

COC

Assemblée de la Conférence Suisse des offices de conciliation au sens de la loi sur l'égalité du 20 novembre 2008, Fribourg

Exposé de Susy Stauber, Dr. iur., avocate et médiatrice FSA, SDM-FSM,
présidente de l'office de conciliation du canton de Zurich au sens de la
loi sur l'égalité

Conséquences du nouveau Code de procédure civile suisse (CPC-CH) sur l'organisation des offices de conciliation institués au sens de la loi sur l'égalité

I. Situation initiale

Selon l'art. 11 de la loi sur l'égalité (LEg), chaque canton est tenu de désigner un **office de conciliation** qui a pour tâche de conseiller les parties et de les aider à trouver un accord. La procédure de conciliation est facultative, mais les cantons peuvent la déclarer obligatoire.

Les offices de conciliation institués par les cantons présentent actuellement des visages très différents¹ :

- Beaucoup de cantons ont créé un *service central compétent pour les rapports de travail de droit privé et de droit public*.
- D'autres ont des *services séparés* pour le public et le privé.
- Dans quelques cas, *l'organisation est décentralisée* et/ou les offices de conciliation sont *rattachés à des tribunaux*.
- La procédure est *tantôt facultative, tantôt obligatoire*.

Le **Code de procédure civile suisse** (CPC-CH), qui devrait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2010, prescrit aux art. 194 ss, l'obligation générale de conduire une procédure de conciliation dans tous les litiges de droit civil (sauf dans les cas visés à l'art. 195).

La procédure de conciliation au sens de la loi sur l'égalité entre donc dans le champ de cette disposition².

L'importance nouvelle donnée au règlement extrajudiciaire ou au préalable à la procédure au fond par l'instauration d'une conciliation en principe obligatoire avant de porter un litige devant le tribunal est présentée comme un point essentiel du projet³. Il s'agit d'une part de décharger les tribunaux et, d'autre part, de limiter les frais pour les parties et d'éviter le durcissement du litige. Cette approche repose sur la tradition de conciliation bien établie en Suisse, sur le taux de réussite élevé des offices de conciliation en matière de baux à loyer et d'égalité selon la LEg (message CPC-CH 6861).

Les auteurs du projet donnent clairement la priorité aux solutions transactionnelles, forts de la conviction qu'elles sont plus durables et plus économiques et, de surcroît,

¹ Lire à ce sujet le rapport du Conseil fédéral relatif à l'évaluation de l'efficacité de la Loi sur l'égalité du 15 février 2006, p. 24, ainsi que HEIDI STUTZ/MARIANNE SCHÄR MOSER/ELISABETH FREIVOGEL, Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, rapport de synthèse, avril 2005, p. IX et 14, et, pour plus de précisions, HEIDI STUTZ, rapport intitulé « Schriftl. Befragung der Schlichtungsstellen » (module 3, en allemand uniquement), novembre 2004, appelé dans la suite « Evaluation LEg » ; en ligne sur le site www.bj.admin.ch.

² Cf. message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, FF 2006 6841 ss, 6935 ss, ci-après « message CPC-CH ».

³ Message CPC-CH 6935 et art. 194 CPC-CH.

qu'elles autorisent à prendre en compte des éléments qu'un tribunal ne pourrait pas retenir.

Les **art. 11 et 12 LEg seront abrogés** lors de l'entrée en vigueur du CPC-CH⁴.

II. Exigences du CPC-CH concernant l'organisation des offices de conciliation et adaptations au niveau des cantons

Alors que la *procédure* de conciliation est largement uniformisée pour l'ensemble des autorités de conciliation (art. 199 ss CPC-CH et chiffre V ci-dessous), leur **organisation**, la division du travail entre elles ainsi que leurs compétences à raison de la matière et leurs compétences fonctionnelles restent du ressort des cantons (art. 3 et 4 CPC-CH), bien qu'il s'agisse là d'un facteur central d'efficacité selon le message CPC-CH 6860. *Certaines caractéristiques spécifiques* sont cependant exigées (message CPC-CH 6936) ; à cet effet, des prescriptions institutionnelles minimales sont définies, qui s'ajoutent aux prescriptions procédurales précitées.

Pour les offices de conciliation selon la LEg, on peut citer l'exigence d'une **composition doublement paritaire** (art. 197. al. 2 CPC-CH), c'est-à-dire une composition qui assure à la fois la représentation des **partenaires sociaux** (« *une représentation paritaire des employeurs et des employés des secteurs privé et public* ») et la représentation des **deux sexes**. Même si le CPC-CH ne s'applique en principe qu'aux procédures de droit civil et/ou aux rapports de travail de droit privé, la formulation choisie permet de penser que les cantons pourront **conserver** des autorités de conciliation au sens de la LEg compétentes pour les **rapports de travail de droit public**. Elles sont cependant obligées de s'occuper des rapports de travail de droit privé.

Pour le reste, les cantons peuvent organiser comme ils le souhaitent les offices de conciliation selon la LEg ; ainsi, aux termes du CPC-CH, la conciliation peut – pour autant que la double représentation paritaire soit garantie - être dévolue à l'office de conciliation existant ou à un service dûment pourvu, rattaché administrativement au tribunal ou à une autorité judiciaire. Le projet prévoit la possibilité expresse de rattacher l'autorité de conciliation à l'administration cantonale, mais il faut alors qu'elle soit matériellement et physiquement indépendante de l'administration (message CPC-CH 6936). Les cantons peuvent prévoir des structures centralisées ou décentralisées (message CPC-CH 6938).

Nombreux sont les cantons dans lesquels les offices de conciliation sont également compétents en matière de rapports de travail régis par le droit public, en vertu de la loi ou de l'ordonnance d'application. Du point de vue du droit en matière d'égalité, cette option est judicieuse, puisqu'elle facilite l'accès des personnes sous contrat de travail de droit public aux offices de conciliation. De plus, elle permet de mettre en commun des compétences et des ressources humaines dans une matière juridique complexe et pleine d'exigences, ce qui est propice à l'efficacité et à l'économicité de la conciliation. En outre, l'unité de la pratique est sans aucun doute conforme au but de la loi sur l'égalité.

⁴ Cf. CPC-CH, annexe (art. 400), II. Modification du droit en vigueur, ch. 1 et message CPC-CH 6938, 7013

Une suppression des offices existants dans le cadre d'une réorganisation des autorités au CPC-CH, avec par exemple la conciliation en matière d'égalité dévolue ou rattachée à un tribunal, n'est pas dépourvue de dangers : d'une part, on risque de perdre la totalité des compétences techniques et de l'expérience spécifique accumulées jusque là ; d'autre part, les personnes sous contrat de travail de droit public n'auront plus accès à un office de conciliation ou alors il faudra créer à leur intention un office séparé, qui ne bénéficiera pas des compétences constituées antérieurement. De plus, l'unité de la pratique ne pourrait plus être garantie.

Dans les prises de position au sujet des changements prévus, ces aspects doivent être pris en considération (voir également prise de position de la Conférence suisse des déléguées à l'égalité entre femmes et hommes d'avril 2008).

Des cantons comme ZH et BE, dont les offices de conciliation au sens de la LEg répondent déjà aux exigences du CPC-CH, discutent actuellement de changer l'organisation de ces offices dans le cadre de l'adaptation de l'organisation cantonale des autorités au CPC-CH. Ainsi, la direction du Département de la justice du canton de Zurich aurait proposé de rattacher l'office de conciliation au tribunal des prud'hommes de la ville de Zurich ou de Winterthur. Il est cependant prévu de maintenir la compétence de l'office pour les rapports de travail relevant du droit public. Par contre, le critère de la facilité d'accès, jusqu'à présent satisfait, serait sacrifié en cas de rattachement de la conciliation au tribunal.

III. Digression : Normes minimales applicables à l'organisation des offices de conciliation d'après l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité

L'étude réalisée en 2004 et 2005 sur mandat de l'Office fédéral de la justice pour évaluer l'efficacité de la loi sur l'égalité (voir note 1) a mis en évidence qu'un certain nombre de **critères institutionnels** sont **importants** pour l'efficacité des offices de conciliation, en particulier :

- un degré de notoriété élevé (pas de solution décentralisée ; une politique d'information active) ;
- une offre de consultation facilement accessible avec des conseillères et des conseillers spécialisés ;
- une compétence pour couvrir les litiges mixtes public-privé ;
- un organe de conciliation crédible et devant rendre des comptes.

Le CPC-CH intègre les autres demandes figurant dans l'étude en ce qui concerne la procédure (pas de forme prescrite pour la demande de conciliation, compétence pour connaître aussi des points litigieux soumis au CO, admissibilité de suffisamment de moyens de preuves, possibilité d'un simple échange d'écritures et d'une procédure rapide). Voir également au chiffre V ci-dessous.

L'étude a clairement mis en évidence que les différences institutionnelles et qualitatives qui existent entre les offices de conciliation cantonaux ont des répercussions à la fois sur leur **saisine** et sur leur **taux d'aboutissement à un accord**⁵. Les offices de conciliation qui ont les taux d'aboutissement les plus élevés sont ceux qui réunissent les compétences techniques requises au sein d'un service

⁵ Evaluation LEg, rapport du Conseil fédéral p. 24, rapport de synthèse p. IX et module 3, p. 30 ss.

central spécialisé, compétent à la fois pour le secteur privé et pour le secteur public. Outre la composition paritaire, le niveau de compétence des offices de conciliation influe directement sur leur crédibilité, laquelle joue un rôle décisif dans l'acceptation par les parties de la proposition d'accord et leur disposition à trouver un accord.

L'étude aboutit donc à la **conclusion** qu'un **service central compétent pour les rapports de travail de droit privé et de droit public** est préférable à une organisation décentralisée : un service central a une plus grande notoriété, il engrange davantage de connaissances spécifiques car il traite un plus grand nombre de cas et il parvient ainsi à obtenir des accords dans un plus grand nombre de dossiers⁶. En conséquence, pour être efficace, l'application de la LEg doit reposer sur les éléments institutionnels importants suivants :

- une organisation centralisée,
- un accès facile et indépendant des tribunaux,
- un domaine de compétence incluant les rapports de travail de droit public et
- une composition respectant la double parité.

Outre les connaissances de base dans le domaine de l'égalité et de la médiation, ces exigences institutionnelles garantissent la compétence des offices de conciliation et, ainsi, l'exécution aussi efficace que possible de leur mandat de conciliation.

Il est tout à fait clair que la facilité d'accès ne serait plus garantie si la conciliation était déléguée aux tribunaux. L'importance cruciale de cet élément pour la mise en oeuvre de la loi sur l'égalité est exprimée à plusieurs reprises non seulement dans l'évaluation LEg, mais aussi dans le message du Conseil fédéral du 5 novembre 2003 relatif à une modification de LEg en vue de l'institution d'une commission de conciliation pour le personnel de la Confédération⁷. Pour garantir l'accès facile et en même temps l'accès aux offices de conciliation, l'indépendance des tribunaux a été requise dès les travaux préliminaires de la LEg⁸.

Etant donné que le CPC-CH ne prescrit que la composition doublement paritaire de l'office de conciliation comme critère minimum, il appartient aux cantons de veiller à ce que les autres conditions importantes au sens de la LEg soient mises en place, si possible en totalité, et à ce que l'on ne revienne pas en arrière là où ces conditions sont déjà réunies. Les offices de conciliation existants doivent être maintenus.

IV. Tâches de l'autorité de conciliation aux termes du CPC-CH

La disposition du CPC-CH consacré aux tâches de l'autorité de conciliation correspond à l'art 11 al. 1 de la LEg. Dans la version allemande du CPC-CH, la terminologie employée diverge sensiblement de celle de la LEg, puisque le CPC-CH parle de « Versöhnen » pour « trouver un accord » tandis que la LEg emploie le terme d'« Einigung ». De plus, l'art. 198 al. 1 CPC-CH stipule expressément qu'« une transaction peut porter sur des questions litigieuses qui ne sont pas comprises dans l'objet du litige dans la mesure où cela contribue à sa résolution. »

Le CPC-CH maintient par ailleurs la **fonction de conseil juridique** que l'art. 11 LEg confère aux offices de conciliation et que ces derniers peuvent aussi exercer en dehors ou avant les procédures de conciliation (message CPC-CH 6938 ss ; art. 198 al. 2

⁶ Evaluation LEg, module 3, p.V et 30 ss., ainsi que rapport du Conseil fédéral p. 24.

⁷ FF 2003 7135 ss.

⁸ Rapport final du groupe de travail „Egalité des salaires entre homme et femmes“ 119.

CPC-CH). Il stipule par ailleurs le **principe de la procédure facultative** déjà inscrit à l'art. 11 al. 2 LEg. Toutefois, aux termes du CPC-CH, seul le demandeur dispose d'un droit unilatéral de renoncer à la procédure, le défendeur étant lié par le principe de l'acceptation tacite.

La **tâche de conseil juridique en dehors des procédures de conciliation** porte sur des renseignements relatifs aux questions juridiques et procédurales, telles que compétence, contenu et droits garantis par la LEg, délais et déroulement de la procédure.

La personne qui fournit les renseignements doit faire preuve de retenue lorsqu'il s'agit de concrétiser et de fournir une appréciation préliminaire au sujet des droits que le demandeur peut faire valoir, afin de ne pas se retrouver dans le rôle de partie prenante et de préjuger de la décision sur le fond d'une procédure de conciliation ultérieure et, ce faisant, compromettre la neutralité de l'office de conciliation.

En principe, employés et employeurs ont le droit de demander des renseignements (ces derniers par exemple lorsqu'il en va de prendre des mesures dans un cas de harcèlement sexuel). L'efficacité de la loi sur l'égalité est étroitement liée au maintien de la fonction de conseil de l'office de conciliation. Cette fonction s'avère d'autant plus importante lorsque d'autres services de consultation compétents, tels que des services spécialisés ou bureaux de l'égalité, font défaut.

La **tâche de conseil dans le cadre d'une procédure de conciliation** requiert dans un premier temps l'examen minutieux des faits. Ensuite, il convient de procéder à une appréciation juridique des faits, intelligible pour les parties, et d'évaluer le fardeau de la preuve et le risque d'échec de la preuve. L'autorité de conciliation doit soumettre aux parties une proposition de règlement à l'amiable.

L'office de conciliation doit aider les parties à trouver un **accord**. C'est là l'objectif de la conciliation. La loi ne dit pas comment l'office de conciliation doit procéder ni comment le processus de conciliation doit être conçu. Pour parvenir à un accord, les responsables de la conciliation font appel à leurs connaissances juridiques, mais aussi à leur habileté, leur bon sens et leur capacité de persuasion.

Les expériences faites depuis l'entrée en vigueur de la LEg et la création des offices de conciliation montrent que la volonté des parties de trouver un accord à l'amiable et donc le « taux de réussite » dépend largement de la crédibilité de l'office de conciliation (voir ci-dessus notes 5 et 6), autrement dit du fait que celui-ci soit perçu par les parties comme instance compétente et neutre et que les propositions de conciliation soient plausibles et adéquates.

Parmi les éléments susceptibles de favoriser un accord figure la **compétence juridique**. La loi doit être appliquée correctement aux faits et droits que les parties font valoir, eu égard en particulier à l'allègement du fardeau de la preuve, délicat à utiliser et parfois mal appliqué, voire omis même par les tribunaux. L'office de conciliation doit expliquer aux parties les dispositions légales pertinentes et examiner, sur cette base, de manière transparente le bien-fondé des revendications du demandeur.

Autre élément important : la **compétence genre**, soit la connaissance des origines et des causes des discriminations de femmes et d'hommes, de leurs besoins, rôles et situations de vie divergents et des déficits en matière de politique d'égalité. Elle

suppose la familiarisation avec les effets et les conséquences des disparités de pouvoir fondées sur le sexe, y compris les différences de stratégies et formes de communication entre les deux sexes. Les connaissances liées au genre visent donc la sensibilisation au rôle que le sexe joue dans certains contextes et se proposent de renforcer la capacité à identifier les discriminations.

Les cas relevant du droit en matière d'égalité posent régulièrement le problème de l'usage correct de l'**appréciation**, par exemple lors de la fixation d'indemnités ou d'un salaire présumé non-discriminatoire. Une certaine expérience est alors des plus utiles.

Concernant la démarche à adopter pour trouver un accord, le recours partiel à une **approche de médiation** a fait ses preuves. Une telle approche implique l'impartialité et la neutralité, autrement dit la « multipartialité » ainsi que la définition de l'objet du litige (pour autant que cela soit possible dans le cadre de la procédure de conciliation), tout en tenant compte non seulement des points de vue et des intérêts des parties en présence, mais également de leur besoins et des propositions de solutions éventuelles. Par ailleurs, l'approche de médiation suppose un climat de négociation plutôt informel et coopératif avec des interventions qui contribuent à déescalader le conflit et si nécessaire, à rétablir l'équilibre des forces entre employeurs et employés.

Et enfin, l'approche de médiation inclut le soutien lors de l'élaboration d'une convention de conciliation à laquelle les deux parties peuvent adhérer. Cela leur est d'autant plus facile quand elles ont le sentiment d'être prises au sérieux et d'être écoutées, qu'elles ne redoutent pas de perdre la face et que le résultat est plausible.

Dans le cadre de la médiation classique, la responsabilité personnelle des parties constitue un élément essentiel de toute solution. Or, lors d'une procédure de conciliation au sens de la LEg, ce concept n'a qu'une portée limitée, dans la mesure où il incombe à l'office de conciliation en vertu de son devoir d'information et de conseil de définir le cadre de l'accord en conformité avec la loi et une décision présumée du juge. Ainsi, l'office de conciliation se retrouve quelquefois pris dans le champ de tension entre son devoir de concilier et son mandat d'assurer, dans son domaine de compétence, l'application efficace de la loi sur l'égalité. (Ce dilemme en quelque sorte inhérent au système ne peut pas être résolu une fois pour toutes, mais doit l'être de cas en cas. Un tel accord à l'amiable offre aux parties non seulement des avantages d'ordre financier et l'économie de coûts supplémentaires, mais leur permet également de ménager des ressources et du temps et de se préparer à un nouvel avenir libéré de conflits pesants.)

Une autre question est de savoir dans quelle mesure une conciliation entre les parties peut effectivement avoir lieu conformément à l'art. 198 al. 1 P-CPC et si les rapports de travail peuvent être maintenus. Dans le meilleur des cas, on parviendra à une conciliation, mais cela dépasse le mandat d'accord. Quant à savoir si le **maintien des rapports de travail** peut être possible et judicieux, tout dépendra de la qualité de ces derniers et des possibilités générales de développement ainsi que de la question de savoir si les rapports de travail continuent d'exister au moment de l'ouverture de la procédure de conciliation, ce qui n'est, la plupart du temps, plus le cas.

Même lorsque les rapports de travail n'ont pas été résiliés, les personnes concernées souhaitent souvent une fin à l'amiable dans le cadre de la procédure de conciliation

étant donné la rupture des rapports de confiance entre l'employeur et l'employé. En principe pourtant, la poursuite des rapports de travail au terme de la procédure correspondrait tout à fait à l'esprit et au but de la conciliation et de la LEg.

Dans tous les cas, l'instance de conciliation est tenue d'**entrer en matière** sur la demande qui lui est soumise pour autant qu'elle ait la compétence à raison de la matière et du lieu. Une procédure qui ne ferait que délivrer une autorisation de procéder ne répondrait pas aux exigences du CPC-CH et de la loi sur l'égalité⁹.

V. Compétences et prescriptions procédurales

1. Conflits mixtes

Dorénavant, à l'instar de nombreux cantons, les offices de conciliation sont explicitement habilités à intervenir dans les conflits dits mixtes (art. 198 al. 1 CPC-CH), ce dont l'évaluation de la LEg avait d'ailleurs révélé l'importance.

2. Restriction du principe de la procédure facultative

Comme mentionné plus haut, le principe de de la procédure facultative ne s'applique qu'au demandeur (possibilité de renonciation unilatérale) alors que les défendeurs sont tenus de comparaître. Le CPC-CH entraînera donc des changements dans tous les cantons qui connaissaient jusqu'à présent le principe de la procédure facultative et pour ceux dans lesquels la procédure de conciliation était obligatoire. Dans les cas de discrimination, le demandeur peut choisir entre une procédure de conciliation ou opter directement pour la voie du tribunal, tandis que le défendeur est lié par le principe de l'acceptation tacite.

3. Introduction et déroulement de la procédure de conciliation

Conformément à l'art. 199 al. 1 et 2 CPC-CH, la procédure est introduite par la requête de conciliation, déposée oralement, par écrit ou sous forme électronique (avec une signature électronique autorisée) et contenant la désignation de la partie adverse, les conclusions et la description de l'objet du litige. Il convient donc d'indiquer les prétentions que l'employé fait valoir à l'égard de l'employeur ainsi que les faits qui donnent lieu à la présomption de discrimination¹⁰.

Selon l'art. 60 CPC-CH, le dépôt de la requête de conciliation fonde la litispendance et sauvegarde par là même un éventuel délai de prescription ou de péremption. A des fins de preuve, la procédure devrait être introduite par écrit et les auditions orales être consignées par l'office de conciliation dans un procès-verbal.

Aux termes de l'art. 199 al. 3 CPC-CH, l'autorité de conciliation notifie sans retard la requête à la partie adverse en même temps qu'elle cite les parties à l'audience ou qu'elle ordonne un échange d'écritures préalable. Selon l'art. 200 al. 1 CPC-CH, l'audience a lieu dans les deux mois qui suivent la réception de la requête ou la fin de l'échange d'écritures et, selon al. 4 du même article, l'autorité de conciliation peut, avec l'accord des parties, tenir des audiences supplémentaires. La procédure ne peut excéder douze mois. Il s'agit là d'un délai d'ordre.

⁹ Voir FF 1993 I 1225. Les personnes concernées peuvent déposer une plainte auprès de l'autorité de surveillance.

¹⁰ Il devrait néanmoins suffire que les parties et l'objet du litige (par ex. discrimination salariale, licenciement discriminatoire ou discrimination lors de l'engagement) soient cités sans que la demande en justice soit déjà clairement formulée.

Souvent, notamment en cas de plaintes pour discrimination salariale, les questions de fait et de droit sont complexes et requièrent l'étude d'importants dossiers pour établir ou réfuter la vraisemblance d'une discrimination.

Sans **échange d'écritures** préalable et la possibilité de se préparer soigneusement à l'audience de conciliation et de tirer au clair certaines questions juridiques, l'office de conciliation ne serait souvent pas capable de soumettre une proposition de conciliation suffisamment motivée plausible et acceptable par les deux parties. La possibilité d'un simple échange d'écritures est d'ores et déjà prévue dans 17 cantons et semble avoir une incidence sur le taux des procédures de conciliation ayant abouti¹¹. Conformément à l'art. 199 al. 4 CPC-CH, l'autorité de conciliation peut ordonner un simple échange d'écritures¹².

4. Eclaircissement des faits

Pour accomplir sa tâche, l'autorité de conciliation doit établir les faits (aussi soigneusement que cela est possible sans administration des preuves) selon la maxime inquisitoire qui vaut également pour les procédures de conciliation (jusqu'à présent (ancien) art. 12 al. 2 LEg en relation avec l'art. 343 CO, dorénavant (nouveau) art. 151 en relation avec art. 239 al. 2 let. a et l'art. 243 CPC-CH). *Pour établir les faits*, l'autorité de conciliation dépend de la coopération des parties.

Certains cantons ont déjà inscrit l'obligation de collaborer et de renseigner des parties dans leurs lois d'application¹³.

L'art. 157 CPC-CH stipule désormais pour toutes les procédures une obligation générale de collaborer. Le refus de collaborer n'est cependant pas passible de peine ou de sanction, même dans le cas de procédure judiciaire. Le refus de collaborer d'une des parties, tel que par exemple celui du défendeur de donner accès aux dossiers du personnel et à la politique des salaires, sera toutefois pris en compte lors de l'appréciation des preuves (art. 161 CPC-CH). Ce principe vaut également pour les procédures de conciliation.

Selon le CPC-CH, l'instance est introduite d'une manière uniforme dans toute la Suisse par le dépôt de la requête de conciliation (art. 60 al. 1 CPC-CH), ce qui permet d'éviter le conflit actuel touchant les rapports de travail de droit privé entre la LEg et la loi sur la protection des données¹⁴.

Quant aux employeurs de droit public des cantons et des communes, ils continuent à être liés par les lois cantonales sur la protection des données. Si la loi cantonale

¹¹ Voir Evaluation GIG Baustein 3, 7 f, en particulier tableaux 3 et 32.

¹² Conformément au message CPC 6938, les autorités de conciliation doivent avoir la possibilité de se préparer soigneusement, notamment lorsque les cas sont complexes.

¹³ Par ex. à ZH §12 EG GIG.

¹⁴ Jusqu'à présent, la loi sur la protection des données s'applique en principe en dehors des procédures pendantes (art. 2 al 2 let. c LPD) et peut s'opposer à la publication de données personnelles à moins que celle-ci ne soit prévue par la loi. Conformément à une notice du préposé fédéral à la protection des données au sujet des répercussions de la loi sur l'égalité (www.edoeb.admin.ch, Documentation/Protection des données/Feuilles thématiques), concernant les employeurs privés, la communication des données est licite lorsque l'intérêt de se protéger contre le grief de discrimination grâce à la communication de certaines données prévaut sur celui des personnes concernées de les taire.

De cas en cas, une évaluation des intérêts est nécessaire, en respectant le principe de la proportionnalité, selon lequel une donnée personnelle ne sera communiquée que si elle est vraiment nécessaire ou fondée pour réfuter un grief de discrimination

requiert une base légale pour la communication des données, celle-ci doit être créée, pour autant qu'elle n'existe pas encore¹⁵.

5. Preuve

Les moyens de preuve auxquels les offices de conciliation peuvent recourir divergent d'un canton à l'autre¹⁶. Les principaux moyens sont les documents et les interrogatoires des parties. L'art 200 al. 2 CPC-CH stipule que ces moyens de preuve ainsi que l'inspection sont également admis lors des procédures de conciliation. D'autres moyens de preuve (par exemple une audition de témoins ou des expertises) sont envisageables à condition que la procédure ne s'en trouve pas substantiellement retardée. En règle générale, les autorités de conciliation feront cependant montre d'une grande retenue avant d'administrer des preuves, car la procédure doit rester informelle et simple (message CPC-CH 6939).

Le principe de la **libre appréciation des preuves**, exercée dans les limites du pouvoir d'appréciation imparti à l'autorité, vaut également pour les procédures de conciliation). L'autorité de conciliation doit former sa conviction sur la base des auditions des parties, des actes produits et d'autres moyens de preuves¹⁷. Conformément à l'art. 154 CPC-CH, la libre appréciation des preuves devient le principe fondamental des procédures modernes (message CPC-CH 6924).

6. Comparution personnelle, représentation et assistance

L'art. 201 CPC-CH stipule la comparution personnelle des parties. Il prévoit cependant la possibilité de se faire représenter en cas de domicile en dehors du canton ou à l'étranger ou en cas de maladie. L'employeur peut aussi se faire représenter par des employés, à la condition que ceux-ci soient habilités, par écrit, à transiger.

En cas de défaut du demandeur, la requête est considérée comme (provisoirement) retirée. Lorsque le défendeur fait défaut, l'autorité de conciliation procède comme si la procédure n'avait pas abouti à un accord (voir art. 203 CPC-CH). En vertu du CPC-CH, les instances ne sont plus autorisées à infliger une amende d'ordre (BS).

L'art. 201 al. 2 CPC-CH prévoit la possibilité de se faire assister d'un conseil juridique ou d'une personne de confiance.

7. Audience de conciliation

Comme dans tous les cantons, l'audience de conciliation est **orale**.

Les autorités de conciliation doivent respecter le **droit d'être entendu**, faute de quoi elles ne rempliraient pas leur mandat de conciliation. Cependant, compte tenu des possibilités limitées d'établir les faits et de la relative urgence de tout conciliation, il convient de ne pas appliquer des critères trop stricts.

Au sens de l'art. 202 CPC-CH, la procédure est confidentielle et les dépositions des parties ne doivent ni figurer au procès-verbal ni être prises en compte par la suite, durant la procédure au fond. La prise en compte des dépositions dans une

¹⁵ Ainsi, dans le canton de ZH, où une base légale est requise pour la publication de données personnelles aux termes de l'art. 44 al. 1 et al. 5 let. a DSG, art. 12 EG GIG a été modifié comme suit: "Pour autant que cela soit judicieux et nécessaire pour prouver qu'il y a discrimination ou non, il est autorisé de publier, dans le cadre d'une procédure de conciliation, les données personnelles d'employées et d'employés qui ne sont impliqué(s) dans la procédure".

¹⁶ Voir Evaluation LEg module 3, 7 et là tableau 3.

¹⁷ Jusqu'à présent art. 12 al. 2 en relation avec art. 343 al. 4 CO.

proposition de jugement ou une décision de l'autorité de conciliation est réservée (voir à ce propos point 8 ci-après/ci-dessous).

Dans la mesure où l'audience de conciliation à huis clos favorise la volonté des parties à transiger et qu'il existe d'autres possibilités de contrôler les activités des offices de conciliation, il faut saluer la réglementation de l'art. 200 al. 3 CPC-CH qui prévoit que l'audience n'est en principe pas publique, mais que l'autorité de conciliation peut de cas en cas autoriser partiellement ou complètement la publicité des débats si un intérêt public le justifie.

Les **motifs de récusation** sont régis par l'art. 45 CPC-CH. Les conseils donnés par un office de conciliation avant une procédure de conciliation ne sont pas réputés des motifs de récusation au sens de cet article.

8. Clôture de la procédure, proposition de jugement et décision

En vertu de l'art. 205 CPC-CH, l'autorité de conciliation consigne une tentative de conciliation (transaction, acquiescement ou désistement d'action inconditionnel) au procès-verbal et soumet celui-ci à la signature des parties. Ensuite, chaque partie reçoit une copie du procès-verbal. La transaction, l'acquiescement ou le désistement d'action ont les effets d'une **décision entrée en force**¹⁸.

Lorsque la tentative de conciliation n'aboutit pas, l'autorité de conciliation consigne l'échec dans le procès-verbal et délivre au demandeur l'autorisation de procéder, qui contiendra les données précisées à l'art. 206 CPC-CH. Le demandeur est en droit de porter l'action devant le tribunal dans un délai de trois mois à compter de la délivrance de l'autorisation de procéder (art. 206 al. 3 CPC-CH). L'autorité de conciliation peut aussi soumettre aux parties une **proposition de jugement** considérée comme acceptée et ayant les effets d'une décision entrée en force lorsque aucune des parties ne s'y oppose dans un délai de 20 jours à compter du jour où elle a été communiquée aux parties (art. 207 al. 1 let. a et 208 CPC-CH).

Sur requête du demandeur, l'autorité de conciliation peut statuer au fond dans les litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 2000 francs (art. 209 CPC-CH). La décision est sujette au recours limité au droit (art. 316 ss CPC-CH, message CPC-CH 6942). Il n'existe aucune voie de recours contre les jugements de l'autorité de conciliation. La procédure ne peut excéder douze mois (voir ci-dessus point 3).

Conformément à l'art. 206 al. 3 CPC-CH, l'autorisation de procéder est valable pendant trois mois à partir de sa délivrance. Si le demandeur ne porte pas plainte dans ce délai, l'autorisation s'éteint et met ainsi un terme à la litispendance. Etant donné que l'inobservation du délai n'emporte pas force de chose jugée (à moins que la loi n'en dispose autrement), le demandeur est en droit de faire ouvrir une nouvelle procédure de conciliation ou de déposer plainte directement.

9. Allocations de dépens

Aux termes de l'art. 111 al. 2 let. a CPC-CH, la procédure de conciliation LEg est **gratuite**.

Selon l'art. 111 al. 1 CPC-CH, il n'est pas alloué de dépens en procédure de conciliation. L'indemnisation d'un avocat d'office par le canton demeure réservée (message CPC-CH 6911).

¹⁸ Tant que la litispendance est maintenue, les parties peuvent aussi faire consigner une transaction judiciaire avec les effets d'une décision entrée en force, voir message CPC-CH 6940.

Il peut s'avérer nécessaire d'accorder l'assistance judiciaire dès l'audience de conciliation lorsqu'il s'agit d'une affaire qui soulève des questions de fait et de droit complexes, tels que les cas de discrimination, ou lorsqu'il s'agit de rétablir un équilibre des forces entre les parties afin de parvenir à un accord équitable.

L'octroi de l'assistance judiciaire pour les frais des parties dans le cadre d'une procédure de conciliation s'avère conforme à l'esprit et au but de la loi sur l'égalité, pour autant que le requérant justifie de son indigence et que la cause pour laquelle l'assistance est sollicitée ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès. Avec l'entrée en vigueur du CPC-CH, toute loi cantonale dérogeant à ce principe deviendra caduque.