judiciaires (54%) concerne des rapports de travail de droit public, le reste (46%) des rapports de travail de droit privé. L'analyse des jugements montre une répartition très différente dans les cantons de VD et ZH: seuls 12.5 pour cent des rapports de travail relèvent du droit public dans le canton de VD contre 70 pour cent à ZH.

Une décision sur cinq se rapportait aux professions soignantes et près d'une sur cinq au corps enseignant (jardinières d'enfants, enseignantes de travaux manuels et d'économie familiale, enseignantes professionnelles en soins infirmiers). Les personnes issues des professions des soins et de l'enseignement, mais aussi d'autres cadres et personnes hautement qualifiées comme les professionnels et professionnelles des médias intentent le plus souvent des actions en égalité de salaire. Cela vaut aussi pour les professions sociales et les fonctionnaires, quoique de façon un peu moins marquée. Dans les professions de bureau et de la vente ainsi que dans l'hôtellerie, c'est le harcèlement sexuel qui domine.

Parmi les procédures individuelles, 205 décisions concernaient des actions individuelles, 17 avaient trait à des procédures regroupant 2 à 5 salariés et salariées et 31 réunissaient de 6 à 50 personnes. Les décisions avec le plus d'intéressées se rapportaient aux jardinières d'enfants et aux enseignantes de travaux manuels et d'économie familiale dans les cantons de Bâle-Ville (581 personnes devant la cour d'appel, 558 personnes devant la haute Cour) et Fribourg (199 devant le Tribunal administratif, 194 devant le Tribunal fédéral) et les enseignantes de travaux manuels et d'économie familiale de Bâle-Campagne (103 devant le Tribunal administratif). La part des hommes atteint à peine un total de 5 pour cent. Le phénomène qui voit se regrouper plusieurs personnes dans des actions de groupe ou de masse paraît être une caractéristique des cas en relation avec la LEg. Ce phénomène fait que le nombre de personnes directement concernées par les décisions judiciaires est bien plus élevé que ne le laisse supposer le nombre de décisions.

De l'avis des représentants et représentantes d'organisations de salariés et salariées et des offices de conciliation, les peurs – surtout la peur du licenciement – sont la principale raison de s'abstenir d'agir en justice selon la LEg dans de multiples cas. Le manque de transparence des salaires et, de manière générale, l'accès difficile aux données sont aussi considérés comme des obstacles.

Nouvelles règles contenues dans la LEg

S'agissant de la **procédure probatoire**, l'analyse des jugements montre que la *maxime inquisitoire* n'est quasiment jamais appliquée consciemment et sérieusement par les tribunaux civils. Lors de harcèlement sexuel, les tribunaux semblent en outre n'être parfois pas au clair sur le fait que la maxime inquisitoire s'applique aussi là où l'allègement du fardeau de la preuve ne vaut pas.

Les organisations de salariés et salariées et les responsables du personnel connaissent en principe l'instrument de l'*allègement du fardeau de la preuve*. La majorité des représentants et représentantes d'organisations de salariés et salariées trouve l'instrument utile, tout en critiquant le fait qu'en dépit de l'allègement du fardeau de la preuve, il est presque impossible de prouver des discriminations. L'analyse des jugements signale une mise en œuvre nettement défailante de l'allègement du fardeau de la preuve. La mesure nécessaire pour rendre vraisemblable est fixée de façon très diverse – ce que confirme les représentants et représentantes d'organisations de salariés et salariées. Du fait que les instances supérieures ont la plupart du temps corrigé les définitions indéfendables, les exigences de fond quant à la vraisemblance ont été dans l'intervalle clarifiées. On ne peut encore dire si cette jurisprudence sera désormais appliquée par les instances inférieures. Par ailleurs, la majorité des jugements où l'allègement du fardeau de la preuve doit trouver application ne présente pas les deux étapes de la procédure probatoire, c'est-à-dire la séparation entre le niveau de la vraisemblance, d'une part, et celui de la décharge/justification, de l'autre. Dans une minorité de jugements seulement, la preuve complète au sens strict ou la preuve principale sont exigées – après la vraisemblance de la discrimination – pour prouver la non-discrimination. Le flou règne aussi en ce qui concerne les faits justificatifs. Dans l'appréciation concrète des cas, on constate que les instances inférieures, en particulier les tribunaux civils de première instance, tendent à admettre comme fait justificatif tout motif à première vue objectif. La jurisprudence des instances supérieures fixe, quant à elle, l'exigence supplémentaire qu'il incombe à la partie employeuse de démontrer aussi que les motifs objectifs sont effectivement importants et qu'ils trouvent application pareillement pour tous – une conception qui peine (encore) à l'emporter auprès des instances inférieures.

Selon la présente base de données, il existe en Suisse 32 jugements auxquels ont participé des associations avec des **actions et recours collectifs**, 29 relevant du droit public et 3 du droit privé. Près de la moitié des jugements dans le domaine du droit public se concentre sur le canton de ZH. Les procédures zurichoises étaient toutes associées à des procédures individuelles. Les jugements de droit privé provenaient de VD et de GE. L'organisation de loin la plus active a été le Syndicat des services publics SSP, qui a pris part à plus de la moitié des jugements en tant que partie recourante. A quatre exceptions près, toutes les décisions concernaient l'égalité de salaire.

Les jugements liés à des actions ou recours collectifs (à ne pas confondre avec l'issue des procédures) ont été dans l'ensemble plus rarement positifs pour la partie salariée que les jugements basés sur des actions ou recours individuels (25% positifs, 53% négatifs). Mais ils ont fait plus souvent l'objet de recours. Ainsi, des 14 jugements rendus par les tribunaux administratifs et susceptibles de recours, la moitié a abouti devant le Tribunal fédéral. Pour les procédures liées à des actions ou recours collectifs, la médiane par jugement est de presque trois ans. Il s'agit la plupart du temps de procédures en égalité de salaire complexes avec de larges répercussions et pour lesquelles il a fallu demander des expertises en matière d'évaluation du travail.

Les actions de groupe et de masse, ainsi que la combinaison d'actions collectives et d'actions individuelles intentées par les employées travaillant dans des professions typiquement féminines ont produit de vastes changements, surtout dans la structure des salaires des cantons. Quatre actions collectives et individuelles combinées, introduites en parallèle dans le secteur zurichois de la santé ont, à elles seules, conduit au paiement d'arriérés d'environ 280 millions de francs à plusieurs milliers de personnes, ainsi que des surcoûts salariaux annuels de 70 millions de francs.

Les représentants et représentantes d'organisations de salariés et salariées connaissent l'instrument de l'action collective, qu'ils jugent en principe positive. Ils sont toutefois d'avis que son utilisation ne fait sens que si les personnes concernées s'engagent dans le combat. A leurs yeux, cela explique qu'elle ait été si peu utilisée jusqu'ici, car cet engagement implique une certaine exposition, supprimant ainsi un avantage de l'action collective. De ce fait, une telle action notamment dans l'économie privée et plus précisément dans les PME est considérée comme très difficile. Le droit de l'action collective est aussi relativement bien connu des responsables du personnel. Etant donné que les actions se sont à ce jour concentrées dans le domaine du droit public et dans peu de cantons, seule une minorité des personnes interrogées a cependant disposé d'expériences personnelles avec cet instrument.

La **protection contre le congé** s'avère une norme de la LEg pas très connue auprès des organisations de salariés et salariées et des responsables du personnel. Seule une bonne moitié des représentants et représentantes d'organisations de salariés et salariées et deux cinquièmes seulement des responsables du personnel savent que les plaignants et plaignantes jouissent d'une protection contre le congé dans les six mois suivant la fin de la procédure.

Pour les représentants et représentantes d'organisations de salariés et salariées et les offices de conciliation, la peur du licenciement constitue l'un des motifs majeurs qui empêche de s'attaquer aux discriminations. Ils trouvent la protection contre le congé tout juste suffisante et utile. Ils relèvent en même temps

que la protection existante contre le congé ne règle pas la question de la perte de la place de travail. Les représentants et représentantes d'organisations de salariés et salariées et les avocats et avocates interrogés plaident en majorité pour une extension de la protection contre le congé – tout en sachant que cela ne résout pas toutes les difficultés, car le quotidien au travail peut être invivable pour les personnes concernées.

L'analyse des décisions judiciaires montre qu'un grand flou règne chez les avocats et avocates et les juges concernant le licenciement discriminatoire et le congé de rétorsion. Ils ne sont souvent pas reconnus comme tels avec deux conséquences: d'une part, seul le CO est appliqué (licenciement abusif) avec d'autres bases juridiques et des exigences tout à fait différentes (plus strictes) quant à la preuve et, d'autre part, la protection spéciale contre le congé en cas de congé de rétorsion n'entre d'emblée pas en ligne de compte puisqu'elle n'est pas placée dans la ligne de mire.

Pour les employées de droit public, il est nettement plus simple que pour leurs collègues du secteur privé de combattre les discriminations sans perdre leur place de travail. Dans les procédures de conciliation relevant du droit privé, la grande majorité des rapports de travail n'existe plus. Les données disponibles sur les procédures judiciaires montrent que de nombreux salariés et salariées n'agissent en justice qu'après la fin du rapport de travail. La part des rapports de travail qui se poursuivent continue à baisser jusqu'à la décision judiciaire: pour les emplois de droit privé, le rapport de travail subsiste dans un cas sur quatorze, pour ceux de droit public dans près de la moitié. Les expériences faites par les représentants et représentantes d'organisations de salariés et salariées renvoient le même tableau et les amènent à conclure que la poursuite du rapport de travail n'est guère possible dans l'économie privée pour les personnes qui se défendent contre une discrimination.

Dans les procédures de conciliation, le licenciement discriminatoire occupe le troisième rang parmi tous les types de discrimination (17%). Les congés de rétorsion suivent à une certaine distance (5%). S'agissant des décisions judiciaires, le licenciement discriminatoire (50 décisions) est en troisième position. Dans 14 jugements, le congé de rétorsion joue un rôle. La thématique du licenciement touche dans une large mesure les rapports de travail de droit privé. Le licenciement est souvent associé à d'autres types de discrimination. L'analyse des jugements révèle qu'en incluant les congés de rétorsion, un licenciement illicite est allégué dans une proportion importante de cas (VD 38%, ZH 26%). Mais la moitié d'entre eux, bien que liés à des questions de discrimination, n'est pas traitée sur la base de la LEg (et il n'y est pas fait appel concrètement), mais uniquement selon le CO.

Le nouveau fait constitutif selon la LEg du **harcèlement sexuel** apparaît dans tous les sondages au deuxième rang après l'égalité de salaire des faits constitutifs de discrimination les plus fréquents. Le harcèlement sexuel précède encore l'égalité salariale devant les offices de conciliation. Il intervient très souvent en Suisse romande. Le taux d'aboutissement à un accord dans les procédures de conciliation est le plus élevé en cas de harcèlement sexuel parmi tous les types de discrimination. Concernant les décisions judiciaires, le harcèlement sexuel représente une très petite part dans le secteur public, alors qu'il est le type de discrimination le plus fréquent traité par la justice dans l'économie privée (40.2%). Ici aussi la proportion est nettement supérieure en Suisse romande, ce qui tient peut-être aussi au fait que dans le canton de ZH par exemple un accord a souvent déjà pu être trouvé devant l'office de conciliation.

Le fait que l'allègement du fardeau de la preuve ne s'applique pas à ce fait constitutif n'a aucune incidence sur le plan statistique: si les décisions judiciaires sont un peu plus rarement favorables aux salariées lors de harcèlement sexuel, les disparités sont toutefois plus importantes entre les faits constitutifs ayant la même réglementation des preuves. Les représentants et représentantes d'organisations de salariés et salariées trouvent néanmoins que l'absence d'allègement du fardeau de la preuve pose problème.

L'analyse des décisions judiciaires montre que les jugements exigent toujours l'entier fardeau de la preuve de la part de la partie demanderesse pour les faits. En revanche, la question des mesures prises par l'employeur ou l'employeuse n'est soulevée que dans une minorité de décisions judiciaires, et il ne ressort pas de celles-ci si une justification est exigée et de quel type. L'application de la maxime inquisitoire a été refusée dans un cas et ne semble globalement pas garantie.

S'attaquer au harcèlement sexuel équivaut en règle générale à perdre son emploi: lors de harcèlement sexuel, le rapport de travail aussi bien dans le secteur public que dans le secteur privé n'existe plus dans 90 pour cent des cas dont est saisie la justice. Les analyses qualitatives confirment qu'il est exceptionnel que les intéressées continuent à être occupées quand elles s'attaquent au harcèlement sexuel et qu'elles ne le souhaitent souvent pas. De plus, on constate que de graves atteintes à la santé se manifestent fréquemment, mais que beaucoup de femmes ne combattent pas le harcèlement sexuel de peur de perdre leur place.

Evolution du droit

L'analyse des jugements a révélé des lacunes considérables dans la mise en œuvre et l'application de la LEg et des bases juridiques au cas concret (notamment en matière de procédure probatoire, de harcèlement sexuel et de protection contre le congé). Dans quelques domaines assez limités, la pratique judiciaire a apporté une plus grande clarté grâce à des définitions plus précises formulées par les tribunaux supérieurs; mais au niveau des instances inférieures, en particulier des tribunaux civils de première instance, d'importantes divergences et un grand flou subsistent. On ne peut réellement parler d'un accroissement de la **sécurité du droit**. Les interlocuteurs et interlocutrices des organisations de salariés et salariées et des cabinets d'avocats et avocates voient la situation d'un œil critique et ne considèrent globalement pas qu'il y a sécurité accrue du droit.

Dans tous les sondages où les acteurs et actrices ont été contactés directement, les personnes interrogées ont eu l'occasion de formuler ouvertement leurs **propositions pour une mise en œuvre (encore) plus efficace de la LEg**. Les tribunaux y ont en majorité renoncé. Les autres acteurs et actrices placent au premier plan l'information et la sensibilisation destinées à des groupes précis de la population, au patronat, aux salariés et salariées ainsi qu'aux spécialistes; ils mettent aussi l'accent sur le changement des conditions générales dans la société et les entreprises (p. ex. transparence des salaires, mesures visant à améliorer la conciliation des vies familiale et professionnelle, etc.). Chez les représentants et représentantes d'organisations de salariés et salariées, des propositions afin de modifier la LEg et son application sont aussi assez fréquentes – en particulier en relation avec la protection des plaignants et plaignantes (surtout la protection contre le congé), l'accès facilité aux informations et la demande d'introduction de mesures actives. Les offices de conciliation font aussi mention de mesures; parmi les responsables du personnel, seule une très petite minorité cite des aspects se rapportant à la LEg. Les offices de conciliation font en outre souvent des propositions touchant à leur organisation – un thème qui ne préoccupe nullement les autres acteurs et actrices.

Les **évaluations et expériences étrangères** les plus récentes indiquent que les institutions de l'égalité, dotées de compétences d'enquête et d'exécution appropriées, jouent un rôle clé dans l'évolution du droit de l'égalité, dans la lutte contre la discrimination et dans une promotion active de l'égalité.

Conclusions

Les résultats montrent que la LEg a amélioré la situation pour les victimes de discrimination, représentant ainsi un net progrès pour la mise en œuvre de l'égalité dans les faits. Mais l'on constate aussi que des problèmes subsistent. En font partie notamment la peur de se défendre contre des discriminations, mais aussi les difficultés à obtenir des informations lors d'une discrimination présumée. Les problèmes observés sont en partie dus à la conception de la LEg. Du fait qu'elle vise à supprimer les discriminations en permettant aux individus ou à leurs associations d'agir en justice, la responsabilité de l'égalité dans les faits est transférée aux personnes intéressées. Les institutions publiques n'assument jusqu'ici guère de rôle actif – contrairement à ce qui se passe dans d'autres domaines de la politique – en matière de contrôle du respect des prescriptions légales.

Globalement, les résultats de l'évaluation mettent en évidence le fait que l'efficacité de la LEg peut être optimisée. Il y a nécessité d'agir notamment sur les points suivants: la peur des personnes intéressées de s'attaquer aux discriminations, les lacunes dans le savoir des acteurs et actrices impliqués, l'absence de mesures en faveur de l'égalité dans les entreprises et les difficultés dans l'accès aux informations importantes dans l'entreprise. Les mesures devraient concerner autant la LEg qu'un cadre plus large (p. ex. information, sensibilisation).