



Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2015)

Rapport de recherche

DOMAINE DROIT

Département fédéral de l'intérieur DFI
Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra



IMPRESSUM

TITRE

Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2015)

EDITEUR

Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG

AUTEUR-E-S

Karine Lempen, Aner Voloder

PHOTOS

Franziska Frutiger, Bienne

Martine Dutruit, Pully

DIFFUSION

Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG

Schwarztorstrasse 51, 3003 Berne

ebg@ebg.admin.ch

www.bfeg.admin.ch



En mars dernier, plus de 10'000 femmes et hommes ont lancé un signal clair en faveur des droits des femmes, lors de la Women's March de Zurich. Car en dépit des avancées sur le terrain de l'égalité entre femmes et hommes, la discrimination fondée sur le sexe reste d'actualité, en Suisse aussi.

Pourtant, l'interdiction de discrimination et le principe de l'égalité sont ancrés en Suisse dans la Constitution et la loi. La loi sur l'égalité (LEg) interdit de discriminer quiconque à raison du sexe dans la vie professionnelle – notamment à l'embauche, sur le plan de la rémunération, dans la formation continue, au moment de la résiliation des rapports de travail, ou encore en prohibant le harcèlement sexuel au travail.

Voilà ce que dit le droit. Mais qu'en est-il dans les faits ? 20 ans après l'entrée en vigueur de la LEg, la question de ses effets au quotidien mérite d'être posée.

Il y a dix ans, une première analyse avait montré que la LEg est trop peu utilisée et qu'elle reste méconnue. Il s'agit pour nous d'examiner si des améliorations sont intervenues, ou si de nouvelles difficultés sont apparues dans l'intervalle. La présente étude se concentre sur la jurisprudence cantonale. En analysant près de 200 jugements cantonaux rendus entre 2004 et 2015, elle donne une bonne idée des effets de la loi sur l'égalité dans la pratique juridique, ainsi que des problèmes susceptibles de se poser. Il en ressort que les difficultés d'application de la LEg signalées dans la première évaluation subsistent. En particulier, le droit d'action des organisations reste un instrument peu utilisé. En outre, les cas de

discrimination fondés sur la grossesse et la maternité ont fortement augmenté. La présente étude ne permet toutefois pas de savoir si le phénomène de la discrimination s'est aggravé, ou alors si les femmes savent mieux se défendre aujourd'hui. Enfin, un tiers des jugements traite de discrimination salariale.

Bien que l'attention à la conciliation entre travail et famille représente une priorité politique pour la Confédération et un enjeu économique majeur, nous devons faire le constat que même en période de pénurie de spécialistes, il y a des entreprises qui ne facilitent pas suffisamment la vie des mères et parfois même ne respectent pas leurs droits.

Pourtant, lorsqu'une mère est évincée du marché du travail, les entreprises aussi subissent un préjudice. Et chaque fois qu'une femme est empêchée d'assumer des responsabilités pour lesquelles elle est qualifiée, toute la société est perdante. La protection contre la discrimination et la garantie de l'égalité des chances sont deux piliers essentiels de la conciliation entre travail et famille. Aussi le Conseil fédéral estime-t-il qu'une de ses tâches permanentes consiste à expliquer les possibilités de protection et de conseil à disposition en cas de discrimination. Or pour intensifier son travail de sensibilisation, il doit pouvoir s'appuyer sur des données fiables. La présente étude remplit cette mission.

Les recommandations formulées en conclusion de cette étude doivent constituer des aides à la décision pour les responsables de divers milieux, politiques, judiciaires ou académiques. Les auteur-e-s préconisent notamment de briser le tabou salarial, au profit d'une transparence accrue. Notons que la révision de la LEg envisagée par le Conseil fédéral constitue un premier pas dans cette direction.

En mars donc, un grand nombre de femmes et d'hommes sont descendus dans la rue demander l'égalité dans les faits. Il nous incombe à toutes et à tous d'y donner suite. Car l'absence d'égalité coûte cher, non seulement aux femmes, mais à la société tout entière.

Sylvie Durrer, directrice du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT
Département de droit civil

Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2015)

Rapport de recherche

Sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG

Karine Lempen, Prof. Dr. iur.

Aner Voloder, lic. iur.

avec la collaboration de Laetitia Jamet, MLaw

Genève, le 1er juin 2017

Table des matières

Liste des abréviations	4
Résultats principaux	6
1. Contexte	7
1.1 Evaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité (2005).....	7
1.2 Etude sur l'accès à la justice en cas de discrimination (2015)	7
1.3 Attribution du mandat (2016)	8
2. Objectif	8
3. Méthodologie	8
3.1 Collecte des données.....	9
3.2 Elaboration de la grille d'analyse	9
3.3 Détermination des décisions exploitables – analyse des décisions	9
3.4 Synthèse de l'analyse	10
4. Résultats de l'analyse	10
4.1 Nombre de décisions par canton (Q 2)	10
4.2 Nombre de décisions par année (Q 4).....	10
4.3 Composition du tribunal (Q 5).....	11
4.4 Représentation de la partie salariée (Q 8)	11
4.5 Existence d'une procédure de conciliation (Q 15)	12
4.6 Durée de la procédure au niveau cantonal (Q 17) et recours (Q 18).....	12
4.7 Maintien des rapports de travail (Q 9 et Q 10)	13
4.8 Nature des rapports de travail (Q 14 et Q 28).....	13
4.9 Type de contrat (Q 26), taux d'occupation (Q 27), fonction d'encadrement (Q 30)	13
4.10 Durée des rapports de travail (Q 31).....	14
4.11 Branche (Q 29).....	15
4.12 Partie demanderesse et droit d'action des organisations (Q 19-20)	15
4.13 Sexe de la partie employée (Q 21)	16
4.14 Informations sur la partie employée (Q 22-24) : âge, situation familiale, état civil, nationalité	16
4.15 Discrimination multiple (Q 36)	16
4.16 Motif de la discrimination (Q 34)	17
4.17 Moment où intervient la discrimination fondée sur la grossesse ou la maternité (Q 35)	18
4.18 Discrimination directe ou indirecte (Q 32).....	18
4.19 Mesures positives (Q 33).....	18

4.20 Type de discrimination (Q 37)	19
4.21 Congé de rétorsion (Q 38-39).....	19
4.22 Harcèlement sexuel (Q 40-42).....	20
4.23 Maxime de procédure (Q 44)	21
4.24 Allègement du fardeau de la preuve (Q 46-48).....	21
4.25 Actions en prévention, cessation et constatation (Q 49 et 50).....	22
4.26 Action en paiement du salaire dû (Q 51-56)	23
4.27 Indemnité pour discrimination à l’embauche (Q 57-62).....	23
4.28 Indemnité pour licenciement discriminatoire (Q 63-69)	23
4.29 Indemnité pour harcèlement sexuel (Q 70-73).....	24
4.30 Dommages-intérêt et tort moral (Q 74-81)	25
4.31 Cumul d’indemnités (Q 82)	25
4.32 Rapport avec d’autres prétentions de droit du travail (Q 13).....	25
4.33 Frais de justice et dépens (Q 83-85).....	26
4.34 Issue de la procédure en cas de conciliation (Q 88-89).....	26
4.35 Issue de la procédure en cas de jugement (Q 86-87).....	27
4.36 Application d’office de la LEg (Q 45)	28
5. Conclusion	29
6. Recommandations.....	31
A. Autorités législatives	31
B. Milieu judiciaire.....	31
C. Bureaux de l’égalité.....	32
D. Universités	32
7. Bibliographie.....	33
7.1 Doctrine	33
7.2 Rapports du Conseil fédéral	34
8. Annexe – Grille d’analyse	35

Liste des abréviations

al.	alinéa
AG	canton d'Argovie
AJP/PJA	Aktuelle juristische Praxis – Pratique juridique actuelle
AR	canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures
art.	article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BE	canton de Berne
BFEG	Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes
BL	canton de Bâle-Campagne
BS	canton de Bâle-Ville
CAJ-CE	Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CERT	Centre d'étude des relations de travail, Université Neuchâtel
cf.	se reporter à
CF	Conseil fédéral
CHF	francs suisses
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CSDH	Centre suisse de compétence pour les droits humains
Cst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101)
FF	Feuille fédérale
FR	canton de Fribourg
GE	canton de Genève
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz des Kantons Basel-Stadt du 3 juin 2015
GR	canton des Grisons
LaCC	Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du canton de Genève du 11 octobre 2012
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1)
let.	lettre

LTPH	Loi sur le Tribunal des prud'hommes du Canton de Genève du 26 septembre 2010
LTr.	Loi fédérale sur le travail du 13 mars 1964 (RS 822.11)
LU	canton de Lucerne
NB	nota bene
p.	page
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
Q	question
RS	Recueil systématique du droit fédéral suisse
SG	canton de Saint-Gall
SH	canton de Schaffhouse
SO	canton de Soleure
SZ	canton de Schwytz
TG	canton de Thurgovie
UR	canton d'Uri
ZG	canton de Zoug
ZH	canton de Zurich

Résultats principaux

La présente étude analyse de façon approfondie 190 procès-verbaux de conciliation et jugements cantonaux relatifs à la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) sur une période d'un peu plus de dix ans (2004-2015).

1. Les actions fondées sur la LEg sont presque toujours intentées par des individus – principalement des femmes – et très rarement par des organisations (art. 7 LEg). La présente étude n'a permis de recenser que 8 cas (sur 190) où ces dernières ont fait usage de leur droit d'action. Dans 3 cas (sur 8), l'organisation a agi en parallèle aux actions individuelles des personnes concernées (cf. 4.12-4.13).
2. Dans la grande majorité des cas (84%), les parties ne sont plus liées par un rapport de travail au moment où le jugement est rendu (cf. 4.7).
3. Les personnes qui saisissent la justice en raison d'une discrimination fondée sur le sexe se plaignent le plus souvent de discrimination salariale (67 cas) ou de licenciement discriminatoire (67 cas) (cf. 4.20). Les professions de la santé sont particulièrement concernées (cf. 4.11).
4. La plupart des décisions ont pour objet une discrimination *directe*. Une discrimination *indirecte* n'est invoquée ou retenue que dans 30.5% des cas. Il s'agit le plus souvent de plaintes pour discrimination salariale (cf. 4.18).
5. Sur l'ensemble des cas relatifs à une discrimination au sens de l'article 3 LEg, près d'un tiers sont liés à la grossesse ou à la maternité (41 cas). La discrimination se produit fréquemment au retour du congé maternité. Le plus souvent, la mère est licenciée (cf. 4.16-4.17).
6. L'analyse de la jurisprudence révèle que plusieurs cas de licenciement discriminatoire (au sens de l'art. 5 al. 2 LEg) sont analysés exclusivement sous l'angle du Code des obligations (art. 336 CO), avec parfois pour conséquence l'absence d'allègement du fardeau de la preuve prévu par la loi sur l'égalité (art. 6 LEg) (cf. 4.24 et 4.28).
7. Lorsque l'allègement du fardeau de la preuve est appliqué (art. 6 LEg), il est rare que le jugement distingue clairement les deux étapes du raisonnement (1. vraisemblance et 2. motifs objectifs justificatifs). Dans la majorité des cas (53.4%), la vraisemblance n'est pas admise et la demande est rejetée (cf. 4.24).
8. Sur l'ensemble des jugements analysés, 62.5% sont majoritairement ou entièrement défavorables à la partie employée invoquant une discrimination. En particulier, la quasi-totalité (91.6%) des plaintes pour congé de rétorsion (art. 10 LEg) sont rejetées. Le taux de décisions défavorables à la partie salariée est aussi très élevé (82.8 %) lorsque la discrimination invoquée est un harcèlement sexuel (art. 4 LEg) (cf. 4.21-4.22 et 4.35).
9. Les prétentions en versement d'une indemnité pour harcèlement sexuel (art. 5 al. 3 LEg) sont rejetées dans une nette majorité des cas (76.6%) (cf. 4.20). La question de savoir si les mesures de prévention nécessaires ont été prises par la partie employeuse est rarement examinée par les tribunaux (cf. 4.13).
10. Lors des procès pour discrimination salariale, l'action en paiement du salaire dû (art. 5 al. 1 let. d LEg) échoue dans une forte majorité des cas (76.3%) (cf. 4.26).
11. Malgré le principe de gratuité de la procédure (art. 114 let. a CPC), les actions fondées sur la LEg impliquent un certain risque financier. La présente étude a recensé 23 décisions où les dépens (art. 95 al. 3 CPC) sont mis à charge de la partie salariée. Le montant à verser par cette dernière se situe en général entre CHF 1'200.- et 19'392.- (cf. 4.33).

1. Contexte

La loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)¹ est en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1996. Elle interdit la discrimination, directe ou indirecte, fondée sur le sexe, dans le cadre des rapports de travail salariés de droit privé ou public.

1.1 Evaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité (2005)

Suite à une motion 02.3142 Hubmann « Interdire les licenciements prononcés à titre de représailles à l'encontre des femmes faisant valoir leurs droits », l'efficacité de la loi a été évaluée en 2003-2005, sur mandat de l'Office fédéral de la justice².

Dans ce cadre, une enquête a été menée de façon systématique auprès des tribunaux compétents en Suisse. Pour la période 1996-2004, 269 décisions de droit public ou privé fondées sur la LEg ont pu être recensées³. Sur ces 269 décisions, 71 ont fait l'objet d'une analyse approfondie⁴.

Les principaux résultats de cette analyse sont présentés dans un rapport du Conseil fédéral du 15 février 2006⁵. Le rapport conclut que la LEg est trop peu souvent appliquée et que les possibilités offertes par cette loi, notamment l'allègement du fardeau de la preuve, « ne sont pas assez connues des avocats et des juges »⁶.

1.2 Etude sur l'accès à la justice en cas de discrimination (2015)

Le 14 décembre 2012, le Conseil national a accepté un postulat 12.3543 Naef « Rapport sur le droit à la protection contre la discrimination » et chargé le Conseil fédéral de préparer le dit rapport. Le Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) a été mandaté pour réaliser une étude scientifique pouvant servir de base au rapport du Conseil fédéral⁷.

Dans ce cadre, l'Office fédéral de la justice et le CSDH ont effectué une enquête auprès des tribunaux pour la période du 1^{er} janvier 2004 au 30 juin 2014. L'enquête a permis de réunir 143 jugements et procès-verbaux de conciliation rendus sur la base de la LEg⁸. 24 cas de licenciements fondés sur l'état civil, la situation familiale (maternité) ou la grossesse ont été analysés de façon approfondie par le CSDH⁹.

A l'instar de l'évaluation susmentionnée (1.1), l'étude du CSDH met en évidence divers problèmes qui empêchent les personnes discriminées en raison du sexe dans la vie professionnelle de faire valoir leurs droits, notamment :

« droit de recours des organisations limité à l'action en constatation de droit, difficultés d'apporter les preuves nécessaires en raison d'un manque d'information, absence d'allègement du fardeau de la preuve en cas de discrimination à l'embauche et de harcèlement sexuel et réglementation insuffisante concernant les sanctions. A cela s'ajoute le risque inhérent à tout procès, qui implique de devoir s'acquitter des frais de procédure de la partie adverse en cas de déboutement ». En outre, « il n'existe aucun service étatique disposant de compétences d'investigation et d'intervention auprès des employeurs ». Enfin, « les personnes concernées (employés, employeurs, membres du barreau, autorités

¹ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg), RS 151.1.

² STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL, Rapport de synthèse.

³ STUTZ, Baustein 2, p. 4.

⁴ FREIVOGEL, Baustein 6, p. 9.

⁵ Rapport CF évaluation LEg, 3074 ss.

⁶ Rapport CF évaluation LEg, 3089, 3094.

⁷ KÄLIN/LOCHER, Rapport de synthèse, p. 7.

⁸ LOCHER, Teilstudie 8, p. 3-4, p. 9.

⁹ LOCHER, Teilstudie 8, p. 21.

judiciaires et services étatiques) continuent d'être insuffisamment sensibilisées malgré les mesures déjà prises »¹⁰.

Dans son rapport du 25 mai 2016, le Conseil fédéral est d'avis qu'il faudra examiner – dans le cadre des travaux législatifs relatifs à une adaptation du Code de procédure civile (CPC)¹¹ – l'opportunité d'étendre sur certains points le droit d'action des organisations prévu par la LEg ainsi que la question de la réduction, voire de l'élimination, des frais de procédure dans les cas de discrimination¹².

Au sujet de la connaissance insuffisante du droit antidiscriminatoire, le Conseil fédéral relève que la sensibilisation est « une tâche permanente »¹³, qui « repose sur la disponibilité des données relatives à la discrimination ». Il évoque l'attribution d'un mandat visant à analyser de façon approfondie les décisions collectées par le CSDH auprès des tribunaux en matière de LEg¹⁴.

1.3 Attribution du mandat (2016)

Le 24 mars 2016, le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) a mandaté l'Université de Genève, en la personne de Mme Karine Lempen, professeure de droit du travail à la Faculté de droit, pour effectuer, en collaboration avec Mme Laetitia Jamet, assistante au sein de cette faculté, l'analyse approfondie évoquée dans le rapport susmentionné (1.2.). Le 1^{er} juillet 2016, M. Aner Voloder, juriste, a rejoint l'équipe de recherche.

Le mandat a pour objet l'analyse de la jurisprudence cantonale rendue en matière de LEg entre 2004 et 2015.

2. Objectif

L'efficacité de la loi sur l'égalité a fait l'objet d'une évaluation approfondie qui a donné lieu à un rapport du Conseil fédéral paru, en 2006, dix ans après l'entrée en vigueur de la loi (voir supra 1.1.).

Vingt ans après l'entrée en vigueur de la LEg, la question se pose de savoir dans quelle mesure les problèmes mis en évidence en 2006 subsistent à l'heure actuelle.

La recherche effectuée en 2015 par le CSDH livre quelques éléments de réponse (voir supra 1.2.). Toutefois, étant donné son objet très large et les ressources disponibles pour sa réalisation, l'étude du CSDH ne procède pas à un examen approfondi des jugements fondés sur la LEg comparable à celui qui avait été fait dans le cadre de l'évaluation de cette loi.

La présente analyse a pour objectif d'examiner dans quelle mesure les résultats de l'évaluation de la LEg sont toujours valables ainsi que d'identifier d'éventuels nouveaux obstacles relatifs à l'application de cette loi par les tribunaux cantonaux.

Une partie conclusive propose des pistes visant à améliorer l'accès à la justice en cas de discrimination fondée sur le sexe dans les rapports de travail.

3. Méthodologie

Le projet de recherche s'est déroulé en quatre étapes principales.

¹⁰ Rapport CF discrimination, p. 6-7, chiffre 2.2.1; HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2, p. 42-43.

¹¹ Travaux consécutif à la motion 13.3931 Birrer-Heimo « Exercice collectif des droits. Promotion et développement des instruments » et à la motion 14.4008 CAJ-CE « Adaptation du code de procédure civile ».

¹² Rapport CF discrimination, p. 16-17, chiffres 4.3.2. et 4.3.3.

¹³ Rapport CF discrimination, 17-18, chiffre 4.3.4.

¹⁴ Rapport CF discrimination, p. 18, chiffre 4.3.5.

3.1 Collecte des données

En décembre 2015, le CSDH a livré au BFEG les données qu'il avait récoltées dans le cadre de l'enquête susmentionnée afin que celles-ci soient analysées dans le cadre du présent mandat (1.2).

La base de données a dû être complétée avec la jurisprudence du Tribunal du travail de Zurich et du Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. En effet, ces deux juridictions – qui fournissent la plupart des jugements publiés sur www.gleichstellungsgesetz.ch et www.leg.ch – n'avaient livré aucune décision fondée sur la LEg dans le cadre de l'enquête du CSDH¹⁵.

Afin d'obtenir les jugements zurichois et genevois manquants, une recherche a été effectuée dans les archives du site www.gleichstellungsgesetz.ch, auprès du Bureau de la promotion de l'égalité entre femmes et hommes du canton de Genève (BPEV) et sur l'intranet de la Conférence Suisse des Délégués à l'Égalité entre Femmes et Hommes (CSDE). Un courrier a aussi été adressé au Tribunal du travail de Zurich.

La collecte des données a permis de réunir au total 204 jugements ou procès-verbaux de conciliation relatifs à la LEg pour la période 2004-2015.

Une même affaire peut donner lieu à plusieurs jugements rendus par des instances à des niveaux différents.

3.2 Elaboration de la grille d'analyse

Prenant pour point de départ le questionnaire qui avait servi pour l'enquête auprès des tribunaux lors de l'évaluation de la loi sur l'égalité (supra 1.1)¹⁶, les mandataires ont élaboré une nouvelle grille d'analyse comportant 90 questions (voir annexe 1), subdivisées en 8 sections :

1. Informations générales
2. Historique de la procédure
3. Parties à la procédure
4. Informations relatives à l'emploi exercé
5. Analyse juridique
6. Aspects financiers
7. Issue de la procédure
8. Autres

3.3 Détermination des décisions exploitables – analyse des décisions

Parmi les 204 jugements et procès-verbaux réunis lors de la collecte de données, certains ont été exclus du champ de l'analyse en raison de leur manque de pertinence par rapport à l'objet de l'étude ou en raison du fait qu'ils ne contenaient aucune information utilisable.

Ainsi, ont notamment été écartés :

- les jugements sur compétence
- les ordonnances préparatoires
- les demandes de mesures provisionnelles
- les demandes d'effet suspensif
- les cas matériellement non pertinents, p. ex : inégalité de traitement au sens de l'article 8 al. 1 Cst.

¹⁵ LOCHER, Teilstudie 8, p. 8.

¹⁶ STUTZ, Baustein 2, Anhang, p. 31-34.

Au final, **190 décisions** (160 jugements et 30 procès-verbaux de conciliation) ont été retenues pour l'analyse. Une grille (voir supra 3.2) a été remplie pour chacune des 190 décisions.

3.4 Synthèse de l'analyse

Les réponses consignées dans les 190 grilles d'analyse ont été compilées dans 90 fiches de synthèse (une fiche par question).

Enfin, les fiches de synthèse ont été comparées et regroupées de façon à croiser les résultats par rapport à une même thématique.

4. Résultats de l'analyse

4.1 Nombre de décisions par canton (Q 2)¹⁷

Le nombre de décisions récoltées pour la période 2004-2015 varie beaucoup d'un canton à l'autre. Sur les 204 décisions réunies, 83 provenaient du canton de Genève et 48 du canton de Zurich.

Tableau n°1 : Nombre de décisions par canton

AG	AR	BE	BL	BS	FR	GE	GR	LU	SG	SH	SO	SZ	TG	UR	ZG	ZH
8	2	9	14	14	4	83	3	3	4	4	3	1	2	1	1	48

La fréquence des décisions à Genève et à Zurich s'explique, notamment, par le fait que des recherches ciblées ont été réalisées pour obtenir les jugements rendus par le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève et par le Tribunal du travail de Zurich (voir supra 3.1).

Toutefois, déjà lors de l'évaluation de la loi sur l'égalité pour la période 1996-2004, pratiquement un tiers des affaires concernaient le canton de Zurich et le canton de Genève avait aussi signalé un nombre élevé de cas¹⁸.

A l'époque, le canton de Vaud figurait parmi ceux qui avaient rendus le plus de décisions basées sur la LEg. Son absence dans le tableau n°1 tient au fait que ce canton – à l'instar des autres cantons non mentionnés – n'a transmis aucun cas en la matière lors de l'enquête effectuée en 2014 par le CSDH (voir supra 1.2).

4.2 Nombre de décisions par année (Q 4)

La répartition par année des 190 décisions analysées (procès-verbal de conciliation et jugement de première ou deuxième instance cantonale) est la suivante :

Tableau n° 2 : Nombre de décisions par année

2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
18	13	17	14	22	19	23	15	12	16	16	4

Le faible nombre de décisions en 2015 s'explique par le fait que la période sous revue pour l'enquête du CSDH s'arrêtait au 30 juin 2014. Les recherches supplémentaires effectuées de façon ciblée dans le cadre de cette étude ont pris en considération la jurisprudence jusqu'au 30 août 2015.

¹⁷ La mention (Q N) renvoie au numéro de la question correspondante dans la grille d'analyse (voir annexe 1).

¹⁸ Rapport CF évaluation LEg, 3070.

Le tableau ci-dessus fait apparaître une moyenne de 15.75 décisions par an¹⁹.

En Suisse, dans le domaine de l'emploi, la jurisprudence relative aux discriminations fondée sur le sexe est donc beaucoup plus nombreuse que celle (quasi inexistante) portant sur d'autres discriminations (fondées sur l'origine ethnique, par exemple), non prohibées par une loi spécifique²⁰.

Proportionnellement à sa population, la Suisse semble connaître plus de procédures pour discrimination salariale fondée sur le sexe que l'Allemagne, la France ou la Pologne²¹.

4.3 Composition du tribunal (Q 5)

Selon le Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC)²², lorsqu'un litige est fondé sur la LEg, « l'autorité de conciliation se compose d'un président et d'une représentation paritaire d'employeurs et d'employés des secteurs privé et public, l'ensemble des représentants étant constitué d'un nombre égal d'hommes et de femmes » (art. 200 al. 2 CPC). Quelques lois cantonales exigent au niveau du tribunal aussi la double parité²³ ou une représentation appropriée des sexes²⁴.

Dans le cadre de la présente étude, 13 décisions ont été rendues par un ou une juge unique, alors que 105 ont été rendues par une autorité composée de plusieurs personnes dont il a été possible d'identifier le sexe (grâce à l'indication du prénom). Parmi ces 105 décisions, 64 émanaient d'autorités siégeant en en composition paritaire (c'est-à-dire avec au moins un juge de chaque sexe en plus de la personne qui préside). Dans 41 cas – provenant majoritairement de tribunaux administratifs – la composition n'était pas paritaire.

Dans le cadre de procédures civiles relatives à un litige fondé sur la LEg, **les tribunaux siègent, la plupart du temps, de façon paritaire.**

4.4 Représentation de la partie salariée (Q 8)

Sur les 190 décisions analysées, 142 indiquent si la personne salariée était assistée par un-e avocat-e ou par un-e autre mandataire professionnel-le (agent-e d'affaire breveté-e ou membre d'une association professionnelle).

Dans 124 cas (sur 142), la partie salariée était effectivement représentée à titre professionnel. Dans la quasi-totalité d'entre eux (121 cas, **97.6%**), **la partie salariée était représentée par un-e avocat-e**²⁵. De façon exceptionnelle (3 cas, 2.4%), la partie salariée était représentée par un-e mandataire professionnellement qualifié-e²⁶. En l'occurrence, il s'agissait de trois procédures genevoises avec, comme mandataire, un représentant de syndicat.

¹⁹ L'année 2015 a été comptée comme une année entière.

²⁰ MATTHEY/STEFFANINI, Partie 6, p. 38-43.

²¹ FUCHS, 201-202. La diversité des bases de données disponibles dans ces quatre pays rend toutefois une comparaison difficile.

²² RS 272.

²³ Voir, par exemple, la loi genevoise sur le Tribunal des prud'hommes (LTPH/GE), RS/GE E 3 10 (art. 12 al. 4 LTPH: « Lorsqu'une demande est fondée sur la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 mars 1995, le tribunal comprend au moins une personne de chaque sexe »).

²⁴ § 22 des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt (Gerichtsorganisationsgesetz, GOG, SG 154.100).

²⁵ Voir l'art. 68 al. 2 let. a du Code de procédure civile (CPC) du 19 décembre 2008, RS 272.

²⁶ Voir l'art. 68 al. 2 let. d CPC.

Dans 18 cas, la partie salariée agissait sans représentation professionnelle. Parmi ces cas, 11 concernaient des procédures de conciliation où la partie salariée, obligée de comparaître personnellement²⁷, ne s'est fait assister d'aucun conseil juridique.

4.5 Existence d'une procédure de conciliation (Q 15)

Depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure civile, le 1^{er} janvier 2011, « la procédure au fond est précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation » (art. 197 CPC). Toutefois, dans les litiges relevant de la loi sur l'égalité, « le demandeur peut décider unilatéralement de renoncer à la procédure de conciliation » (art. 199 al. 2 let. c CPC).

L'information relative à l'existence d'une procédure de conciliation était disponible dans 180 cas. Parmi eux, 105 (**58.3%**) mentionnent une **tentative de conciliation**.

Dans 75 cas (41.7%), il n'y a pas eu de procédure de conciliation. Dans la très grande majorité d'entre eux, il s'agissait d'une procédure administrative, non soumise au CPC.

4.6 Durée de la procédure au niveau cantonal (Q 17) et recours (Q 18)

Tableau n° 3 : Durée de la procédure civile (en mois, depuis le début de la procédure)

Autorité	Nombre de cas	Moyenne	Médiane
Autorité de conciliation	10	3.2	3
Tribunal civil de première instance	74	15.7	12
Tribunal civil de deuxième instance	27	27.6	22

Au niveau cantonal, la procédure civile est d'une durée moyenne de 16.9 mois et d'une durée médiane de 13 mois.

Tableau n° 4 : Durée de la procédure administrative (en mois)

Autorité	Nombre de cas	Moyenne	Médiane
Tribunal administratif	57	25.7	24

Au niveau cantonal, la procédure administrative est d'une durée moyenne de 25.7 mois et d'une durée médiane de 24 mois.

Les durées calculées dans le cadre de la présente étude (2016) montrent que les procédures peuvent « durer très longtemps »²⁸, comme cela avait été constaté lors de l'évaluation de la loi sur l'égalité (2005)²⁹.

²⁷ Voir l'art. 204 al. 1 CPC. L'art. 204 al. 3 CPC mentionne les exceptions à la règle de la comparution personnelle.

²⁸ Rapport CF évaluation LEg, 3085.

²⁹ STUTZ, Baustein 2, p. 19-20 (Tribunal civil de première instance, durée moyenne: 10.1 mois / Tribunal civil de deuxième instance, durée moyenne: 18.7 mois / Tribunal administratif, durée moyenne: 21.5 mois. NB : le

En particulier, 8 procédures très longues – principalement des cas de discrimination salariale dans le secteur public en Suisse allemande – ont tiré les moyennes vers le haut.

Illustration n° 1 - Tribunal administratif du canton de St-Gall, arrêt du 25 novembre 2008, VG K 2003/7-16 : une procédure devant Tribunal administratif du canton de St-Gall a duré sept ans et dix mois. L'action pour discrimination salariale avait été intentée par treize individus et six associations professionnelles du domaine de la santé et a donné lieu à plusieurs expertises judiciaires. Le Tribunal administratif a dû rendre deux décisions: en 2008 et en 2010, suite à un arrêt du Tribunal fédéral renvoyant la cause à l'instance cantonale³⁰.

A notre connaissance, 57 décisions ont fait l'objet d'un recours devant une 2^{ème} instance cantonale ou le Tribunal fédéral.

4.7 Maintien des rapports de travail (Q 9 et Q 10)

Au moment du dépôt de la requête devant l'autorité de conciliation ou un tribunal, 32.2%³¹ des rapports de travail subsistaient (contre 40% lors de l'évaluation de la loi sur l'égalité en 2005³²). 67.8%³³ des rapports de travail avaient pris fin.

Au moment du jugement, seul 16%³⁴ des rapports de travail subsistaient. Sous réserve d'une exception, il s'agissait de rapports de travail de droit public. Dans 84 %³⁵ des cas, les rapports de travail avaient pris fin. Cette proposition est plus élevée que celle mise en évidence lors de l'évaluation de la loi sur l'égalité. A l'époque, « au moment du jugement, entre la moitié et les deux tiers des rapports de travail avaient été résiliés »³⁶.

4.8 Nature des rapports de travail (Q 14 et Q 28)

Sur les 190 décisions analysées, 132 concernaient des rapports de droit privé (69.5%) et 58 avaient pour objet des rapports de droit public (30.5%). Le nombre beaucoup plus élevé de procédures civiles par rapport aux procédures administratives s'explique par le fait que des recherches ciblées ont été effectuées auprès de tribunaux civils (voir supra 3.1). Lors de l'évaluation de la loi sur l'égalité, « une bonne moitié des décisions rendues par les tribunaux (54%) concernaient des rapports de travail de droit public »³⁷.

4.9 Type de contrat (Q 26), taux d'occupation (Q 27), fonction d'encadrement (Q 30)

Dans la plupart des cas (85%)³⁸, la partie salariée était au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée.

point de départ pour calculer la durée est la saisine de l'autorité concernée et non, comme dans la présente étude, le début de la procédure. Une comparaison directe des résultats 2005 et 2016 n'est pour cette raison pas possible).

³⁰ L'affaire a donné lieu à trois arrêts du Tribunal fédéral: un arrêt 2P.78/2005 du 21 juillet 2005, un arrêt 8C_78/2009 du 31 août 2010 en partie publié aux ATF 136 II 393 et un arrêt 8C_1012/2010 du 31 mars 2011. Pour un résumé détaillé de cette procédure, voir www.gleichstellungsgesetz.ch, SG/Fall 14.

³¹ Dans 54 cas sur les 168 où l'information était disponible.

³² Rapport CF évaluation LEg, 3070.

³³ Dans 114 cas sur les 168 où l'information était disponible.

³⁴ Dans 24 cas sur les 155 cas où l'information était disponible.

³⁵ Dans 131 cas sur les 155 cas où l'information était disponible.

³⁶ Rapport CF évaluation LEg, 3070.

³⁷ Rapport CF évaluation LEg, 3070.

³⁸ Dans 107 cas sur les 126 où l'information était disponible. Dans 19 cas (15%), le contrat était de durée déterminée.

Durant la période précédant l'action en justice, la personne salariée était engagée avec un taux d'occupation de 100% dans 57 cas (58.7%) et à temps partiel dans 38 cas (39.1 %) ³⁹.

Ainsi, dans plus de la moitié des cas, la partie demanderesse a été (ou est encore) au bénéfice d'un contrat de travail à temps complet. Notons que la partie demanderesse est principalement de sexe féminin (voir infra 4.13) et que, sur l'ensemble des femmes exerçant une activité professionnelle en Suisse, seules 40% sont engagées à plein temps ⁴⁰.

Dans 93 cas (82%), la partie salariée n'exerçait pas une fonction de cadre, c'est-à-dire qu'elle n'avait aucune personne sous sa responsabilité. Dans 20 cas (18%) ⁴¹, elle avait une fonction d'encadrement. De façon générale, selon l'Office fédéral de la statistique, les femmes sont bien plus nombreuses que les hommes à travailler comme salariée sans « fonction de chef » ⁴².

4.10 Durée des rapports de travail (Q 31)

Tableau n° 5 : Durée des rapports de travail (en années)

Nombre de cas où l'information est disponible (n = 130)	Durée
10	0 (pas de rapport de travail, embauche)
28	< 1
62	1 - 5
21	6 - 10
19	> 10

Dans la majorité des cas (90/130 cas, 69.2%), les actions pour discrimination sont intentées au cours des 5 années qui suivent le début de la relation contractuelle.

³⁹ Sur 97 cas où l'information était disponible.

⁴⁰ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/egalite-femmes-hommes/activite-professionnelle/travail-temps-partiel.html>.

⁴¹ Sur 113 cas où l'information était disponible.

⁴² <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/egalite-femmes-hommes/activite-professionnelle/situation-profession.html>.

4.11 Branche (Q 29)

Tableau n° 6 : Branche concernée (n = 154)

Nombre de cas	Branche
39	Santé
20	Commerce
17	Services (assurances, sécurité, etc.)
13	Finance, bancaire
12	Administration communale, cantonale, fédérale
11	Hôtellerie, restauration
10	Education
8	Industrie du métal, horlogerie, construction
6	Justice, droit
6	Industrie pharmaceutique
3	Entretien, aide-ménagère, jardinier
2	Sport
2	Instances religieuses
2	Associatif
1	Recherche scientifique
1	Immobilier
1	Culture

La branche de la santé est celle avec le nombre le plus élevé de cas. Sur les 39 cas recensés, 17 avaient pour objet des plaintes pour discrimination salariale dans le canton de Zurich.

Déjà lors de l'évaluation de la loi sur l'égalité, « un peu plus d'une décision sur cinq concernait des professions de la santé » et les personnes exerçant ces professions avaient « le plus souvent fait valoir une discrimination salariale »⁴³.

4.12 Partie demanderesse et droit d'action des organisations (Q 19-20)

La présente étude a permis de recenser **seulement 5 cas où l'action fondée sur la LEg a été introduite uniquement par une organisation (art. 7 LEg)**.

La **demanderesse** était la partie **employée** dans 178 cas, dont 3 où elle agissait avec une organisation.

Dans 7 cas, la demanderesse était la partie employeuse. Celle-ci agissait principalement dans le cadre d'un recours contre une décision de première instance favorable à la partie employée.

Tableau n° 7 : Qui est la partie demanderesse ? (Q 20)

Nombre de cas (n = 190)	Partie demanderesse
169	Une personne physique
5	Plusieurs personnes physiques
5	Une ou plusieurs organisations
3	Plusieurs personnes physiques avec une organisation
1	Une personne physique avec une autorité (caisse de chômage)
7	Une entreprise ⁴⁴

⁴³ Rapport CF évaluation LEg, 3070.

⁴⁴ Il s'agit des 7 cas où la partie employeuse est la partie demanderesse.

L'évaluation de la loi sur l'égalité n'avait permis de recenser que 32 actions intentées par des organisations sur 269 décisions récoltées (11%)⁴⁵. Notre étude arrive à une proportion encore plus faible puisqu'elle n'a permis d'identifier que 8 actions intentées par des organisations (dont 3 en parallèle à des actions individuelles) sur 190 décisions analysées (4.2%). Tel que prévu à l'article 7 LEg (action en constatation uniquement), le droit d'action des organisations est un instrument qui reste peu utilisé⁴⁶.

4.13 Sexe de la partie employée (Q 21)

Comme déjà expliqué (supra 4.12), l'action a été introduite par la partie employée (seule ou – exceptionnellement – avec une organisation) dans 178 cas (sur un total de 190).

Dans 154 cas sur 178 (**86.5%**), la partie employée demanderesse était de **sexe féminin**.

Dans 17 cas sur 178 (9.5%), elle était de sexe masculin. Sur ces 17 cas, 6 avaient pour objet une action intentée par l'auteur présumé d'un harcèlement sexuel et 4 portaient sur une plainte pour discrimination salariale (dont 2 cas où les hommes concernés exerçaient une profession « typiquement féminine » dans le domaine de la santé).

Dans 4 cas (2.2%), l'action était introduite à la fois par des femmes et des hommes.

Enfin, 3 cas (1.6%) ont été portés en justice par plusieurs personnes physiques de sexe inconnu.

4.14 Informations sur la partie employée (Q 22-24) : âge, situation familiale, état civil, nationalité

37 décisions permettent de connaître l'âge la partie employée au moment du jugement. Dans 16 cas (43.3%), la travailleuse est âgée de plus de 45 ans. Dans 21 cas (56.7%), elle se situe dans la tranche 18-45 ans, période au cours de laquelle les femmes sont, en principe, susceptibles d'être enceintes.

Si, à ces 21 cas, on ajoute 32 autres cas où l'âge de la personne employée n'est pas précisé mais où une discrimination en raison de la grossesse ou de la maternité a été invoquée (infra 4.16), on obtient un total de **53 décisions** (sur 138⁴⁷, soit 38.4 %) **ayant pour objet la plainte d'une salariée en âge de procréer**.

Dans 54 décisions, l'existence d'enfants est mentionnée. Il s'agit surtout de plaintes pour licenciement discriminatoire en lien avec la maternité.

21 décisions font mention de l'état civil. Dans 18 cas, la partie employée est mariée, dans 2 cas elle est célibataire. A cela s'ajoute 1 cas de concubinage.

21 cas indiquent que la partie employée est de **nationalité étrangère**.

4.15 Discrimination multiple (Q 36)

Une discrimination multiple, fondée à la fois sur le sexe et un autre motif prohibé par l'art. 8 al. 2 Cst. (par exemple, l'origine étrangère) n'a jamais été invoquée ni retenue d'office par un tribunal.

⁴⁵ Rapport CF évaluation LEg, 3076.

⁴⁶ Au sujet de l'opportunité d'étendre sur certains points le droit d'action des organisations prévu par la LEg (voir supra 1.2).

⁴⁷ Comme exposé supra au chiffre 4.13, nous avons recensé 154 décisions où la partie employée demanderesse est de sexe féminin. Sur ces 154 décisions, nous retranchons les 16 cas où la demanderesse est âgée de 45 ans et obtenons ainsi le chiffre de 138.

L'état de fait de 3 décisions permet de supposer que la discrimination fondée sur le sexe reposait éventuellement aussi sur l'origine étrangère de la personne salariée. En particulier, deux affaires relatives à un harcèlement sexuel font état de remarques xénophobes à l'égard de la personne salariée⁴⁸.

1 cas portait sur le licenciement d'une employée proche de l'âge de la retraite. Aucune discrimination en raison de l'âge n'a cependant été invoquée.

La loi sur l'égalité interdit spécifiquement les discriminations fondées à la fois sur le sexe et sur l'âge uniquement en lien avec la maternité ou paternité, via les critères de la situation familiale et, s'agissant des femmes, de la grossesse (art. 3 al. 1 *in fine* LEg).

4.16 Motif de la discrimination (Q 34)

Si l'on fait abstraction des cas de harcèlement sexuel (art. 4 LEg) et de congé rétorsion (art. 10 LEg), la répartition des décisions selon le motif de discrimination (art. 3 al. 1 LEg) est la suivante :

Tableau n° 8 : Motif de la discrimination (art. 3 al. 1 LEg)

Nombre de cas (total 130)	Motif
83	Sexe
6	Sexe + situation familiale ⁴⁹
0	Sexe + état civil
21	Grossesse
20	Maternité
0	Orientation sexuelle
0	Identité de genre

Sur 130 décisions prises en considération, 41 (31.5%) portaient sur une discrimination liée à la grossesse ou à la maternité, dont 1 où la salariée a été discriminée en raison d'une grossesse potentielle. Dans 33 cas (sur 41, soit 80.4%), la discrimination prenait la forme d'un licenciement.

Nous verrons au chiffre suivant à quel moment intervient la discrimination dans les 40 cas de grossesse ou maternité avérée.

Une discrimination fondée sur l'identité de genre ou l'orientation sexuelle n'a jamais été invoquée ou retenue.

⁴⁸ Pour un résumé de ces affaires, voir les sites www.leg.ch, GE 25.02.2008 (vendeuse d'origine serbe) et www.gleichstellungsgesetz.ch, UR/Fall 1 (danseuse d'origine russe).

⁴⁹ Par exemple, refus d'embauche motivé par le fait que la personne candidate avait des enfants en âge scolaire.

4.17 Moment où intervient la discrimination fondée sur la grossesse ou la maternité (Q 35)

Tableau n° 9 : Moment où intervient la discrimination fondée sur la grossesse ou la maternité

Nombre de cas (total 40)	Moment
2	Durant la grossesse, avant l'entrée en fonction
1	Durant la grossesse, pendant le temps d'essai
14	Durant la grossesse, après le temps d'essai
4	Durant le congé maternité
19	Au retour du congé maternité

Dans près de la moitié des cas (46%), la discrimination intervient au cours de la période qui suit le retour du congé de maternité. Le plus souvent, la mère est licenciée.

Pour rappel, un licenciement discriminatoire notifié après la période de protection prévue par le Code des obligations⁵⁰ déploie ses effets et ne peut donner droit qu'à une indemnité d'au maximum six mois de salaire (art. 5 al. 2 LEg).

L'étude réalisée le CSDH en 2014 a aussi montré que la période qui suit le retour du congé maternité est une période délicate au cours de laquelle sont fréquemment signifiés des licenciements discriminatoires⁵¹.

4.18 Discrimination directe ou indirecte (Q 32)

118 décisions (sur 190) permettent de répondre à la question de savoir si la discrimination (invoquée ou admise) était de nature directe ou indirecte (art. 3 al. 1 LEg). Les cas de harcèlement sexuel (art. 4 LEg) ou de congé rétorsion (art. 10 LEg) n'ont pas été pris en considération (respectivement 35 et 12 cas, voir infra 4.20).

Une **nette majorité** de cas (83, 70.3%) avait pour objet une **discrimination directe**.

Seuls 36 cas⁵² (30.5%) avaient trait à une discrimination indirecte. Il s'agissait le plus souvent de plaintes pour discrimination salariale.

L'étude réalisée par le CSDH, en 2014, arrive à la conclusion que la notion de discrimination indirecte continue à être mal connue aussi bien par la partie salariée que par la partie employeuse⁵³. Le nombre peu élevé de cas de discrimination indirecte identifiés dans la présente étude est probablement dû en partie à cette méconnaissance.

4.19 Mesures positives (Q 33)

Sur les 190 décisions analysées, seules 3 faisaient référence à des mesures positives (art. 3 al. 3 LEg). Les 3 décisions ont été rendues dans le cadre d'une même affaire relative à la plainte d'un candidat à un poste de professeur à la faculté de médecine de l'Université de Genève⁵⁴.

⁵⁰ Selon l'article 336c al. 1 let. c, « après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat (...) pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement ».

⁵¹ HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2, p. 52.

⁵² 1 cas portait sur une discrimination directe et sur une discrimination indirecte. Il est donc compté dans les deux catégories.

⁵³ HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2, p. 42.

⁵⁴ L'affaire a donné lieu à un arrêt du Tribunal fédéral 2P.277/2004 du 19 janvier 2006.

4.20 Type de discrimination (Q 37)

Sur 190 décisions, la répartition par type de discrimination est la suivante :

Tableau n° 10 Type de discrimination

Nombre de cas (total supérieur à 190 car il peut y avoir plusieurs types par décision)	Type
67	Salaire
67	Licenciement
35 ⁵⁵	Harcèlement sexuel
12	Congé de rétorsion
11	Embauche
4	Promotion
3	Attribution des tâches
0	Aménagement des conditions de travail
0	Formation

Lors de l'évaluation de la loi sur l'égalité en 2004, les cas de discrimination salariale étaient les plus fréquents (154 cas sur 296). Venaient ensuite les affaires de harcèlement sexuel (57 cas sur 296). Les licenciements discriminatoires ne figuraient qu'en troisième position (50 cas sur 296, soit 16.8%)⁵⁶.

Le classement figurant dans le tableau n° 10 est différent puisque les licenciements discriminatoires figurent désormais, avec les discriminations salariales, en première position (67 cas sur 190, soit 33.3% pour les deux types de discrimination). La présente étude met en évidence une **augmentation des cas de licenciement discriminatoire, souvent liés à la maternité** (voir supra 4.16 et 4.17).

Les discriminations à l'embauche sont rarement invoquées en justice (11 cas sur 190, soit 5.7%).

4.21 Congé de rétorsion (Q 38-39)

Sur 190 décisions, 12 portaient sur une plainte pour congé de rétorsion (art. 10 LEg).

Dans 6 cas, la personne licenciée demandait explicitement l'annulation de son congé (art. 10 al. 1 LEg). Dans 7 cas, elle demandait un réengagement provisoire pour la durée de la procédure (art. 10 al. 3 LEg). Dans 5 cas, une indemnité monétaire était demandée, à titre subsidiaire, dès le début du procès.

La présente étude n'a permis de recenser aucun cas dans lequel la partie employée aurait renoncé, au cours du procès, à poursuivre les rapports de travail et aurait demandé une indemnité (art. 336a CO) en lieu et place de l'annulation du congé (art. 10 al. 4 LEg).

Dans la quasi-totalité des cas à notre disposition (11 cas sur 12, soit **91.6%**), **l'existence d'un congé de rétorsion n'a pas été admise**, pour différentes raisons.

Dans 5 cas, les tribunaux ont considéré que le congé reposait sur un « motif justifié » (au sens de l'art. 10 al. 1 LEg), comme une restructuration de l'entreprise ou des prestations de travail insuffisantes.

Dans 1 cas, la période de protection (prévue à l'art. 10 al. 2 LEg) était échue.

⁵⁵ Ce chiffre n'inclut pas les 9 cas où l'action est intentée par l'auteur-e présumé-e du harcèlement sexuel.

⁵⁶ Rapport CF évaluation LEg, 3070. Voir aussi STUTZ, Baustein 2, p. 12-13.

Dans une autre décision, la partie employée n'était pas parvenue à prouver qu'il y avait eu réclamation (au sens de l'art. 10 al. 1 LEg).

Enfin, à l'occasion de 2 décisions, rendues dans le cadre de la même affaire, les juges ont considéré que la partie salariée n'avait pas prouvé que le licenciement survenu trois semaines après une plainte pour discrimination était un congé de rétorsion. Les considérants de ces décisions laissent penser que le tribunal ignorait qu'un licenciement prononcé après une réclamation (au sens de l'art. 10 al. 1 LEg) est *présumé* être un congé de rétorsion. La partie employeuse peut renverser cette présomption en prouvant que la résiliation des rapports de travail reposait sur un motif justifié⁵⁷.

4.22 Harcèlement sexuel (Q 40-42)

Sur 190 décisions, 35⁵⁸ avaient pour objet une plainte pour harcèlement sexuel (art. 4 LEg). 23 d'entre elles provenaient du canton de Genève.

30 décisions donnent des informations sur la forme du harcèlement sexuel. Dans une majorité des cas (17), le **harcèlement sexuel se manifeste à la fois par des paroles et par des gestes**. Souvent (10 cas), le harcèlement sexuel revêt une forme uniquement verbale. En revanche, rares sont les situations où la partie demanderesse invoque avoir subi uniquement des gestes déplacés (3 cas).

L'existence d'un harcèlement sexuel a été retenue dans 14 cas sur 35 (40%). Dans 9 décisions, le caractère importun du comportement a été admis sur la base du ressenti de la demanderesse (subjectif) et d'une « personne raisonnable du même sexe » placée dans des circonstances similaires (objectif)⁵⁹. Parfois, le harcèlement sexuel a été retenu uniquement sur la base d'un examen objectif (3 cas) ou sur la seule base du ressenti subjectif (2 cas).

Dans une nette majorité des cas (21 sur 35, soit 60%), la partie demanderesse n'est pas parvenue à établir l'existence d'un harcèlement sexuel (non soumis à l'allègement du fardeau de la preuve prévu à l'art. 6 LEg) et a été déboutée de ses prétentions y relatives. 4 décisions concluent à l'inexistence d'un harcèlement sexuel au motif que l'auteur présumé ne cherchait pas à obtenir des faveurs sexuelles.

Illustration n° 2 – Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, jugement du 23 mai 2011, TRPH/331/2011, extrait du considérant 3b : « En l'espèce, le Tribunal retient que la demanderesse a échoué à démontrer qu'elle avait été victime de harcèlement sexuel. Il ne ressort en effet ni des pièces, ni des enquêtes que T se soit vu promettre des avantages, notamment de la part de B [supérieur hiérarchique de T], ou imposer des contraintes en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle. Le seul élément à connotation sexuelle au dossier est un courriel reçu le 24 septembre 2009 de B. Ce message comportait une annexe contenant sept dessins représentant un sexe masculin en train d'être lavé, accompagnés de commentaires à connotation sexuelle (pièce 7 dem.). Si ce message était certes un envoi inapproprié dans le cadre d'une relation de travail, ce que la défenderesse [ici la partie employeuse] a d'ailleurs admis, il n'en demeure pas moins qu'il ne peut constituer à lui seul un acte de harcèlement sexuel. [...] ».

Pourtant, l'intention d'obtenir des faveurs sexuelles – comme du reste la répétition du comportement – n'est pas une condition nécessaire à l'admission d'un harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg. Selon le Tribunal fédéral :

« Bien que les exemples cités dans cette disposition ne se réfèrent qu'à des cas d'abus d'autorité, la définition n'exclut pas d'autres actes portant atteinte à la dignité du travailleur et ne relevant pas d'un

⁵⁷ Voir RIEMER-KAFKA/ÜBERSCHLAG, N 13-14 *ad* art. 10 LEg.

⁵⁸ Sans compter les 9 cas où l'action était intentée par un-e auteur-e présumé-e de harcèlement sexuel.

⁵⁹ Voir LEMPEN, N 10-11 *ad* art. 4 LEg.

abus d'autorité, mais contribuant à rendre le climat de travail hostile, par exemple des plaisanteries déplacées ou l'affichage de photos indécentes »⁶⁰.

Parmi les 35 décisions portant sur une plainte pour harcèlement sexuel, 3 concluaient que la partie employeuse avait fait preuve de la diligence nécessaire (au sens des art. 328 CO et 5 al. 3 LEg) et déboutaient la partie salariée de ses prétentions sans se prononcer sur l'existence d'un harcèlement sexuel.

En Suisse alémanique, un seul tribunal s'est demandé si la partie employeuse avait pris les mesures nécessaires pour prévenir la survenance du harcèlement sexuel invoqué par la partie salariée. Déjà lors de l'évaluation de la loi sur l'égalité, « 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 »⁶¹. La présente étude révèle que cette question est principalement examinée dans le cadre de procédures pour licenciement abusif (art. 336 CO) ou injustifié (art. 337c CO) intentées par des auteurs présumés de harcèlement sexuel.

4.23 Maxime de procédure (Q 44)

Les procès fondés sur la LEg sont soumis à la maxime inquisitoire, en vertu de laquelle le tribunal établit « les faits d'office » (art. 247 al. 2 let. a CPC, art. 12 PA), sans être lié par les allégations ou les offres de preuve des parties.

L'évaluation de la loi sur l'égalité réalisée en 2004-2005 avait montré que cette maxime n'était guère appliquée par les tribunaux cantonaux⁶². La présente étude a permis d'identifier seulement 24 décisions (sur 190) où le procès était régi par la maxime inquisitoire, pure (7 cas) ou sociale (17 cas)⁶³. Toutefois, les jugements indiquent rarement quelle maxime procédurale a été appliquée. Dès lors, ces chiffres ne permettent pas de tirer des conclusions confirmant ou infirmant les résultats obtenus en 2004-2005⁶⁴.

De même, cette étude ne permet pas de confirmer le constat, fait à l'époque de l'évaluation, selon lequel « 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 »⁶⁵. Relevons cependant que, parmi les 24 cas où il a été possible d'établir que la maxime inquisitoire avait été appliquée, aucun ne portait sur une discrimination à l'embauche ou un harcèlement sexuel.

4.24 Allègement du fardeau de la preuve (Q 46-48)

108 décisions donnent des indications relatives au fardeau de la preuve.

Dans 50 cas (**46.2%**), la partie demanderesse, qui doit prouver les faits dont elle se prévaut (art. 8 CC), n'a **pas bénéficié de l'allègement du fardeau de la preuve prévu par l'article 6 LEg**.

⁶⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.289/2006 du 5 février 2007, consid. 3.1, qui renvoie notamment à l'ATF 126 III 395, consid. 7b/bb.

⁶¹ Rapport CF évaluation LEg, 3077. Voir aussi FREIVOGEL, p. 1349.

⁶² Rapport CF évaluation LEg, 3075.

⁶³ Pour plus d'explications sur la maxime inquisitoire pure ou sociale (atténuée) en procédure civile, voir DIETSCHY, p. 137-150.

⁶⁴ Voir aussi KÄLIN/LOCHER, Rapport de synthèse, p. 63.

⁶⁵ Rapport CF évaluation LEg, 3075.

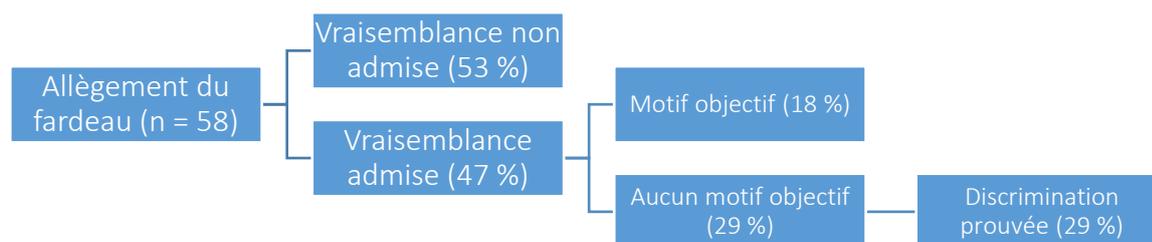
L'absence d'allègement s'explique, dans la plupart des cas (37), par le fait que les plaintes portaient sur des actes de harcèlement sexuel ou des refus d'embauche discriminatoires, qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6 LEg.

Dans 13 cas, toutefois, l'allègement du fardeau n'a pas été appliqué alors qu'il aurait dû l'être. 5 cas avaient pour objet une discrimination salariale, couverte par l'article 6 LEg. **Dans 8 cas, l'absence d'allègement est due au fait que le licenciement discriminatoire a été examiné sous l'angle du Code des obligations** uniquement et non de la LEg, pourtant applicable d'office comme *lex specialis* (infra 4.36)

Dans 58 décisions (sur 108, soit **53.8%**), **le fardeau de la preuve a été allégé.**

Dans la majorité des cas (31 sur 58, soit 53.4 %), **la vraisemblance n'a pas été admise** et la demande a été rejetée. Dans moins de la moitié des cas (27 sur 58, soit 46.6%), la première étape de la vraisemblance a été franchie avec pour résultat un renversement du fardeau de la preuve, à charge de la partie employeuse. Dans 10 cas, celle-ci est parvenue à apporter la preuve d'un motif objectif justifiant la différence de traitement. La discrimination n'a donc pas été prouvée. Dans 17 cas (sur 58, soit **29.3%**), aucun motif objectif n'a été retenu et **la discrimination a été prouvée**. La preuve d'une discrimination fondée sur le sexe reste ainsi difficile même dans les cas où l'allègement prévu à l'article 6 LEg est appliqué.

Tableau n° 11 Allègement du fardeau de la preuve (art. 6 LEg)



A l'instar de ce qui avait été souligné lors de l'évaluation de la loi sur l'égalité⁶⁶, nous constatons que la plupart des jugements ne distinguent pas clairement les deux étapes du raisonnement relatif à l'allègement du fardeau de la preuve, à savoir l'étape de la « vraisemblance » (indices à apporter par la partie employée) et celle du « motif objectif justificatif » (preuve complète à charge de la partie employeuse)⁶⁷. La formation du jugement en deux phases permet pourtant de garantir l'application des différents degrés de preuve exigibles⁶⁸.

4.25 Actions en prévention, cessation et constatation (Q 49 et 50)

Les actions en prévention, cessation et constatation de l'atteinte prévues à l'article 5 alinéa 1, let. a-c LEg, sont peu fréquentes.

Sur les 190 décisions analysées, seul 1 cas portait sur une action en prévention (interdiction d'un licenciement). 3 cas avaient pour objet une action en cessation fondée sur la LEg (art. 5 al. 1 let. b), dont 2 ont permis d'obtenir la réintégration⁶⁸ de la personne licenciée. 11 cas mentionnaient une action en

⁶⁶ Rapport CF évaluation LEg, 3075-3076.

⁶⁷ Un constat similaire est fait dans les Etats membres de l'Union européenne: GOLDENMAN, p. 24-25.

⁶⁸ Voir WYLER, N 12 *ad* art. 6 LEg.

constatation, dont 5 émanaient d'organisations, non habilitées à agir en paiement d'une indemnité (art. 7 LEg).

4.26 Action en paiement du salaire dû (Q 51-56)

Sur 190 décisions analysées, 67 avaient trait à une plainte pour discrimination salariale. 8 d'entre elles étaient rendues suite à des actions d'organisations en constatation de la discrimination (art. 7 LEg).

59 avaient pour objet une action en paiement du salaire dû (art. 5 al. 1. let. d LEg) intentée par une (53 cas) ou plusieurs (6 cas) personnes. Dans 45 cas, la somme demandée était indiquée dans le jugement et varie entre CHF 4'000.- et CHF 409'000.- (pour une personne).

Sur 59 décisions, 45 (soit 76.3%) étaient défavorables à la partie employée. 14 (soit 23.7%) étaient favorables à la partie employée qui, sous réserve d'une exception⁶⁹, obtenait un montant se situant entre CHF 7'046.- et CHF 35'898.-, avec intérêts.

4.27 Indemnité pour discrimination à l'embauche (Q 57-62)

En cas de refus d'embauche discriminatoire, la loi sur l'égalité prévoit une indemnité spéciale (art. 5 al. 2 et 13 al. 2 LEg), qui ne peut excéder un montant correspondant à trois mois de salaire (art. 5 al. 4 LEg).

Au total, seules 11 décisions (dont 3 relatives à une même affaire) avaient pour objet une plainte individuelle pour discrimination à l'embauche. Dans 7 décisions, le montant de l'indemnité demandée était connu. Il s'élevait, en moyenne, à CHF 42'270.-

Dans 6 cas (sur 11), la partie employée avait été déboutée de ses prétentions relatives à une discrimination à l'embauche.

Dans 3 cas, la partie demanderesse s'est vu allouer une indemnité, dont le montant moyen s'élève à CHF 7'762.- Les 2 autres cas avaient été conciliés.

4.28 Indemnité pour licenciement discriminatoire (Q 63-69)

La loi sur l'égalité prévoit une indemnité (punitif et réparatrice) pour licenciement discriminatoire (art. 5 al. 2 LEg) qui, à l'instar de celle prévue par le Code des obligations en cas de licenciement abusif (art. 336a CO), doit être fixée compte tenu de toutes les circonstances et est plafonnée à six mois de salaire (art. 5 al. 4 LEg).

Une indemnité a été demandée dans 59 décisions (sur les 67 relatives à un licenciement discriminatoire, voir supra 4.20). L'action était toujours intentée par une seule personne. Dans 39 cas, le montant **demandé** était indiqué. Il correspondait, en moyenne, à **5.7 mois de salaire** (à savoir presque le maximum prévu par la loi).

Dans 33 cas (sur 59), aucune indemnité pour licenciement discriminatoire n'a été octroyée. Dans 26 cas, une indemnité a été **allouée**. Elle s'élevait, en moyenne, à CHF 12'868.- et correspondait à **3.1 mois de salaire**.

40 cas précisent la ou les dispositions légales sur la base desquelles la prétention au versement d'une indemnité pour licenciement a été analysée par le tribunal.

⁶⁹ Voir www.gleichstellungsgesetz.ch, BS/Fall 49 (Diskriminierende Nichtzahlung einer Abgangsentschädigung für eine Personalfachfrau).

Tableau n° 12 : Sur quelles bases légales se fonde le tribunal lorsqu'il examine la demande d'indemnité relative à un licenciement discriminatoire ?

Nombre de cas (n = 40)	Bases légales
23	Art. 5 al. 2 LEg (licenciement discriminatoire)
15	Art. 336a CO (licenciement abusif)
2	Art. 337c al. 3 CO (licenciement immédiat injustifié)

Dans 15 cas (dont 11 proviennent du canton de Genève), l'indemnité relative à un licenciement discriminatoire a été analysée sous l'angle du Code des obligations et non sous l'angle de la loi sur l'égalité, qui aurait pourtant dû être appliquée comme loi spéciale. Dans 4 cas, l'analyse sur la seule base du Code des obligations a eu pour conséquence la non-application de l'allègement du fardeau de la preuve prévu à l'article 6 LEg (voir supra 4.15)⁷⁰.

4.29 Indemnité pour harcèlement sexuel (Q 70-73)

La loi sur l'égalité prévoit une indemnité pour harcèlement sexuel (art. 5 al. 3 LEg) d'au maximum six mois de « salaire moyen suisse ». En pratique, toutefois, les tribunaux prennent comme base de calcul le « salaire médian suisse », moins élevé que le salaire moyen. En 2014, le salaire médian suisse s'élevait à CHF 6'427.-⁷¹ (soit CHF 38'562.- pour six mois), alors que le salaire moyen suisse était de CHF 7'308.-⁷² (soit CHF 43'848.- pour six mois).

Une indemnité pour harcèlement sexuel (art. 5 al. 3 LEg) a été demandée dans 30 décisions (sur les 35 recensées sur ce thème). Dans 3 cas, la partie demanderesse faisait valoir uniquement son droit à la réparation du tort moral (art. 49 CO), sans évoquer une indemnité pour harcèlement sexuel (art. 5 al. 3 LEg).

La somme demandée sur la base de l'article 5 alinéa 3 LEg était indiquée dans 24 décisions. Les **prétentions** fondées sur cette disposition se sont élevées, en moyenne, à CHF 25'535.- (soit **entre 4 et 5 mois de salaire médian suisse**). La plupart du temps, le montant requis paraît avoir été déterminé en fonction du salaire effectif de la demanderesse et non sur la base du salaire moyen ou médian suisse.

Dans 23 cas (sur 30, soit **76.6%**), aucune indemnité n'a été allouée sur la base de l'art. 5 al. 3 LEg.

Dans 7 cas (**23.4%**), le tribunal a **alloué** une indemnité qui s'élevait, en moyenne, à CHF 13'464.- (soit **un peu plus de 2 mois du salaire médian suisse**).

⁷⁰ Un constat similaire avait été fait lors de l'évaluation de la loi sur l'égalité, cf. Rapport CF évaluation LEg, 3077. Voir aussi RAMSEYER/MÜLLER, p. 1338-1339; FREIVOGEL, p. 1350.

⁷¹ [Office fédéral de la statistique](#) > [Trouver des statistiques](#) > [Travail et rémunération](#) > [Salaires, revenu professionnel et coût du travail](#) > Niveau des salaires – Suisse.

⁷² Selon les informations données par l'Office fédéral de la statistique, section Salaire et conditions de travail, le 27 avril 2017.

4.30 Dommages-intérêt et tort moral (Q 74-81)

La loi sur l'égalité réserve les « droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral » (art. 5 al. 5 LEg).

Des prétentions en dommages-intérêts ont été formulées dans 14 décisions. Parmi ces décisions, seules 3 (dont 2 relatives à la même procédure) allouent des dommages-intérêts (environ CHF 5'000.- pour chacune des deux affaires).

La réparation d'un tort moral (art. 49 CO) lié à une discrimination est demandée dans 29 cas.

Seul 1 jugement alloue une indemnité pour tort moral. Dans cette affaire, le tribunal n'a pas retenu l'existence du harcèlement sexuel allégué mais a jugé qu'il y avait eu un harcèlement psychologique justifiant l'octroi d'une indemnité pour tort moral à hauteur de CHF 9'000.-

4.31 Cumul d'indemnités (Q 82)

Les tribunaux font rarement usage de la possibilité de cumuler les diverses indemnités prévues par la LEg. Une telle pratique restrictive est sans doute due, en partie, à l'issue – souvent défavorable à la partie demanderesse – des actions fondées sur cette loi (voir infra 4.35).

Sur les 190 décisions, seules 3 procèdent à des cumuls.

2 décisions (rendues dans le cadre de la même affaire) octroient à la partie employée le paiement du salaire dû (art. 5 al. 1 let. d LEg) ainsi que des dommages-intérêts (art. 5 al. 5 LEg).

Dans un autre cas, la partie demanderesse a obtenu le paiement du salaire dû (art. 5 al. 1 let. d LEg) et une indemnité pour licenciement discriminatoire (allouée sur la base de l'art. 336a CO).

Dans 1 cas, l'indemnité pour licenciement discriminatoire (art. 5 al. 2 LEg) a été demandée en sus de celle pour harcèlement sexuel (art. 5 al. 3 LEg). Le Tribunal n'a toutefois alloué que l'indemnité pour harcèlement sexuel. En effet, le licenciement signifié durant la grossesse était nul au sens de l'article 336c al. 2 CO et ne pouvait donc pas donner droit à une indemnité pour licenciement discriminatoire.

Enfin, dans 1 cas de harcèlement sexuel (avéré), un tribunal a refusé d'octroyer une indemnité pour tort moral (art. 49 CO) en plus de l'indemnité pour harcèlement sexuel (art. 5 al. 3 LEg), au motif que l'atteinte à la personnalité n'était pas suffisamment grave.

Illustration n° 3 – Tribunal du travail de Zurich, 23 février 2009, ZH AN07841 : Mme T., employée dans un Bar-Gelateria, est harcelée sexuellement durant des semaines par deux collègues de travail. L'employeur n'ayant pris aucune mesure pour prévenir le harcèlement sexuel et y mettre fin, le Tribunal le condamne au versement d'une indemnité d'environ 2.5 mois de salaire moyen suisse (art. 5 al. 3 LEg). En revanche, le Tribunal considère que l'atteinte à la personnalité de T. n'est pas suffisamment grave pour justifier l'octroi d'une indemnité pour tort moral en sus de l'indemnité pour harcèlement sexuel. En effet, il s'agissait avant tout d'un harcèlement verbal. T. n'avait été harcelée physiquement « que » par des attouchements sur la poitrine et le derrière. En outre, le médecin-traitant de T. avait uniquement constaté que ces agressions avaient causé une atteinte à la santé sans donner des indications quant à l'intensité de l'atteinte.⁷³

4.32 Rapport avec d'autres prétentions de droit du travail (Q 13)

Souvent (75 cas), la partie qui se plaint d'une discrimination au sens de la LEg fait valoir des prétentions uniquement fondées sur cette loi.

⁷³ Résumé sur www.gleichstellungsgesetz.ch, Fall ZH/200 (Sexuelle Belästigung einer Angestellten in Gelateria).

Toutefois, il est aussi fréquent (79 cas) que la plainte pour discrimination s'accompagne d'autres prétentions de droit du travail (généralement liées à la résiliation des rapports de travail), ce qui a des conséquences sur les frais de justice (voir infra 4.33).

4.33 Frais de justice et dépens (Q 83-85)

Dans les litiges fondés sur la LEg, le principe de la gratuité de la procédure au niveau cantonal a pour conséquence qu'il n'est perçu de frais judiciaires (art. 95 al. 2 CPC) ni dans la procédure de conciliation (art. 113 al. 2 let. a CPC), ni dans la procédure au fond (art. 114 let. a CPC, art. 13 al. 5 LEg).

176 décisions évoquent la question des **frais judiciaires** (art. 95 al. 2 CPC). Dans la grande majorité des cas (148 sur 176, soit 84%), les parties ont été dispensées du paiement de ces frais.

Dans 28 cas (16%), toutefois, les frais ont été mis à charge d'une partie. La perception de frais judiciaires s'explique généralement par le fait que l'action n'avait pas uniquement pour objet des prétentions fondées sur la LEg (voir supra 4.32).

Par ailleurs, le principe de la gratuité de la procédure n'empêche pas que la partie qui succombe au procès puisse être condamnée au versement de **dépens** (art. 95 al. 3 CPC).

La présente étude a identifié 42 décisions allouant des dépens à la partie qui avait gagné le procès.

Dans 23 cas (sur 42, soit 56%), les dépens avaient été mis à charge de la partie salariée (déboutée de ses prétentions). Le montant des dépens à verser par cette dernière variait entre CHF 1'200.- et 19'392.-, sous réserve d'un cas particulier où les dépens à payer par la salariée s'élevaient à CHF 43'545.-⁷⁴. Ainsi, malgré le principe de gratuité, le fait d'intenter une procédure sur la base de la loi sur l'égalité devant les tribunaux cantonaux comporte un **risque financier** relativement important pour la partie employée.

Dans 6 cas (sur 42, soit 14%), les dépens ont été mis à charge de la partie employeuse. Dans 13 cas (sur 42, soit 31%), où aucune des parties n'avait obtenu entièrement gain de cause, les dépens ont été répartis entre elles (par exemple, 2/3 à charge d'une partie et 1/3 à charge de l'autre).

Relevons toutefois que, **dans la majorité des cas (124) analysés, aucuns dépens n'ont été alloués**. Ceci s'explique par le fait que certains cantons, comme Genève⁷⁵, excluent le paiement de dépens dans les procédures de droit du travail.

La question de savoir dans quelle mesure cette pratique devrait être généralisée à tous les cantons va vraisemblablement être examinée dans le cadre des travaux relatifs à la révision du CPC⁷⁶.

4.34 Issue de la procédure en cas de conciliation (Q 88-89)

Sur les 30 procès-verbaux de conciliation analysés, 22 indiquent que le cas a été concilié.

Dans 8 cas, la tentative de conciliation n'avait pas abouti. Dans 1 cas, la partie demanderesse avait retiré sa demande en cours de procédure. Dans 5 cas, une autorisation de procéder avait été délivrée (art. 209 CPC). Enfin, 2 décisions sont des propositions de jugement (art. 210 let. a CPC).

⁷⁴ Résumé sur www.gleichstellungsgesetz.ch, Fall BS/35 (Diskriminierende Kündigung einer Ärztin Pharmaindustrie).

⁷⁵ Voir par ex. la loi du 11 octobre 2012 d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (LaCC/GE, RS/GE E 1 05), art. 22 al. 2: « Il n'est pas alloué de dépens ni d'indemnité pour la représentation en justice dans les causes soumises à la juridiction des prud'hommes ».

⁷⁶ Rapport CF discrimination, chiffre 4.3.3., qui se réfère à la motion 14.4008 CAJ-CE.

4.35 Issue de la procédure en cas de jugement (Q 86-87)

L'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité avait montré que, « dans la majorité des cas, les travailleuses concernées n'ont pas obtenu gain de cause »⁷⁷. La présente étude ne constate aucune amélioration.

Au contraire, la décision a été entièrement ou majoritairement défavorable à la partie employée dans 103 décisions (sur 165⁷⁸ rendues en application de la LEg, soit 62.5%⁷⁹ ; contre 58% en 2004). L'issue a été totalement ou plutôt favorable à la partie employée dans 62 cas (soit 37.5% ; contre 42% en 2004).

Tableau n°13 : Issue de la procédure selon le type de discrimination

Type de discrimination	Nombre de décisions	Issue (entièrement ou majoritairement) défavorable pour la partie employée
Promotion	4	4 (100%)
Congé de rétorsion	12	11 (91.6%)
Harcèlement sexuel ⁸⁰	35	29 (82.8%)
Salaires ⁸¹	67	46 (68.6%)
Attribution des tâches	3	2 (66.6%)
Licenciement discriminatoire	58	33 (56.8%)
Embauche	11	6 (54.5%)

Une comparaison par type de discrimination montre que l'issue des procès pour harcèlement sexuel est très souvent défavorable à la partie salariée. Cela peut s'expliquer par le fait que cette discrimination n'entre pas dans le champ d'application de l'allègement du fardeau de la preuve prévu à l'article 6 LEg.

Toutefois, les personnes qui intentent une action pour discrimination salariale, pourtant soumise à une preuve facilitée, courent aussi un risque important d'être déboutées de leurs prétentions.

Les actions pour licenciement discriminatoire paraissent être plus fréquemment couronnées de succès.

A cet égard, il est intéressant de relever que, dans les cas portant sur la résiliation des rapports de travail, les tribunaux rendent souvent leur décision sur la seule base du Code des obligations (supra 4.24). Le recours au seul Code des obligations peut certes avoir pour conséquence la non-application de l'allègement du fardeau de la preuve (supra 4.24) et devrait dès lors entraîner une issue moins favorable pour la partie salariée. Toutefois, il se peut que les tribunaux soient moins réticents à allouer une

⁷⁷ Rapport CF évaluation LEg, 3071: 44% totalement défavorables, 14% plutôt défavorables; 16% totalement favorables et 26% plutôt favorables.

⁷⁸ Si on ajoute à ces 165 décisions, 3 décisions de non-entrée en matière, 13 décisions où la LEg n'a pas été appliquée (voir infra 4.36) et 9 décisions ayant pour objet la plainte d'un ou une auteur-e de harcèlement sexuel, on obtient le total des 190 décisions analysées.

⁷⁹ A titre de comparaison avec un autre domaine du droit du travail, relevons qu'une étude relative à la mise en œuvre des clauses de prohibition de concurrence, au sens de l'art. 340 ss CO, met en évidence un taux d'échec similaire (64%) pour les actions intentées par la partie employeuse sur la base de l'art. 340b CO. Voir BAUMBERGER, p. 26.

⁸⁰ Ce chiffre n'inclut pas les 9 cas où l'auteur-e présumé-e d'un harcèlement agit pour contester une sanction prise à son égard.

⁸¹ Y compris les actions des organisations (art. 7 LEg).

indemnité lorsque celle-ci est fondée sur les dispositions générales relatives au contrat de travail⁸² (en l'occurrence l'art. 336a CO), bien connues des juges prud'hommes.

4.36 Application d'office de la LEg (Q 45)

Parmi les 190 décisions qui nous ont été transmises dans le cadre de cette recherche, 13 portaient sur des cas où la partie demanderesse n'avait pas invoqué la LEg – alors qu'elle aurait été fondée à le faire – et où le tribunal n'a pas appliqué cette loi – alors qu'il doit appliquer le droit d'office (art. 57 CPC).

Dans quatre cas, en particulier, la partie demanderesse se plaignait d'un congé représailles (art. 336 let. d CO), qui ne peut donner droit qu'à une indemnité monétaire (art. 336a CO), alors qu'elle aurait pu invoquer un congé de rétorsion (art. 10 LEg) et en demander l'annulation⁸³.

⁸² Dans ce sens, voir AUBRY GIRARDIN, p. 100.

⁸³ Un constat similaire avait été fait lors de l'évaluation de la loi sur l'égalité, voir RAMSEYER/MÜLLER, p. 1338-1339; FREIVOGEL, p. 1350.

5. Conclusion

La présente étude visait à examiner si les problèmes identifiés lors de l'évaluation de la LEg en 2005 subsistent de nos jours ou si des améliorations peuvent être constatées. En outre, il s'agissait de mettre en évidence d'éventuelles nouvelles difficultés relatives à l'application de cette loi.

Le principal changement à signaler concerne les **types de discrimination les plus fréquemment invoqués** devant les tribunaux. En 2005, pour l'ensemble de la Suisse, les procès pour discrimination salariale étaient les plus fréquents, suivis de ceux pour harcèlement sexuel puis de ceux pour licenciement discriminatoire. En 2016, le licenciement discriminatoire figure, avec la discrimination salariale, en tête du classement (cf. 4.20).

La présente étude recense 41 décisions relatives à une **discrimination fondée sur la grossesse ou la maternité**, dont 33 (80.4%) portent sur un **licenciement**. La discrimination fondée sur la maternité a lieu, le plus souvent, peu après le **retour du congé de maternité** (après la période de protection contre le congé prévue à l'art. 336c let. c CO) (cf. 4.16-4.17).

Le licenciement discriminatoire (art. 5 al. 2 LEg) ou le congé de rétorsion (art. 10 LEg) est souvent analysé uniquement sous l'angle du Code des obligations (art. 336 let. a ou d CO). La non-application de la loi sur l'égalité a parfois pour conséquence l'absence de preuve facilitée (art. 6 LEg) et des prétentions exclusivement monétaires (alors que l'annulation du congé pourrait être demandée sur la base de l'art. 10 LEg) (cf. 4.28 et 4.36). Déjà constatée il y a dix ans⁸⁴, cette **tendance des tribunaux à se fonder, de préférence, uniquement sur les dispositions générales de droit du travail** paraît donc persister⁸⁵.

La **protection contre les congés** de rétorsion prévue à l'article 10 LEg s'avère **peu efficace** en pratique⁸⁶. En effet, les rares actions intentées sur la base de cette disposition ont toutes échoué, sous réserve d'une exception (cf. 4.21). En 2005, l'évaluation de la loi sur l'égalité montrait qu'entre la moitié et les deux tiers des rapports de travail avaient été résiliés au moment du jugement⁸⁷. Selon notre étude, au moment du jugement, les rapports de travail ont été résiliés dans 84% des cas. De nos jours encore, **le fait d'intenter une action sur la base de la loi sur l'égalité implique, très souvent, la perte de l'emploi** (cf. 4.7). Les procédures cantonales fondées sur cette loi peuvent s'étendre sur plusieurs années (cf. 4.6).

Il demeure très rare que les organisations fassent usage de la possibilité, prévue par l'art. 7 LEg, d'agir en constatation à la place des individus concernés par une discrimination. Sur 190 décisions analysées, nous n'avons pu recenser que 8 actions intentées par une organisation, dont 3 où l'organisation exerçait son droit parallèlement aux personnes concernées (cf. 4.12). **Tel qu'actuellement prévu à l'article 7 LEg, le droit d'action des organisations ne dispense pas les individus de devoir eux-mêmes porter leur cas en justice**⁸⁸.

Comme il y a dix ans, les **personnes qui intentent un procès pour discrimination en raison du sexe n'obtiennent pas gain de cause dans une majorité des cas**. Notre analyse montre que 62.5% des décisions appliquant la LEg sont entièrement ou majoritairement défavorables à la partie salariée demanderesse (cf. 4.35). En pareille hypothèse, **il n'est pas rare que la partie salariée soit condamnée au versement de dépens pouvant s'élever à plusieurs milliers de francs** (cf. 4.33).

⁸⁴ Rapport CF évaluation LEg, 3077. Voir aussi RAMSEYER/MÜLLER, p. 1338-1339; FREIVOGEL, p. 1350.

⁸⁵ Dans ce sens voir AUBRY GIRARDIN, p. 100.

⁸⁶ HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2, p. 42.

⁸⁷ Rapport CF évaluation LEg, 3070.

⁸⁸ A ce sujet, voir Rapport CF exercice collectif, p. 25-28.

Le **taux d'échec est particulièrement élevé (82.8%)** lorsque la discrimination invoquée est un harcèlement sexuel (4.35). Dans ce domaine, les tribunaux paraissent souvent ne pas avoir compris que l'intention « d'obtenir des faveurs sexuelles » n'est pas nécessaire pour retenir l'existence d'un environnement de travail hostile (et donc d'un harcèlement sexuel au sens de l'article 4 LEg). En outre, il est rare que le jugement analyse dans quelle mesure la partie employeuse a rempli son obligation de prévenir, en amont, le harcèlement et de mettre fin à un cas concret (cf. 4.22). L'indemnité spéciale fondée sur l'article 5 al. 3 LEg est rarement allouée (cf. 4.29). Sur ce point aussi, nous ne pouvons constater aucune amélioration depuis l'évaluation réalisée en 2005. Le Conseil fédéral ayant refusé d'étendre l'allègement du fardeau de la preuve (art. 6 LEg) au **harcèlement sexuel**⁸⁹, la **preuve de cette discrimination demeure très difficile à apporter** (cf. 4.22).

Même lorsque le fardeau de la preuve est allégé, la partie qui se prévaut d'une discrimination ne parvient pas, dans plus de la moitié des cas, à franchir la première étape de la vraisemblance (cf. 4.24). Les indices d'une discrimination salariale sont difficiles à réunir, eu égard au peu de transparence dans ce domaine⁹⁰.

Aujourd'hui encore, **la plupart des jugements ne distingue pas clairement les deux étapes du raisonnement relatif à l'allègement du fardeau de la preuve**, à savoir celle de la « vraisemblance » (indices à apporter par la partie employée) et celle du « motif objectif » (preuve complète à charge de la partie employeuse). Enfin, dans une dizaine de jugements relatifs à des discriminations couvertes par l'allègement consacré à l'article 6 LEg, les tribunaux ont omis d'appliquer cette disposition (cf. 4.24).

Dans une nette majorité des cas, les plaintes ont pour objet une discrimination *directement* fondée sur le sexe. Notre analyse n'a recensé que **peu de cas de discriminations indirectes**, dont la plupart en lien avec la rémunération (cf. 4.18). Ce résultat peut être mis en relation avec celui d'une récente étude du CSDH relevant que la notion de discrimination indirecte est insuffisamment connue des parties au procès⁹¹.

Depuis quelques années, la doctrine suisse commence à s'intéresser à la discrimination multiple⁹² (fondée, par exemple, à la fois sur le sexe et sur un handicap). Notre étude n'a cependant permis d'identifier **aucun cas où une discrimination multiple a été invoquée ou retenue d'office par un tribunal** (cf. 4.15). Un tel résultat s'explique par le fait que le phénomène demeure encore peu connu dans le milieu juridique. En outre, la LEg ne contient aucune disposition exigeant des tribunaux qu'ils prennent en considération, par exemple au niveau des sanctions, le caractère multiple d'une discrimination.

Notre étude n'a recensé **aucun cas relatif à une discrimination fondée sur l'identité de genre ou l'orientation sexuelle** (4.16). Le manque de sensibilisation du milieu juridique à ces questions ainsi que les incertitudes relatives à l'applicabilité de la LEg à ces situations⁹³ expliquent sans doute, en partie, cette absence de procédures.

⁸⁹ Rapport CF évaluation LEg, 3094; voir aussi Rapport CF discrimination, chiffre 8.2.6.

⁹⁰ Dans ce sens, voir aussi HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2, p. 43.

⁹¹ HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2, p. 42.

⁹² Voir notamment la thèse de KLEBER.

⁹³ GROHSMANN, Teilstudie 3, p. 47-49.

6. Recommandations

Sur la base des conclusions présentées au chiffre précédent, nous formulons des recommandations qui ont pour objectif d'améliorer l'accès à la justice des personnes discriminées sur la base du sexe dans la vie professionnelle.

A. Autorités législatives

1. Améliorer la transparence salariale : dans le cadre de la révision en cours de la loi sur l'égalité, obliger les entités qui emploient au moins 50 personnes à procéder régulièrement à une analyse de leur pratique salariale et à en faire contrôler la bonne exécution par un organe de contrôle externe, comme proposé par le Conseil fédéral⁹⁴.

2. Systématiser le contrôle de la mise en œuvre de la LEg: instaurer un dispositif similaire à celui prévu par la loi sur le travail dans le domaine de la santé et de la sécurité au travail (art. 40 ss LTr). Désigner des autorités cantonales chargées de veiller, sous la haute surveillance de la Confédération, à la bonne exécution de la loi.

3. Renforcer le droit d'action des organisations: dans le cadre des travaux visant à améliorer l'exercice collectif des droits en Suisse⁹⁵, examiner les moyens de rendre plus efficace le droit d'action des organisations lors de procès fondés sur la loi sur l'égalité (art. 7 LEg).

4. Exempter la partie qui succombe au procès de l'obligation de verser des dépens : examiner la possibilité de renoncer au versement de dépens dans toutes les procédures civiles cantonales de droit du travail, à l'instar de ce que prévoit le canton de Genève⁹⁶.

5. Alléger le fardeau de la preuve en cas de harcèlement sexuel et de discrimination à l'embauche: réexaminer l'opportunité d'étendre l'allègement du fardeau de la preuve (art. 6 LEg) à tous les cas de discriminations fondés sur le sexe, comme le prévoit le droit de l'Union européenne⁹⁷.

B. Milieu judiciaire

6. Améliorer la formation continue des juges, des membres d'autorité de conciliation et du barreau : Intégrer dans les programmes de formation continue des cours sur la LEg abordant en particulier les aspects suivants :

- les notions de discrimination indirecte et de discrimination multiple ;
- le mécanisme de l'allègement du fardeau de la preuve ;
- la preuve de la discrimination salariale ;
- le rapport entre les indemnités prévues par le Code des obligations et la LEg ;
- la possibilité de cumuler certaines indemnités ;
- l'action en annulation du congé de rétorsion prévue par l'article 10 LEg ;

⁹⁴ Voir un communiqué de presse publié par le Conseil fédéral le 26 octobre 2016: « Une avancée vers l'égalité salariale: le Conseil fédéral veut un message d'ici à l'été 2017 ».

⁹⁵ Rapport CF exercice collectif; motion 14.4008 CAJ-CE « Adaptation du code de procédure civile ».

⁹⁶ Art. 22 al. 2 LaCC.

⁹⁷ Directive 2006/54 du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JO n° L 204 du 26.07. 2006, p. 23, (art. 19).

- la définition du harcèlement sexuel et les deux aspects de la preuve libératoire à apporter par la partie employeuse dans le cadre d'un procès pour harcèlement sexuel

7. Systématiser la collecte des données : poursuivre et renforcer la collaboration entre les greffes des tribunaux et les bureaux de l'égalité afin d'améliorer l'accès aux décisions rendues sur la base de la loi sur l'égalité.

C. Bureaux de l'égalité

8 Systématiser la collecte des données : poursuivre et renforcer la collaboration entre les greffes des tribunaux et les bureaux de l'égalité afin d'améliorer l'accès aux décisions rendues sur la base de la loi sur l'égalité. Continuer à soutenir les projets www.gleichstellungsgesetz.ch et www.leg.ch dans le cadre des aides financières accordées par le Bureau fédéral de l'égalité sur la base de l'article 14 LEg.

9. Améliorer l'état des connaissances relatives aux discriminations fondées sur la maternité: réaliser une étude sur la fréquence et les formes des discriminations fondées sur la grossesse ou la maternité afin de mieux comprendre la réalité de ce phénomène en Suisse et son impact sur la vie professionnelle des femmes.

10. Sensibiliser aux droits prévus par la LEg : continuer à informer tous les milieux concernés (individus, entreprises, administrations, partenaires sociaux, milieu juridique, etc.) sur les discriminations en raison du sexe dans les relations de travail, les droits prévus par la LEg et les possibilités d'action en justice.

D. Universités

11. Intégrer l'enseignement de la LEg dans la formation de base: veiller à que la LEg fasse partie de la matière abordée dans le cadre du Baccalauréat universitaire en droit et ne soit pas seulement traitée à l'occasion de cours facultatifs, destinés à un public restreint.

7. Bibliographie

7.1 Doctrine

AUBRY-GIRARDIN FLORENCE, « Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg », in Dunand/Lempen/Mahon, *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail*, CERT, Schulthess, Zurich 2016, p. 95-117.

BAUMBERGER MICHAEL, *Durchsetzbarkeit eines nachvertraglichen Konkurrenzverbotes nach OR 340 ff. in der Praxis* (mémoire de Maîtrise, sous la dir. du Prof. Roland Müller), Berne 2011.

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

FREIVOGEL ELISABETH, « Inhaltsanalytische Auswertung der Gerichtsfälle in den Kantonen Graubünden, Schwyz, Waadt und Zürich (Baustein 6) », in Stutz/Schär Moser/Freivogel, *Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, Rapport de synthèse*, BASS, Bâle/Binningen février 2005 (cité: FREIVOGEL, Baustein 6).

FREIVOGEL ELISABETH, *Lücken und Tücken in der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes*, in AJP/PJA 11/2006 p. 1343-1350.

FUCHS GESINE, *Strategic Litigation for Gender Equality in the Workplace and Legal Opportunity Structures in Four European Countries*, in *Revue Canadienne Droit et Société*, Vol. 28, 2013, p. 189-208.

GOLDENMAN GRETA, *Comparative Study on access to justice in gender equality and anti-discrimination law*, Rapport de synthèse, Milieu Ltd., février 2011.

GROHSMANN IRENE, *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 3: LGBTI – Juristische Analyse*, CSDH, Berne juillet 2015 (cité: GROHSMANN, Teilstudie 3).

HAUSAMMANN CHRISTINA, DE PIETRO JOSEFIN, *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 2: Geschlecht – Juristische Analyse*, CSDH, Berne juillet 2015 (cité: HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2).

KÄLIN WALTER, LOCHER RETO, *Accès à la justice en cas de discrimination, Rapport de synthèse*, CSDH, Berne juillet 2015 (cité: KÄLIN/LOCHER, Rapport de synthèse).

KLEBER ELEONOR, *La discrimination multiple, Etude de droit international, suisse et européen*, thèse, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2015.

LEMPEN KARINE, Art. 4 LEg, in Aubert/Lempen, *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genève, Slatkine 2011.

LOCHER RETO, *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 8: Analyse der Rechtsprechung*, CSDH, Berne juillet 2015 (cité: LOCHER, Teilstudie 8).

MATTHEY FANNY, STEFFANINI FEDERICA, *L'accès à la justice en cas de discrimination, Partie 6: Racisme – Analyse juridique*, CSDH, Neuchâtel juillet 2015 (cité: MATTHEY/STEFFANINI, Partie 6).

STUTZ HEIDI, « Befragung der zuständigen Gerichte und statistische Grobauswertung der Gerichtsurteile (Baustein 2) », in Stutz/Schär Moser/Freivogel, *Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, Rapport de synthèse*, BASS, Berne janvier 2005 (cité: STUTZ, Baustein 2).

STUTZ HEIDI, SCHÄR MOSER MARIANNE, FREIVOGEL ELISABETH, *Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, Rapport de synthèse*, BASS, Berne/Binningen avril 2005 (cité: STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL, Rapport de synthèse).

RAMSEYER JEANNE, MÜLLER CORINA, *Une loi éprouvée mais encore méconnue, Condensé de l'évaluation relative à la loi sur l'égalité*, in AJP/PJA 11/2006 p. 1337-1342.

RIEMER-KAFKA GABRIELA, ÜBERSCHLAG JAKOB, Art. 10 GIG, in Kaufmann/Steiger-Sackmann, *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2^e édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2009.

WYLER RÉMY, Art. 6 LEg, in Aubert/Lempen, *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genève, Slatkine 2011.

7.2 Rapports du Conseil fédéral

Rapport du Conseil fédéral 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, 15 février 2006, FF 2006 3061 (cité: Rapport CF évaluation LEg).

Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Naef 12.343 du 14 juin 2012, « Le droit à la protection contre la discrimination », 25 mai 2016 (cité: Rapport CF discrimination).

Rapport du Conseil fédéral, « Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives », 3 juillet 2013 (cité: Rapport CF exercice collectif).

8. Annexe – Grille d’analyse

Référence du jugement analysé

1 - INFORMATIONS GÉNÉRALES

1. Nom de l’autorité

2. Canton

3. Numéro de procédure

4. Date du jugement

5. Composition du tribunal :

Femme-s (+ nombre)

Homme-s (+ nombre)

6. Les juges sont-ils des juges professionnels ?

Oui

Non

7. Langue de la procédure

Allemand

Français

Italien

8. La personne salariée est-elle représentée par un-e avocat-e indépendant-e ou un-e autre mandataire professionnel-le ? (agent-e d’affaires breveté-e ou membre d’une association professionnelle)

Oui :

Avocat-e indépendant-e

Mandataire professionnel-le (préciser)

Non

9. Maintien des rapports de travail au moment du dépôt de la demande (y compris la situation pour laquelle le contrat est résilié mais n’a pas pris fin) ?

Oui

Non

10. Maintien des rapports de travail au moment du jugement (y compris la situation pour laquelle le contrat est résilié mais n'a pas pris fin) ?

Oui

Non

11. Résumé du jugement (mots-clés)

12. Dispositions invoquées / appliquées (LEg / CO / LTr / LAPG / CEDAW, etc.)

13. La partie demanderesse couple-t-elle son action LEg avec d'autres prétentions de droit du travail ?

Action LEg uniquement

Action LEg + autres prétentions liées au droit du travail

2 - HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

14. Quelle juridiction rend la décision ?

Autorité de conciliation

Tribunal civil

Tribunal administratif

15. Y a-t-il eu une procédure de conciliation ?

Oui

Non

16. Combien de jugements ont été rendus à l'heure actuelle ?

Date de la litispendance initiale

Pour toutes les instances précédentes se demander :

Nom du tribunal/autorité

Date de la décision

17. Durée de la procédure jusqu'à ce stade

18. Un recours a-t-il été introduit contre ce jugement ?

Oui : nom de l'instance supérieure et numéro de jugement

Non

3 - PARTIES À LA PROCÉDURE

A. Partie demanderesse

19. Est-ce la partie employée ou employeuse qui introduit la demande ?

- Employée
 Employeuse

20. Qui est la partie demanderesse ? (personne(s) physique(s), organisation(s) (art. 7 LEg), autorité(s) ou entreprise(s))

- Personne(s) physique(s)
 Organisation(s) (si oui, préciser le nombre)
 Autorité(s) ou entreprise(s)

B. Informations sur la partie employée

21. Sexe (nombre de femmes et/ou d'hommes)

- Féminin
 Masculin

22. Quel est l'état civil de la partie employée ?

- Célibataire
 Marié
 Partenariat enregistré

23. Quelle est la situation familiale de la partie employée ?

- Avec enfant(s)
 Sans enfant

Commentaire :

24. Indications supplémentaires concernant la partie employée (art. 8 al. 2 Cst.) :

- a. Origine/Nationalité
b. Âge

- Moins de 18 ans (art. 29 LTr)
 18-35 ans
 35-50 ans

Plus de 50 ans

c. Langue parlée est-elle la même que celle de la procédure ?

d. Religion

e. Existence d'un handicap ?

4 - INFORMATIONS RELATIVES À L'EMPLOI EXERCÉ

25. Quel est le métier exercé ?

26. Type de contrat de travail :

Contrat de travail à durée déterminée (préciser la durée)

Contrat de travail à durée indéterminée

27. Type de rapports de travail :

Plein-temps

Temps partiel (préciser le taux)

Apprentissage/stage

Rapports de travail exceptionnels (travailleur temporaire, travail sur demande)

28. Les rapports de travail sont-ils soumis au droit public ou au droit privé ?

Droit public

Droit privé

29. Branche concernée

30. Fonction de cadre au sein de l'entreprise ?

Oui

Non

31. Durée des rapports de travail

Moins de 1 an

De 1 à 5 ans

De 6 à 10 ans

Plus de 10 ans

Pas de rapports de travail (en cas de discrimination à l'embauche)

I. DISCRIMINATION

A. Interdiction de discriminer au sens de l'art. 3 al. 1 LEg

32. La discrimination invoquée ou admise est-elle directe ou indirecte ? (si elle diffère de celle figurant dans le message, énoncer la définition retenue par les tribunaux)

- Discrimination directe
 Discrimination indirecte

33. Le traitement différencié entre-t-il dans la catégorie des mesures positives (art. 3 al. 3 LEg) ?

- Oui (commentaire)
 Non

34. Discrimination :

- À raison du sexe ?
 À raison du sexe et de la situation familiale ?
 À raison du sexe et de l'état civil ?
 À raison d'une grossesse ?
 À raison d'une maternité ?
 Fondée sur l'identité de genre ?
 Fondée sur l'orientation sexuelle ?

35. En cas de discrimination à raison d'une grossesse ou d'une maternité, à quel moment de la relation de travail intervient-elle ?

- Après la conclusion du CIT mais avant l'entrée en fonction
 Pendant le temps d'essai
 Pendant la grossesse
 Pendant le congé maternité
 Après le retour du congé maternité

Commentaire : y a-t-il eu un accord de résiliation ? un congé modification ?

36. Discrimination multiple prise en compte sur le plan juridique ? (âge, nationalité, etc...)

- Oui (commentaire : de quelle manière ?)
 Non

B. Interdiction de discriminer au sens de l'art. 3 al. 2 LEg

37. Type de discrimination ?

- Discrimination à l'embauche
- Discrimination salariale
- Licenciement discriminatoire
- Promotion
- Attribution des tâches
- Aménagement des conditions de travail
- Formation et perfectionnement professionnels
- Congé rétorsion (art. 10 LEg)
- Harcèlement sexuel

C. Congé rétorsion (art. 10 LEg)

38. Que fait valoir la personne salariée ?

- Annulation du congé
- Réengagement provisoire (pendant la durée de la procédure)
- Indemnités dès le début de la procédure
- Indemnités en cours de procédure après renoncement à un réengagement provisoire ou non

39. Pour quelles raisons le tribunal ne retient-il pas le congé-rétorsion ?

- La période de protection est dépassée au moment de la communication du congé
- La personne salariée n'a pas saisi le tribunal avant l'échéance du délai de congé
- Existence d'un motif justifié

D. Harcèlement sexuel (art. 4 LEg)

40. Quelle forme revêt le harcèlement ? (description du comportement)

- Paroles (remarques sexistes ou homophobes, commentaires grossiers ou embarrassants notamment sur l'apparence physique)

Actes/Gestes (regards qui déstabilisent, sifflements, gestes obscènes, affichage de photos indécentes sur un écran d'ordinateur ou un téléphone portable, usage de matériel pornographique, attouchements, avances accompagnées de promesse, de récompenses ou de menaces de représailles, violence physique, agressions sexuelles, viol)

41. En cas d'acte hostile fondé sur le sexe (sexiste) mais sans connotation sexuelle stricto sensu, quelle disposition les juges appliquent-ils ?

Art. 4 LEg : harcèlement sexuel

Art. 328 CO : mobbing

42. Le tribunal apprécie-t-il la nature harcelante d'un point de vue subjectif et/ou objectif ?

Retient l'existence d'un harcèlement sexuel sur la base du test d'objectivité + subjectivité

Retient l'existence d'un harcèlement sexuel uniquement sur la base du test d'objectivité

Retient l'existence d'un harcèlement sexuel uniquement sur la base du test subjectif

II. ASPECTS PROCEDURAUX

43. Quelle type de procédure est appliquée?

Procédure ordinaire

Procédure simplifiée

Demande de mesures provisionnelles ?

44. Maxime appliquée pour les prétentions LEg ?

Maxime inquisitoire pure

Maxime inquisitoire sociale

Maxime des débats

Maxime des débats atténuée

Maxime d'office

Maxime de disposition

45. Le tribunal applique-t-il la LEg alors même que les parties ne l'ont pas invoquée ?

Oui

Non

46. Le tribunal applique-t-il l'allègement du fardeau de la preuve ? (art. 6 LEg)

Oui

Non

47. La vraisemblance est-elle admise ? Si oui, quelle définition de la vraisemblance est retenue (à partir de quel % ?)?

Oui

Non

48. Motifs justificatifs retenus par le tribunal

III. ACTIONS EN PREVENTION, EN CESSATION ET EN CONSTATATION

49. Est-ce que la partie employée introduit une des actions prévues à l'art. 5 al. 1 LEg ?

Action en prévention d'une discrimination (art. 5 al. 1 let. a LEg)

Action en cessation d'une discrimination (art. 5 al. 1 let. b LEg)

Action en constatation de droit (art. 5 al. 1 let. c LEg)

Aucune de ces actions n'est introduite

50. Si existence d'une action en cessation d'une discrimination : dans le cadre de rapports de droit public, que fait valoir la partie employée ?

Indemnités

Annulation du congé

Réintégration

6 - ASPECTS FINANCIERS

Accorder une attention particulière au lien entre la LEg et le CO

A. Discrimination salariale - Action en paiement du salaire dû (art. 5 al. 1 let. d)

51. Combien de personnes font valoir des prétentions salariales ?

52. Somme globale des prétentions salariales

53. Combien de personnes obtiennent les salaires demandés ?

54. Somme globale versée à ce titre

55. Y a-t-il des demandes d'intérêts moratoires ?

56. Existe-t-il un droit à demander un salaire plus élevé pour le futur ?

B. Discrimination à l'embauche

- 57. Combien de personnes demandent une indemnité?
- 58. Somme globale des prétentions
- 59. A combien de mois de salaires les indemnités correspondent-elles ?
- 60. Combien de personnes obtiennent les indemnités demandées?
- 61. Somme globale versée à ce titre
- 62. A combien de mois de salaires les indemnités correspondent-elles ?

C. Licenciement discriminatoire

- 63. Combien de personnes demandent une indemnité?
- 64. Sur quelles bases légales repose la demande d'indemnité ?
 - Art. 3 LEg + art. 5 al. 2 LEg
 - Art. 336a al. 1 let. a CO (raison pour laquelle la LEg n'a pas été appliquée)
 - Art. 337c al. 3 CO
- 65. Somme globale des prétentions
- 66. A combien de mois de salaires les indemnités correspondent-elles ?
- 67. Combien de personnes obtiennent les indemnités demandées?
- 68. Somme globale versée à ce titre
- 69. A combien de mois de salaires les indemnités correspondent-elles ?

D. Harcèlement sexuel

- 70. Combien de personnes demandent des indemnités ?
- 71. Somme globale des prétentions
- 72. Combien de personnes obtiennent les indemnités demandées ?
- 73. Somme globale des indemnités obtenues

E. Dommage

- 74. Combien de personnes demandent des dommages-intérêts ?
- 75. Somme globale des dommages-intérêts demandés

76. Combien de personnes ont obtenu des dommages-intérêts ?

77. Somme globale des dommages-intérêts obtenus

F. Tort moral

78. Combien de personnes demandent la réparation du tort moral ?

79. Somme totale des indemnités demandées à titre de réparation du tort moral

80. Combien de personnes ont obtenu la réparation du tort moral ?

81. Somme totale des indemnités obtenues à titre de réparation du tort moral

G. Cumuls

82. Y a-t-il un cumul d'indemnités ?

Art. 5 al. 2 LEg et art. 5 al. 3 LEg

Art. 5 al. 2 LEg et art. 5 al. 3 LEg et art. 49 CO

Art. 5 al. 3 LEg et art. 337c al. 3 LEg

Art. 5 al. 2 LEg et art. 49 CO

Art. 5 al. 3 LEg et art. 49 CO

Art. 5 al. 2 LEg et art. 41 ou 328 CO

Art. 5 al. 3 LEg et art. 41 ou 328 CO

Autres cumuls ? (avec des actions ne relevant pas nécessairement d'une discrimination à raison du sexe ou d'un harcèlement sexuel)

H. Frais de justice

83. Des frais judiciaires sont-ils perçus ?

Il n'est pas perçu de frais judiciaires

Des frais judiciaires sont perçus.

84. Si des frais judiciaires sont perçus (action devant le TF ou l'action ne relève qu'en partie de la LEg), déterminer le montant et la méthode de calcul.

I. Dépens

Aucuns dépens

Dépens à verser par la personne salariée (+ montant)

Dépens versés à la personne salariée (+ montant)

7 - ISSUE DE LA PROCÉDURE

A. En cas de jugement

85. Refus d'entrer en matière (total ou partiel) sur la base de griefs formels ?

Oui

Non

86. Le jugement est :

Complètement en faveur de la personne salariée

Majoritairement en faveur de la personne salariée

Majoritairement négative pour la personne salariée

Complètement en défaveur de la personne salariée

B. En cas de procédure de conciliation

87. Issue de la conciliation :

La conciliation a abouti

Délivrance d'une autorisation de procéder

Proposition de jugement

88. Si une autorisation de procéder a été délivrée, une action a-t-elle été introduite dans les trois mois ?

Oui

Non

8 - AUTRES

Jugement résumé sur www.leg.ch ou www.gleichstellungsgesetz.ch.

Oui -> références

Non

