

## **Embûches rencontrées lors de l'application de la loi sur l'égalité<sup>1</sup>**

### **Sommaire :**

1. Introduction
2. Procédure probatoire
  - 2.1 Maxime inquisitoire
  - 2.2 Allègement du fardeau de la preuve
    - 2.2.1 Principes
    - 2.2.2 Vraisemblance
    - 2.2.3 Motifs justificatifs
3. Egalité des salaires
4. Harcèlement sexuel sur le lieu de travail
5. Licenciement et protection contre le congé

### **1. Introduction**

Dans le cadre de l'évaluation globale de l'efficacité de la loi sur l'égalité (LEg), le contenu des jugements rendus par toutes les instances des cantons de Zurich, Vaud, Grisons et Schwyz (y compris les arrêts correspondants du Tribunal fédéral) ont été soumis à une analyse approfondie. Ces décisions judiciaires représentent *42 pour-cent de tous les arrêts recensés à l'échelle nationale*. L'analyse des jugements a révélé d'importantes lacunes au niveau de la mise en œuvre et de l'application de la loi sur l'égalité. Ci-après sont présentés quelques-uns des résultats de cette analyse.

### **2. Procédure probatoire**

#### **2.1 Maxime inquisitoire**

La maxime inquisitoire valable en vertu de la LEg pour tous les rapports de travail (de droit privé et de droit public) n'est en fait appliquée que dans un tiers des cas relevant du droit civil et n'a quasiment jamais abouti à une récolte de moyens de preuve indépendante. Dans les cas de harcèlement sexuel, certains juges semblent par ailleurs ignorer que la maxime inquisitoire s'applique également là où l'allègement du fardeau de la preuve n'est pas applicable.

---

<sup>1</sup> Extrait de l'article paru dans AJP/PJA 11/2006.

## 2.2 Allégement du fardeau de la preuve

### 2.2.1 Principes

L'article 6 de la LEg impose au juge de procéder à une administration des preuves *en deux étapes* : le juge doit d'abord statuer sur la vraisemblance de la discrimination alléguée par la partie demanderesse. Si la vraisemblance ne peut être établie, l'action doit être directement rejetée. Si elle est retenue, on passe à la deuxième étape de la procédure probatoire : la partie défenderesse doit alors fournir la preuve complète de la non-discrimination (preuve complète au sens strict, degré de preuve principale, la partie défenderesse ne bénéficiant pas de l'allégement du fardeau de la preuve). Si la partie défenderesse ne parvient pas à apporter la preuve complète de la non-discrimination, l'action doit être admise. La contre-preuve peut être fournie par la partie défenderesse de deux façons : soit elle apporte la *preuve libératoire*, c'est-à-dire la preuve que les faits allégués ne sont pas avérés et qu'il n'y a aucune inégalité de traitement (en prouvant par exemple que la rémunération des collaborateurs de sexe masculin est identique à celle des collaboratrices). Ou alors, elle apporte la *preuve justificative*, c'est-à-dire la preuve que l'inégalité de traitement effective (directe ou indirecte) repose sur des *motifs justificatifs satisfaisant au droit* et que la mesure prise par elle n'est donc pas illicite.

Les juges ont administré les preuves de façon cohérente et claire suivant ces deux étapes dans moins d'un tiers des arrêts (29%). Dans plus de deux tiers des jugements, les tribunaux n'ont fait aucune distinction entre la vraisemblance d'une discrimination et la preuve des motifs justificatifs, ou alors ils ont fait un amalgame entre les deux étapes de l'administration des preuves avec pour conséquence un manque de transparence et une mauvaise traçabilité des arguments développés. Dans moins d'un cinquième des jugements, les tribunaux ont fait une distinction claire entre preuve libératoire et preuve justificative. Seul dans un peu moins d'un tiers des jugements, la preuve complète (preuve principale) a été exigée pour prouver la non-discrimination.

### 2.2.2 Vraisemblance de la discrimination

Les conditions à remplir pour qu'une discrimination puisse être considérée comme vraisemblable ont été définies très différemment d'un jugement à l'autre.

Le degré de vraisemblance exigé va d'une « certaine probabilité qui peut aussi être inférieure à 50 pour cent » jusqu'à « un degré élevé de vraisemblance » et « hautement vraisemblable » en passant par « une discrimination plus vraisemblable que la non-discrimination ». Dans un cas, le tribunal a exigé que la partie demanderesse apporte la preuve complète des mesures prises par l'employeur, estimant que l'allégement du fardeau de la preuve ne se rapportait qu'aux répercussions au sujet desquelles la demanderesse devait prouver qu'elles découlaient avec la plus grande vraisemblance de la seule volonté de l'employeur de discriminer la demanderesse parce qu'elle est une femme. Dans un autre cas, le juge a considéré qu'il incombait à la demanderesse de prouver que l'employeur pratiquait une politique du personnel sexiste.

Les exigences posées quant à la vraisemblance varient donc considérablement d'un tribunal à l'autre. En première instance surtout, ces exigences ne se distinguent parfois guère de la preuve complète et dans certains cas, les tribunaux sont même allés jusqu'à exiger la preuve d'une intention de discriminer. Globalement, les instances supérieures ont, dans l'intervalle, clarifiées les exigences posées quant à la vraisemblance et en ont donné une définition uniforme, selon laquelle il doit exister une certaine probabilité de la discrimination qui peut toutefois être inférieure à 50 pour cent. Dans certains cas, on a pu observer que les instances inférieures ont repris cette définition dans des jugements récents suite aux corrections que leur avait notifiées précédemment le Tribunal fédéral.

### 2.2.3 Motifs justificatifs

S'agissant des exigences relatives à la preuve des motifs justificatifs, il convient en théorie et selon la doctrine de distinguer entre la discrimination directe et la discrimination indirecte. Une inégalité de traitement directe dans les rapports de travail n'est admise que si le sexe lui-même constitue nécessairement une caractéristique essentielle pour l'exercice de l'activité (chanteur/chanteuse, acteur/actrice, mannequin). En cas de discrimination indirecte, les effets discriminatoires d'une mesure neutre en défaveur du sexe doivent éventuellement être tolérés si la partie défenderesse prouve qu'elle poursuit avec la mesure en question un but justifié et nécessaire à son activité, que la mesure est nécessaire et approprié pour atteindre ce but et que l'on ne peut raisonnablement exiger d'elle de renoncer à cette mesure et de préconiser une solution ayant des répercussions sexospécifiques moins défavorables.

Il ressort de l'analyse des jugements que les exigences relatives à la preuve des motifs justificatifs restent, elles aussi, relativement floues : alors que certains tribunaux se limitent à exiger que les différences soient motivées par des considérations objectivement défendables, d'autres se contentent de « motifs tout simplement objectifs » (sans plus de précision) ou de « motifs objectivement justifiés » (sans plus de précision). D'autres tribunaux encore ajoutent une énumération à titre d'exemple et exigent « des motifs objectifs comme la formation, la qualification, l'expérience, l'âge, la situation conjoncturelle, etc. ». La jurisprudence des instances supérieures, quant à elle, indique *qu'il ne suffit pas que l'employeur invoque n'importe quel motif objectif, mais exige que d'autres conditions soient remplies : ainsi, les motifs objectifs (tels que la formation, l'ancienneté, la qualification, l'expérience, les prestations, etc.) ne peuvent justifier une différence de rémunération que s'ils jouent un rôle véritablement important en regard de la prestation de travail et s'ils influent par conséquent sur tous les salaires versés par le même employeur. S'agissant de l'argument de la situation conjoncturelle, les tribunaux ont précisé que les motifs objectifs tels que la conjoncture ne peuvent légitimer une différence de traitement que dans la mesure où elle répond à un réel besoin de l'entreprise et que les disparités résultant de fluctuations conjoncturelles doivent être compensées par l'employeur dès qu'il est raisonnablement possible de le faire. Par ailleurs, les tribunaux ont confirmé à plusieurs reprises qu'une discrimination pouvait aussi résulter de critères neutres, objectivement admissibles en eux-mêmes, mais appliqués de façon inconséquente au détriment d'un sexe.*

Enfin, on trouve aussi la définition (fondamentalement différente) selon laquelle une mesure ayant un effet discriminatoire est admissible dès lors que le critère auquel on se rattache poursuit un but objectivement justifié, qu'il est nécessaire à la réalisation de ce but et qu'aucun moyen moins discriminatoire n'est à disposition ou que l'on ne peut raisonnablement exiger de l'employeur de prendre des mesures d'accompagnement pour réduire l'effet discriminatoire.

### **3. Egalité des salaires**

L'exposé ci-dessus concernant les exigences quant aux motifs justificatifs recevables vaut également pour les procédures en égalité salariale.

Là aussi, les exigences posées par les tribunaux sont généralement peu claires. Les tribunaux civils de première instance ont tendance à accepter en tant que fait justificatif d'une discrimination salariale tout motif à première vue objectif. La jurisprudence plus nuancée des instances supérieures définit les exigences relatives aux motifs justificatifs d'une discrimination salariale comme suit : de manière générale, des motifs objectifs ne peuvent justifier une différence de salaire que s'ils jouent véritablement un rôle important pour l'exercice de l'activité et influencent effectivement les salaires ou autres conditions de travail de l'employeur. Si des critères objectifs neutres quant au sexe, qui sont en principe admissibles, sont appliqués dans une entreprise de manière incohérente au détriment d'un sexe, on est en présence d'une discrimination des sexes en dépit de « critères objectifs neutres ».

S'agissant plus particulièrement du domaine de l'égalité des salaires, l'application au cas concret des définitions générales tirées des précédents (et citées dans la partie théorique qui précède la formation du jugement proprement dite) reste généralement peu claire. Le décalage entre la théorie et l'application pratique ainsi que les divergences de positions concernant la vraisemblance et les exigences relatives aux motifs justificatifs sont dans l'ensemble particulièrement manifestes dans les cas de discriminations salariales.

Près de la moitié des actions en égalité salariale ont été jugées sans l'établissement d'une expertise (parfois à l'encontre d'une demande allant dans ce sens) : il s'agissait en majorité d'actions individuelles émanant de femmes qui, en dépit d'un travail ou d'une position pour l'essentiel identique ou très semblable, percevaient un salaire inférieur à celui de leurs collègues masculins. Les tribunaux ont alors comparé eux-mêmes l'activité, la formation, l'expérience, l'ancienneté, les pouvoirs de décision, la responsabilité, etc. Dans l'autre moitié des cas d'égalité salariale, une expertise judiciaire a été demandée. Plus de la moitié des procédures en égalité salariale ont connu une issue positive (souvent après avoir passé plusieurs instances judiciaires) au sens où les demandes en justice ont été admises du moins en partie.

### **4. Harcèlement sexuel sur le lieu de travail**

Il ressort clairement des jugements analysés que la *preuve des faits* est toujours *entièrement à la charge* de la partie demanderesse. En revanche, la question de savoir si l'employeur a pris des *mesures préventives* n'est abordée que dans une minorité de

jugements, et même dans ces cas, il n'est pas explicitement précisé si l'employeur a dû en apporter la preuve et sous quelle forme. L'application de la maxime inquisitoire a été expressément refusée dans une affaire et ne paraît donc pas garantie dans tous les cas.

Dans ce domaine, la *qualité des jugements rendus en première instance est très variable*. Les juges (et les représentants et représentantes légaux) semblent rencontrer de nettes difficultés dès lors que le procès porte non seulement sur le harcèlement sexuel, mais aussi sur le licenciement. Les *faits ne sont pas établis d'office (maxime inquisitoire)*, l'*allègement du fardeau de la preuve n'est pas appliqué au contexte de licenciement* (fréquemment on ignore même que l'allègement du fardeau de la preuve s'applique dans ces cas) et le licenciement n'est pas traité sous l'angle de la LEg (mais uniquement selon le code des obligations, qui stipule une autre répartition du fardeau de la preuve). Par conséquent, les *possibilités d'indemnisation prévues par la loi sur l'égalité sont largement méconnues* (même par les avocates et avocats). De plus, dans les cas qui associent harcèlement sexuel et licenciement, on a pu constater une grande insécurité en ce qui concerne les diverses indemnités en vertu de la loi sur l'égalité. Il est rare de faire valoir plusieurs indemnités et ni les représentations juridiques ni les tribunaux ne sont manifestement au clair quant au type de prétentions qui pourraient être invoquées et admises de façon cumulative sur quelle base d'indemnisation et ce qu'il en est des exigences (très variables) en matière de preuve.

## **5. Licenciement et protection contre le congé**

L'analyse des décisions rendues par les tribunaux dans le cadre de la loi sur l'égalité montre que ni les avocats et avocates ni les tribunaux *ne sont véritablement au clair* sur les notions de licenciement discriminatoire et de licenciement à titre de représailles. Souvent, ces discriminations ne sont pas reconnues en tant que telles, de sorte que seul le code des obligations est appliqué (résiliation abusive). Les exigences en matière de preuve sont alors beaucoup plus sévères et la *protection contre le congé* inscrite spécialement dans la loi sur l'égalité *pour les licenciements à titre de représailles* est écartée d'emblée étant donné que cette éventualité n'est même pas prise en compte. Même lorsqu'un licenciement est traité selon la LEg, les tribunaux autant que les avocats et avocates omettent fréquemment d'appliquer la *maxime inquisitoire* et surtout l'*allègement du fardeau de la preuve*. C'est surtout (mais pas seulement) dans les *cas qui associent harcèlement sexuel et licenciement* que l'on oublie régulièrement que l'allègement du fardeau de la preuve s'applique à l'aspect du licenciement.

La *protection spéciale contre le congé prévue par la LEg* avec la possibilité d'*attaquer le licenciement* et d'*être réengagée par voie judiciaire* n'a pas (encore) pu pleinement déployer toute sa portée, étant donné que les juges, avocats et avocates n'invoquent et n'appliquent pas la disposition légale pertinente de la loi sur l'égalité ou que celle-ci n'est pas traitée concrètement. Ils se limitent à ne considérer que les possibilités prévues par le code des obligations.