



---

## Condensé

*La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes a pour objet de faciliter l'application du droit à un salaire égal, garanti par l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution. Elle vise aussi, de manière plus générale, à concrétiser le mandat confié au législateur de pourvoir à l'égalité dans le domaine du travail et elle constitue à cet effet un grand pas de plus en direction de l'égalité, étant entendu que des mesures devront également être prises dans d'autres domaines, notamment en matière de politique sociale, de politique familiale et de formation. De telles mesures n'incombent d'ailleurs pas seulement à la Confédération, mais aussi aux cantons, aux communes et aux particuliers, notamment aux partenaires sociaux.*

*La loi devait également transposer le droit de l'EEE dans le domaine de l'égalité entre femmes et hommes, en introduisant une interdiction de discrimination à raison du sexe dans l'emploi, y compris l'accès à l'emploi, et en améliorant la protection contre les licenciements de rétorsion. En dépit du rejet de l'Accord EEE par le peuple et les cantons, il importe de maintenir l'eurocompatibilité de l'ordre juridique suisse. L'élimination des discriminations entre femmes et hommes sur le marché du travail contribue à une meilleure affectation des ressources et à la suppression des distorsions de concurrence d'ordre structurel. Le projet de loi permettra à la Suisse d'avoir une législation pour l'essentiel conforme au droit communautaire dans ce domaine et de combler son retard par rapport aux pays qui l'entourent.*

*La loi s'applique à l'ensemble des travailleurs du secteur privé, ainsi qu'aux agents de la fonction publique fédérale, cantonale et communale.*

*La loi prévoit une interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe dans l'emploi, y compris lors de l'embauche et lors de la résiliation des rapports de travail. L'interdiction porte sur toute discrimination, directe ou indirecte. En cas de violation de l'interdiction de discriminer, les travailleurs disposent d'actions analogues à celles de l'article 28a du code civil. Lors de l'embauche et lors de la résiliation des rapports de travail, ils ne peuvent toutefois prétendre qu'au versement d'une indemnité semblable à celle de l'article 336a du code des obligations.*

*En outre, le projet de loi prévoit des mesures destinées à faciliter l'application du droit à un salaire égal et du droit à l'égalité de traitement dans l'emploi:*

- le renversement du fardeau de la preuve lorsqu'une discrimination est rendue vraisemblable;*
- le droit d'action et de recours des organisations de défense des travailleurs et des organisations ayant pour but de promouvoir l'égalité des sexes;*
- une protection accrue contre les congés de rétorsion, qui seront désormais annulables;*
- l'obligation pour les cantons de prévoir une procédure de conciliation;*
- l'application de l'article 343 du code des obligations, sans limite de valeur litigieuse, dans les litiges relatifs à la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes.*

*Des aides financières sont également prévues afin de promouvoir la mise sur pied de programmes d'action par des organisations publiques ou privées en faveur de l'égalité*

---

---

*entre femmes et hommes. Ces programmes peuvent notamment porter sur la formation et le perfectionnement professionnels, l'infrastructure, l'organisation du travail ou la représentation des sexes dans le monde du travail. La Confédération pourra également attribuer des aides financières à des services de consultation qui œuvrent dans le domaine de la réinsertion professionnelle et de l'égalité professionnelle entre les sexes.*

*Le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes voit son existence inscrite dans la loi. Sa position hiérarchique est élevée au rang d'un office ou d'un service au sens de l'article 58, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre C, de la loi sur l'organisation de l'administration.*

# Message

## **1 Nécessité d'une loi sur l'égalité**

### **11 Situation des femmes dans le monde du travail et mandat constitutionnel**

#### **111 L'égalité des sexes dans la constitution**

Le 14 juin 1981, le peuple et les cantons suisses ont adopté un nouvel article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, dans la constitution, qui stipule que:

L'homme et la femme sont égaux en droits. La loi pourvoit à l'égalité, en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail. Les hommes et les femmes ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.

Le texte adopté était un contre-projet à une initiative populaire des organisations féminines déposée en 1976, laquelle avait été retirée au profit du texte adopté par l'Assemblée fédérale. Le message du Conseil fédéral du 14 novembre 1979 (FF 1980 I 73 ss) énumérait diverses inégalités entre hommes et femmes dans la législation alors en vigueur et dans la pratique, en particulier dans les domaines du droit de la famille, du droit fiscal, du droit du travail et du droit des assurances sociales. Le message renvoyait également aux discriminations que subissent les femmes dans la vie professionnelle, partant d'une différence de rémunération d'un tiers à un quart (FF 1980 I 84).

Plus de dix ans après l'adoption du nouvel article constitutionnel, l'égalité des droits entre hommes et femmes dans la législation fédérale est en voie de réalisation. Il subsiste pourtant des inégalités, en particulier dans le domaine des assurances sociales. Par ailleurs la situation réelle des femmes, notamment sur le marché du travail, a trop peu progressé. En dépit de son effet direct, le principe constitutionnel de l'égalité des salaires entre hommes et femmes a suscité peu de cas de jurisprudence et n'a pas éliminé les inégalités salariales entre femmes et hommes.

#### **112 L'égalité de rémunération**

Au niveau mondial, les femmes sont moins rémunérées que les hommes dans tous les pays pour lesquels on dispose de données. L'écart de rémunération est en moyenne de 30 à 40 pour cent et rien ne semble indiquer qu'il diminue<sup>1)</sup>. Le fait que les femmes investissent une profession jusque là réservée aux hommes ne suffit d'ailleurs pas à leur assurer une rémunération égale à celle de leurs collègues masculins<sup>2)</sup>. Au cours des années quatre-vingt, l'écart salarial entre

<sup>1)</sup> Les Femmes dans le monde 1970 – 1990, Des chiffres et des idées, Nations Unies, New York, 1992, p. 6.

<sup>2)</sup> Idem, p. 6.

hommes et femmes n'a guère diminué dans les pays industrialisés et s'est même accentué dans certains d'entre eux<sup>3)</sup>.

L'enquête d'octobre 1990 sur les salaires et les traitements montre qu'en Suisse également les femmes sont nettement moins rétribuées que les hommes et qu'il subsiste un écart de salaire d'environ 30 pour cent<sup>4)</sup>. Ainsi, sur l'ensemble des travailleurs, un homme gagne en moyenne 4620 francs par mois, contre 3319 francs pour une femme. Le salaire horaire d'un ouvrier qualifié est de 24 fr. 50, celui d'une ouvrière qualifiée de 16 fr. 75. Dans la catégorie des employés, un homme gagne en moyenne 5484 francs par mois, une femme 3781 francs. L'enquête d'octobre ne fournit pas d'indications suffisantes pour déterminer dans quelle mesure ces écarts de rémunération sont dus à une discrimination salariale pour un travail de valeur égale ou résultant d'effets de structure, c'est-à-dire de la situation différente des hommes et des femmes sur le marché du travail. Elle confirme néanmoins l'existence de très nets écarts de rémunération entre hommes et femmes.

Dans la Communauté européenne, l'écart de salaire entre hommes et femmes s'est quelque peu réduit, surtout dans les années septante, mais demeure important, en dépit des mesures législatives adoptées par les Etats membres: dans l'industrie, il se situe aux environs de 25 pour cent. Cette moyenne recouvre toutefois des différences importantes entre les pays. L'écart de salaire serait de 15 pour cent au Danemark et en Italie, de 20 pour cent en France et en Grèce, mais supérieur à 30 pour cent au Royaume-Uni et en Irlande<sup>5)</sup>. La disparité salariale paraît nettement plus faible dans certains pays par rapport à d'autres, notamment dans les pays nordiques, où l'écart de salaire représente 10 à 20 pour cent<sup>6)</sup>, alors que dans d'autres pays comme la Suisse, le Luxembourg ou la Belgique, il avoisine les 30 à 40 pour cent. Bien qu'il soit difficile de comparer les données sur le plan international, la Suisse tendrait à se situer parmi les pays européens qui connaissent l'écart de rémunération le plus important.

Une étude effectuée en 1988, dans le cadre des travaux du groupe de travail «Egalité des salaires»<sup>7)</sup>, analyse sur une base statistique et économétrique si et dans quelle mesure les différences de salaire existant statistiquement peuvent être attribuées à des différences dues au sexe. D'après les résultats de l'étude, la disparité salariale entre hommes et femmes serait de l'ordre de 41 pour cent. Partant du principe qu'en Suisse les femmes susceptibles d'être rétribuées à un

<sup>3)</sup> Document technique de base, Colloque tripartite sur l'égalité de chances et de traitement pour les hommes et les femmes en matière d'emploi dans les pays industrialisés, Genève 19 - 23 novembre 1990, Bureau international du travail, Genève, 1990/1.

<sup>4)</sup> Enquête d'octobre 1990 sur les salaires et traitements, *Vie économique* 9/91, p. 32 ss.

<sup>5)</sup> *Employment in Europe*, Commission of the European Communities, Luxembourg 1990, p. 61.

<sup>6)</sup> Document technique de base, Colloque tripartite sur l'égalité de chances et de traitement pour les hommes et les femmes en matière d'emploi dans les pays industrialisés, Genève 19 - 23 novembre 1990, précité, p. 34. *Annuaire des statistiques du travail*, Bureau international du travail, Genève, 1987.

<sup>7)</sup> *Untersuchungen zum Lohngleichheitsgrundsatz nach Art. 4 Abs. 2 BV*, Forschungsbericht Nr. 1, *Lohndiskriminierung in der Schweiz: Evidenz von Mikrodaten*, Prof. Dr. Peter Kugler, EJPD, 1988.

niveau élevé sont moins nombreuses à exercer une activité lucrative que les femmes susceptibles de percevoir de bas salaires, l'étude procède à une correction de la sélection qui ramène la disparité salariale entre hommes et femmes à 28 pour cent.

La disparité salariale résiduelle peut encore s'expliquer, pour moitié, par des facteurs de détermination du salaire tels que la formation, l'expérience professionnelle et la santé. Il subsiste une part de disparité salariale qui ne peut être expliquée par de tels facteurs et qui représente l'étendue potentielle de la discrimination. Cette part est de l'ordre de 14 pour cent. L'étude met en évidence de très importantes différences entre la discrimination salariale dont font l'objet les Suissesses, évaluée à 7 pour cent, et celle dont font l'objet les étrangères travaillant en Suisse, qui est de l'ordre de 28 pour cent. Le recours à une correction de la sélection est par ailleurs controversé, parce qu'il n'est pas certain que les femmes sans activité lucrative mais avec un potentiel salarial de haut niveau en raison d'une bonne formation trouvent effectivement du travail à ces conditions. Il est en outre douteux que les femmes choisissent en toute liberté de se tenir à l'écart du marché du travail. Si l'on devait admettre que les femmes sont tenues à l'écart du marché du travail en raison de pratiques discriminatoires de la part des employeurs, la correction effectuée serait inappropriée et conduirait à une distorsion de la sélection vers le bas. On doit également tenir compte du fait que les facteurs formation, santé et expérience professionnelle, s'ils peuvent expliquer en partie la disparité salariale, sont en eux-mêmes porteurs de discriminations. Si l'on renonce à une correction de la sélection, ce qui est le cas de la plupart des analyses étrangères, la part non justifiée de la disparité salariale est de l'ordre de 20 à 30 pour cent.

Un niveau de formation des femmes aussi élevé que celui des hommes ne garantit pas un revenu égal. Si l'on considère la situation de l'emploi des nouveaux diplômés universitaires en 1989, on constate que la différence de revenu entre hommes et femmes titulaires d'un premier diplôme est de 5000 francs par an entre diplômés célibataires et de 8000 francs par an entre diplômés mariés. Pour les titulaires d'un deuxième diplôme la différence s'accroît encore, puisqu'elle est de 10 000 francs pour les diplômés célibataires et de 11 000 francs pour les diplômés mariés<sup>8)</sup>. Plusieurs études arrivent à des résultats semblables: plus les femmes ont investi de temps et d'effort dans leur formation, plus la différence de salaire avec les hommes de même niveau est marquée. Une étude de 1992<sup>9)</sup> portant sur les salaires de cadres dans plus de 300 entreprises suisses révèle que pour un salaire moyen de 120 000 francs, la différence de salaire entre les sexes est de 38 200 francs. Les différences subsistent à l'intérieur du même échelon. Ainsi, au premier

<sup>8)</sup> La situation de l'emploi des diplômés universitaires en 1989, Association suisse pour l'orientation universitaire (ASOU), Politique de la science, 1990, suppl. 46, p. 83 ss.

<sup>9)</sup> Studie «Schweizer Kadergehälter 1992», voir Schweizer Handels Zeitung, 3. September 1992, Nr. 36; voir aussi Rapport sur la situation des femmes dans l'administration communale lausannoise en septembre 1988, Groupe de réflexion de l'administration communale lausannoise, mai 1989; Frauen in der Verwaltung des Kantons Zürich, eine empirische Untersuchung über geschlechtsspezifische Differenzen anhand von Personal- und Besoldungsdaten, Direktion des Innern des Kantons Zürich, Fachstelle für Gleichberechtigungsfragen, Zürich, Mai 1991.

échelon (direction générale, chefs d'entreprise), le salaire moyen des hommes est de 216 000 francs, celui des femmes de 134 500 francs, soit une disparité salariale de plus de 80 000 francs. Au deuxième échelon (direction, conseil d'administration), la différence est de 47 500 francs pour un salaire masculin de 146 500 francs. Aux 3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> échelons, l'écart est respectivement de 25 600 francs pour un salaire masculin de 117 000 francs et de 15 300 francs pour un salaire masculin de 94 300 francs. La disparité doit être un peu relativisée par le fait qu'en moyenne, les femmes en position de cadre sont plus jeunes et moins expérimentées que leurs homologues masculins. Toutefois, plusieurs exemples de cette étude témoignent du fait qu'à conditions égales, les disparités salariales entre les sexes subsistent, notamment à entreprise de même importance, à âge, à formation, à expérience et à responsabilité égaux.

### **113 Participation des femmes à la vie active**

Si l'on compare la proportion des femmes dans la population active, on remarque que le taux de participation à la vie active des femmes en Suisse est resté relativement stable: il a passé de 32 pour cent en 1975 à 37,5 pour cent en 1990<sup>10)</sup>. Il reste de près de moitié inférieur à celui des hommes.

Le taux d'activité des femmes a sensiblement augmenté dans les pays de l'OCDE au cours des deux dernières décennies, passant de 48,2 pour cent en 1973 à 59,1 pour cent en 1988<sup>11)</sup>. Cette moyenne recouvre des différences assez importantes entre pays, le taux le plus élevé allant jusqu'à 80 pour cent en Suède pour l'année 1988, tandis que le taux le plus bas pour la même année est de 36 pour cent en Irlande. Le taux d'activité des femmes pour l'ensemble des pays de l'OCDE reste nettement inférieur à celui des hommes qui est en moyenne de 83,6 pour cent pour l'année 1988.

Selon l'enquête suisse sur la population active (ESPA), laquelle prend en compte une définition de l'activité lucrative qui inclut le travail occasionnel, le taux d'activité des femmes en Suisse pour le deuxième trimestre de 1991 était de 56 pour cent; il reste donc nettement inférieur au taux d'activité des hommes qui était de 88 pour cent<sup>12)</sup>.

Selon une comparaison internationale effectuée sur la base des chiffres de l'ESPA pour le deuxième trimestre de 1991, le taux d'activité des femmes en Suisse apparaît plus élevé que le taux d'activité des femmes dans la Communauté européenne, lequel se situe à 42 pour cent. Il est en revanche légèrement inférieur au taux d'activité des femmes dans l'ensemble des pays de l'AELE, où il se situe à 61 pour cent<sup>13)</sup>. La constatation selon laquelle le taux d'activité des femmes en Suisse serait plus élevé que dans les pays qui nous entourent doit toutefois être tempérée par le fait que les femmes sont beaucoup plus nombreuses à travailler à

<sup>10)</sup> Annuaire statistique de la Suisse, 1992.

<sup>11)</sup> OCDE, Perspectives de l'emploi, Paris, 1990.

<sup>12)</sup> SAKE-NEWS, Informationen für interessierte Datenbenutzer, OFS, Nr. 92/2.

<sup>13)</sup> SAKE-NEWS, Informationen für interessierte Datenbenutzer, Documentation de presse 1991, OFS, Nr. 91/7.

temps partiel en Suisse que dans les pays voisins. Ainsi, 52,6 pour cent des femmes actives en Suisse, contre 28,9 pour cent seulement dans les pays de la CE, sont engagées à temps partiel, ce qui, selon la définition utilisée par l'ESPA, peut recouvrir une activité professionnelle très occasionnelle. Si le taux d'activité féminin dans la Communauté européenne demeure inférieur au taux d'activité masculin, il faut néanmoins relever que près des deux tiers des nouveaux emplois créés dans la Communauté de 1985 à 1988 ont été occupés par des femmes.

Si la participation des femmes à la vie active a régulièrement augmenté dans l'ensemble des pays de l'OCDE, elle reste très nettement inférieure à celle des hommes. La Suisse paraît se situer dans la bonne moyenne, étant entendu que les chiffres cités peuvent recouvrir des réalités fort différentes d'un pays à l'autre, notamment quant au temps de travail effectué.

On note une corrélation entre le taux d'activité des femmes et la présence d'enfants de moins de quinze ans. Ainsi, le taux d'activité des femmes ayant des enfants est nettement plus faible que celui des femmes sans enfants, puisqu'il est d'environ 56 pour cent contre 73 pour cent. Pour les hommes, le taux d'activité se maintient aux environs de 90 pour cent, qu'ils vivent dans un ménage comprenant des enfants de moins de quinze ans ou non<sup>14)</sup>. On retrouve le même écart de taux d'activité des femmes selon la situation familiale dans l'ensemble des pays de la Communauté européenne, à l'exception du Danemark où l'écart est très faible<sup>15)</sup>, une situation qui peut être mise au compte de la politique familiale très développée de ce pays. Selon une enquête effectuée aux Etats-Unis en 1986, les mères de 21 à 29 ans qui n'étaient pas sur le marché de l'emploi à cause des problèmes posés par la garde de leurs enfants représentaient selon les estimations près de 14 pour cent de la population totale des mères américaines dans cette tranche d'âge et 23 pour cent des personnes sans activité lucrative<sup>16)</sup>. En dépit de l'incidence de la situation familiale sur l'activité professionnelle des femmes, on constate de manière générale un net accroissement de la participation des mères de jeunes enfants à une activité lucrative dans les pays de l'OCDE<sup>17)</sup>.

## 114 Modalités d'emploi

Le temps de travail et les modalités d'emploi font apparaître des différences importantes entre les femmes et les hommes.

Ainsi, plus de la moitié des femmes exerçant une activité lucrative en Suisse travaillent à temps partiel ou de manière atypique, les hommes n'étant qu'une petite minorité dans le même cas<sup>18)</sup>.

<sup>14)</sup> Enquête suisse sur la population active (ESPA): relevé de 1991, OFS, décembre 1991.

<sup>15)</sup> Employment in Europe, Commission of the European Communities, Luxembourg 1990, p. 92.

<sup>16)</sup> Child-care problems: an obstacle to work, Peter Cattani, Monthly Labor Review, October 1991.

<sup>17)</sup> OCDE, Perspectives de l'emploi 1990, p. 134.

<sup>18)</sup> SAKE-NEWS, Informationen für interessierte Datenbenutzer, OFS, Nr. 92/2: Brigitte Buhmann, Zahlen und Fakten zur Frauenerwerbstätigkeit.

Les postes de travail à temps partiel sont occupés à raison de 84 pour cent par des femmes. Si plus de la moitié des femmes âgées de plus de quinze ans exercent une activité lucrative, elles l'exercent le plus souvent à temps partiel. Le travail à plein temps n'est la règle qu'auprès des femmes jeunes.

On peut voir un lien entre le temps de travail et la situation familiale. Les femmes exerçant une activité lucrative travaillent dans leur majorité à plein temps lorsqu'elles n'ont pas d'enfants de moins de quinze ans (52 %). Dans le cas contraire, elles sont plus des trois quarts à exercer leur activité lucrative à temps partiel contre à peine un cinquième des pères dans la même situation. D'ailleurs, si le travail à temps partiel est plus répandu chez les femmes qui ont des enfants à charge que chez celles qui n'en ont pas, la situation tend à s'inverser pour les hommes: ceux-ci sont un peu plus nombreux à exercer leur activité professionnelle à temps partiel lorsqu'ils n'ont pas d'enfants que lorsqu'ils en ont<sup>19)</sup> (15 % contre 5 %). On retrouve donc à travers ces chiffres la répartition traditionnelle des rôles entre le père, chargé en priorité de faire vivre sa famille, et la mère, à qui échoit l'essentiel des tâches domestiques et familiales.

La plupart des femmes expliquent d'ailleurs leur choix de travailler à temps partiel par leurs obligations familiales et le manque de structures de garde pour les enfants. Les hommes qui travaillent à temps partiel justifient en revanche leur choix par une volonté d'épanouissement personnel, notamment dans le cadre d'une formation ou d'une activité accessoire.

Pour les femmes, le travail à temps partiel représente plus un besoin, voire une nécessité, qu'un choix véritable. A cet égard, la demande de postes de travail à temps partiel est supérieure à l'offre: plus d'un quart des femmes travaillant à temps complet préférerait travailler à temps partiel. Pour les mères de famille, cette proportion est même de deux tiers.

L'exercice d'une activité lucrative à temps partiel représente donc une spécificité du travail féminin, liée fortement à la présence d'enfants de moins de quinze ans. Or, si le travail à temps partiel peut être perçu comme une chance pour les femmes, dans la mesure où il leur permet de concilier l'exercice d'une activité lucrative avec une vie familiale, il est aussi un obstacle non négligeable à la réalisation d'une véritable égalité des chances entre hommes et femmes. Il a pour première conséquence de perpétuer le partage traditionnel des rôles entre hommes et femmes. Des études démontrent qu'il est souvent loin d'alléger le travail des mères et qu'il crée même de nouvelles contraintes. De plus, par les réductions de salaire qu'il entraîne, il ne permet pas aux femmes de pourvoir de manière autonome à leurs moyens d'existence. Le travail à temps partiel a de plus des répercussions négatives sur les assurances sociales, en particulier en ce qui concerne le deuxième pilier.

Il convient également de distinguer entre le travail exercé à temps partiel à l'initiative de la salariée et le travail exercé à temps partiel à l'initiative de l'employeur. Dans le second cas, il est imposé comme politique de gestion du personnel et comme alternative au chômage et ne répond pas nécessairement aux

<sup>19)</sup> SAKE-NEWS, Informationen für interessierte Datenbenutzer, OFS, Nr. 92/2: Akiko Ries, Zeitkünstlerinnen – statistische Hintergedanken zu Frauenarbeit und Arbeitsmarkt.

souhaits ou aux besoins de la travailleuse. Il n'est plus un aménagement du temps de travail, mais une nouvelle forme d'emploi, qui peut donner lieu à des discriminations en matière de statut professionnel (précarisation des emplois à temps partiel) ou de rémunération (à travail égal, l'heure à temps partiel ne vaut pas toujours autant que l'heure à plein temps)<sup>20</sup>. Or, selon un rapport de l'OCDE, les femmes prédominent parmi les travailleurs à temps partiel involontaire, représentant au moins les six dixièmes de ce groupe<sup>21</sup>.

D'une manière générale, les femmes occupent plus souvent que les hommes des emplois précaires. Dans tous les pays de la Communauté européenne sauf le Royaume-Uni, les femmes sont plus nombreuses que les hommes dans les emplois sous contrat de durée limitée. Une étude réalisée dans l'administration cantonale zurichoise<sup>22</sup> fait elle aussi apparaître une plus grande précarité de la situation professionnelle des femmes, qui occupent plus souvent que les hommes un poste ne donnant pas lieu à nomination.

## 115 Situation professionnelle

Hommes et femmes n'occupent pas les mêmes emplois, qu'il s'agisse des professions exercées, de la branche ou de la position occupée dans la hiérarchie professionnelle. Ces différences laissent apparaître une véritable ségrégation sexuelle sur le marché du travail: les données du recensement de la population de 1980 révèlent que sur 541 catégories professionnelles spécifiques, près de la moitié sont occupées à raison de plus de 90 pour cent par des hommes. Les professions occupées à raison de plus de 90 pour cent par des femmes représentent moins du dixième de ces professions. Au total, plus de la moitié des professions répertoriées sont occupées par plus de 90 pour cent de personnes d'un sexe<sup>23</sup>.

Ainsi, les femmes prédominent très nettement dans les professions de la santé, de l'éducation et des autres services, de la restauration et de la vente de détail. Elles sont en revanche fortement sous-représentées dans les professions de l'industrie et de l'artisanat, du bâtiment et du génie civil, des transports et des communications, des banques et des assurances<sup>24</sup>. Les trois quarts des femmes sont occupées dans des emplois qui couvrent à peine cinq secteurs d'activité (vente de détail, restauration/hôtellerie, santé, éducation, autres services). Dans certaines professions, comme celles d'opérateur de saisie, d'aide en pharmacie, d'aide médical, d'hygiéniste dentaire, d'infirmier diplômé, de maïeuticien, de jardinier d'enfants, on ne trouve, selon les données du recensement de la population de

<sup>20</sup> Au Labeur des dames, Métiers masculins, emplois féminins, Margaret Maruani et Chantal Nicole, Paris, 1989.

<sup>21</sup> OCDE, Perspectives de l'emploi, 1990, p. 191 ss.

<sup>22</sup> Frauen in der Verwaltung des Kantons Zürich, eine empirische Untersuchung über geschlechtsspezifische Differenzen anhand von Personal- und Besoldungsdaten, Direktion des Innern des Kantons Zürich, précité, p. 12.

<sup>23</sup> Maria Charles, Geschlechtsspezifische Arbeitsmarktsegregation in der Schweiz, Revue suisse de sociologie, Vol. 13 n° 1 1987, p. 6.

<sup>24</sup> Statistiques de l'emploi et de la population active occupée, 3, Emploi et vie active, 4<sup>e</sup> trimestre 1991, OFS, Berne 1992.

1980, quasiment aucun homme. A l'inverse, les professions de menuisier-ébéniste, de mécanicien, de monteur-électricien, de maçon, de peintre en bâtiment, d'ingénieur ETH et ETS, d'agent d'assurance, d'expert-comptable, de chauffeur de poids lourds, de physicien, d'informaticien, de chef d'entreprise ou de professeur d'université, sont occupées dans leur totalité ou quasi-totalité par des hommes. Les professions dans lesquelles les femmes sont très représentées reflètent en général le rôle traditionnel qui leur est attribué dans la société (soins, assistance, éducation des jeunes enfants) et sont souvent moins prestigieuses et moins rémunérées que les professions typiquement masculines. Les femmes sont particulièrement peu représentées dans les professions scientifiques et dans les professions techniques<sup>25</sup>).

On retrouve la même ségrégation sexuelle dans la hiérarchie de la position professionnelle. Les données de l'enquête suisse sur la population active pour 1991 tendent à montrer qu'un homme actif occupé sur deux exerce une activité comprenant des tâches de gestion, en tant qu'indépendant, membre de la direction ou cadre. La proportion pour les femmes est d'une sur quatre<sup>26</sup>). Un tiers environ des indépendants et des salariés cadres sont de sexe féminin. A l'échelon des membres de la direction, les femmes sont encore moins nombreuses, puisqu'elles ne représentent plus qu'un cinquième environ de ce groupe de personnes. Une étude de 1992 portant sur plus de 300 entreprises suisses tend à montrer que seuls 11 pour cent des postes de cadre sont occupés par des femmes. A l'échelon de la direction générale et des chefs d'entreprise, on ne trouve que 1,5 pour cent de femmes. A l'échelon de la direction et du conseil d'administration, on trouve 7 pour cent de femmes. Parmi les chefs de secteur, de division ou de section, on trouve entre 8 et 9 pour cent de femmes, tandis qu'au niveau inférieur des cadres supérieurs (chefs de groupe, états-majors, secrétaires de direction), on trouve 17 pour cent de femmes<sup>27</sup>).

Les raisons de cette prédominance d'un sexe ne sont sans doute pas seulement imputables au type de formation acquise. Elles dépendent également des conditions de travail, telles que la possibilité de travailler à temps partiel. On constate aussi qu'à qualification égale, les femmes se voient souvent affectées à un poste de travail légèrement différent de celui des hommes en raison de qualités perçues comme étant spécifiquement féminines, telles la résistance à la monotonie, l'habileté manuelle ou le sens de l'accueil. Ces qualités étant en retour jugées comme naturelles chez une femme, elles ne comptent pas ou peu dans la rémunération. Ce phénomène contribue à créer des catégories professionnelles féminisées à bas niveau de rémunération<sup>28</sup>).

<sup>25</sup> Eidgenössische Volkszählung 1980, Erwerbstätigkeit, Band 9, Bundesamt für Statistik, 1985.

<sup>26</sup> Enquête suisse sur la population active (ESPA): le relevé de 1991, OFS, décembre 1991.

<sup>27</sup> Studie «Schweizer Kadergehälter 1992», précité; voir aussi Zur Situation der erwerbstätigen Frau, Ursachen und Hintergründe der besonderen Probleme bei Berufseintritt, Berufsaufstieg, Berufsunterbrechung und Rückkehr in den Beruf, Anita E. Calonder Gerster, Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Bern, 1990, p. 54.

<sup>28</sup> L'école des filles, quelle formation pour quels rôles sociaux?, Marie Duru-Bellat, Paris 1990, p. 147 à 148.

La ségrégation professionnelle est aussi apparente dans les offres d'emploi. Une étude réalisée récemment par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes<sup>29)</sup> révèle que, dans leur grande majorité, les annonces d'offres d'emploi s'adressent spécifiquement à une femme ou spécifiquement à un homme, les secondes étant d'ailleurs nettement plus nombreuses que les premières. Même dans le secteur public, les postes offerts aux deux sexes ne représentent pas la moitié des postes mis au concours. Les annonces sont rédigées au féminin ou au masculin en fonction des branches et des professions auxquelles se rapportent les postes offerts: les offres se rapportant à des professions traditionnellement féminines seront rédigées au féminin ou en la forme composée, tandis que les offres se rapportant à des professions peu féminisées seront rédigées exclusivement au masculin. Plus le poste offert occupe un rang élevé dans la hiérarchie, plus l'annonce aura de chances d'être rédigée au masculin. Le travail à temps partiel est presque exclusivement réservé aux postes de rang inférieur et aux femmes. Enfin, les qualités personnelles requises sont très révélatrices des stéréotypes qui prévalent encore en matière de répartition traditionnelle des rôles: ainsi, l'amabilité, une bonne présentation, la gentillesse, le sourire, la bonne humeur, la rapidité, apparaissent presque exclusivement dans les annonces féminines, tandis que l'esprit de négociation, la créativité, la capacité à s'imposer, l'esprit d'entreprise, les qualités de chef et de gestionnaire, apparaissent presque exclusivement dans les annonces masculines. Au-delà de ces qualificatifs, c'est souvent le ton même de l'annonce qui définit si elle s'adresse à une femme ou à un homme. Il est frappant de constater que ce sont essentiellement les qualités du cœur qui sont requises des femmes, laissant entendre qu'elles ont pour vocation de faire régner une bonne ambiance dans l'entreprise, tandis que l'on attend des hommes qu'ils mettent l'entreprise sur la voie du succès. Le message ainsi véhiculé par les clichés utilisés, puis intériorisé par les femmes, est que l'annonce ne leur est pas destinée.

## 116 Chômage

Selon les chiffres de l'ESPA, dont la définition du chômage correspond aux normes internationales, il y avait parmi les personnes au chômage durant le deuxième trimestre de l'année 1991 en Suisse davantage de femmes que d'hommes (59 % de femmes pour 41 % d'hommes). Pourtant, les femmes s'annoncent moins souvent à l'assurance-chômage que les hommes: parmi les personnes inscrites dans un office d'assurance-chômage, on trouve en effet 46 pour cent de femmes pour 54 pour cent d'hommes. Selon les statistiques de l'OFIAMI, le taux de chômage était, à fin août 1992, de 2,8 pour cent pour les hommes et de 3,6 pour cent pour les femmes.

Dans la Communauté européenne, le taux de chômage des femmes est également plus élevé que celui des hommes, puisqu'il s'élève à 11,9 pour cent pour les

<sup>29)</sup> Et pourquoi pas une femme?, Une recherche concernant les annonces d'offres d'emploi vues sous l'angle de la spécificité des sexes, Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Berne, juin 1992.

femmes contre 7 pour cent pour les hommes en 1989. Le chômage de longue durée affecte les hommes et les femmes de manière assez semblable dans la plupart des pays de la Communauté<sup>30)</sup>.

## 117 Niveaux et choix de formation

En Suisse, l'écart de formation entre les hommes et les femmes tend à s'amenuiser. Les femmes représentent ainsi 45 pour cent des étudiants du degré secondaire II (écoles préparant à la maturité, écoles normales, formation professionnelle) en 1990/91. L'écart est plus grand au niveau tertiaire, les femmes représentant environ 35 pour cent des effectifs. Elles sont bien représentées dans les universités (39 %), mais très peu représentées dans les écoles techniques et les écoles professionnelles supérieures (respectivement 3 et 15 %) <sup>31)</sup>. Pour l'année 1990/91, les femmes représentent moins de 4 pour cent des effectifs dans les écoles d'ingénieurs ETS.

On retrouve au niveau des choix de formation la même ségrégation professionnelle que dans l'exercice d'une activité lucrative. Dans les formations professionnelles des soins corporels, des soins médicaux et de l'assistance sociale, les femmes représentent plus de 90 pour cent des effectifs. Elles forment en revanche moins de 10 pour cent des effectifs dans les formations professionnelles de l'agriculture, de la sylviculture, du bois, de l'industrie chimique, des matières synthétiques et du caoutchouc, de l'industrie métallurgique et des machines, de l'industrie horlogère et du bâtiment. Dans les hautes écoles, les femmes sont bien représentées dans les facultés des sciences humaines et sociales, particulièrement dans les catégories philosophie, langues, littérature, culture, sciences sociales et sport, de même que dans les facultés de médecine et de pharmacie, où elles représentent plus de 45 pour cent des effectifs. En revanche, elles ne forment qu'un quart des effectifs dans les facultés des sciences exactes et naturelles, et 16 pour cent dans les facultés des sciences techniques<sup>32)</sup>.

## 118 Quelques causes des inégalités entre les sexes dans la vie professionnelle

Les causes des inégalités entre les sexes dans le monde du travail sont de plusieurs ordres. Diverses études mentionnent comme cause première les stéréotypes concernant la répartition des rôles entre femmes et hommes et les préjugés des entreprises sur l'attitude des femmes face au monde du travail: les femmes sont toujours perçues comme étant moins aptes à s'imposer que les hommes, moins disposées à assumer un surcroît de travail, moins créatives, et manquant d'autorité naturelle, d'ambition et de confiance en soi<sup>33)</sup>. Les attentes des entreprises face aux hommes et aux femmes sont très différentes: les femmes doivent plus souvent

<sup>30)</sup> Employment in Europe, précité, p. 33 et 149.

<sup>31)</sup> Annuaire statistique de la Suisse, OFS, 1992.

<sup>32)</sup> Annuaire statistique de la Suisse, OFS, 1992.

<sup>33)</sup> Zur Situation der erwerbstätigen Frau, Anita E. Calonder Gerster, précité, p. 60.

que les hommes faire la preuve de leurs compétences et sont systématiquement confrontées à des réactions de méfiance et de rejet lorsqu'elles ambitionnent une promotion hiérarchique. Ces obstacles forment un véritable «plafond de verre» auquel les femmes se heurtent dans leur ascension professionnelle et qu'elles parviennent difficilement à briser.

Les stéréotypes sexuels ne sont pas uniquement le fait des entreprises, mais sont également intériorisés par les femmes dès leur plus jeune âge. Il ne faut pas négliger les effets des désirs de la famille sur l'orientation professionnelle, ni les effets du traitement différencié entre filles et garçons à l'école. Les manuels scolaires, avec les clichés qu'ils véhiculent, et l'attitude des enseignants, qui tendent à accorder davantage d'attention aux garçons qu'aux filles, sont déterminants<sup>34)</sup>.

Un autre facteur important de discrimination est la répartition du travail ménager et de l'éducation des enfants entre les sexes. La répartition des rôles au sein du ménage est encore telle que les tâches ménagères et éducatives restent l'apanage des femmes et que la carrière de l'homme conserve la priorité. Les hommes qui souhaiteraient modifier la répartition des rôles se trouvent d'ailleurs confrontés aux mêmes difficultés que les femmes. Les femmes qui concilient activité professionnelle et famille le font souvent au prix de véritables acrobaties. Les exigences du foyer et de la famille sont en effet très difficilement compatibles avec les exigences d'une activité rémunérée dont les structures ont été conçues pour l'emploi masculin déchargé des contingences domestiques et familiales. Des mesures de politique familiale, telles que la mise à disposition de structures d'accueil pour les enfants, ainsi que des congés de maternité et des congés parentaux, peuvent contribuer à résoudre de tels problèmes. Quant aux interruptions, même momentanées, de l'activité lucrative, elles compromettent souvent les perspectives professionnelles des femmes à long terme. A cela s'ajoutent des obstacles structurels, tels que l'absence de flexibilité des horaires de travail, des horaires scolaires inadaptés ou de longs trajets, qui contribuent à accentuer les difficultés auxquelles sont confrontées les femmes et à réduire leurs choix et leur mobilité professionnels.

Des obstacles juridiques peuvent aussi jouer un rôle non négligeable. Ainsi, la législation sur la prévoyance professionnelle, qui permet actuellement à la femme mariée ou sur le point de se marier d'obtenir le versement en espèces de son capital de prévoyance lorsqu'elle cesse toute activité lucrative a pour conséquence d'hypothéquer un éventuel retour ultérieur à la vie lucrative<sup>35)</sup>. Les régimes fiscaux ont également une influence sur la décision des femmes d'exercer ou de reprendre une activité lucrative. Le système de l'imposition familiale, que connaissent la Confédération et la grande majorité des cantons, a pour effet d'additionner les revenus des conjoints. Le revenu supplémentaire de l'épouse porte le revenu commun des époux à un taux d'imposition supérieur (progres-

<sup>34)</sup> Idem, p. 27 ss; Rapport final du groupe de travail «Egalité des salaires» institué par le Département fédéral de justice et police, octobre 1988, p. 182 ss.

<sup>35)</sup> Rapport final du groupe de travail «Egalité des salaires» institué par le Département fédéral de justice et police, Berne, octobre 1988, p. 196 ss.

sion), de sorte que la charge fiscale supplémentaire réduit de façon exagérée le bénéfice tiré du deuxième salaire. Le Tribunal fédéral, dans l'arrêt Hegetschweiler (ATF 110 Ia 7 ss), part toutefois du principe que l'imposition des couples mariés ne doit pas dépasser de plus de 10 pour cent celle des concubins à conditions égales. A cela s'ajoutent les frais de garde des enfants qui, bien que liés à l'acquisition du revenu, ne sont généralement pas considérés comme déductibles du revenu imposable<sup>36)</sup>. En raison de ces effets, une femme peut se trouver fortement dissuadée d'exercer une activité lucrative.

## **12 L'élimination des discriminations fondées sur le sexe dans la législation fédérale**

### **121 L'égalité des droits et le mandat législatif de pouvoir à l'égalité**

La première phrase de l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution, consacre l'égalité des droits entre hommes et femmes. Elle interdit donc toute discrimination à raison du sexe, qu'elle soit directe ou indirecte. Il y a discrimination indirecte lorsque les deux sexes sont traités formellement de manière égale, mais que l'un d'eux est désavantagé dans les faits, sans que la discrimination soit justifiée par un motif objectif. Cette interdiction de discriminer ne déploie cependant pas d'effets directs dans les relations entre particuliers, notamment entre partenaires contractuels, et s'adresse seulement aux autorités.

La deuxième phrase de l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution, donne au législateur le mandat de légiférer, notamment dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail. Ce mandat, qui s'adresse aussi bien au législateur cantonal et communal, qu'au législateur fédéral, vise non seulement l'élimination des discriminations contenues dans la législation, mais également la réalisation de l'égalité entre hommes et femmes dans les faits.

### **122 L'application du droit à un salaire égal**

La troisième phrase de l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution, consacre le principe de l'égalité des salaires entre hommes et femmes pour un travail de valeur égale. Cette disposition est d'application directe, aussi bien à l'encontre des autorités qu'entre particuliers. Toutefois, le législateur n'avait pas exclu, lors des débats aux Chambres, l'adoption de mesures législatives destinées à concrétiser le droit à un salaire égal.

## **13 Le programme législatif du Conseil fédéral du 26 février 1986**

Dans la première phase qui a suivi l'adoption de l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution, les autorités législatives se sont concentrées sur les inégalités

<sup>36)</sup> Rapport «Egalité des salaires», p. 203.

juridiques entre hommes et femmes. Lors des débats aux Chambres à propos de l'article constitutionnel, le Conseil fédéral avait été chargé par voie de motion de présenter un programme législatif en vue d'éliminer toutes les dispositions discriminatoires du droit fédéral, ce qu'il fit en 1986<sup>37)</sup>.

Le programme législatif de 1986 recensait des inégalités dans de nombreux domaines du droit. Un certain nombre de ces inégalités ont été éliminées depuis lors, en particulier avec la révision du droit matrimonial, de la législation sur la nationalité, des dispositions du code pénal sur les infractions contre l'intégrité sexuelle et l'introduction du suffrage féminin dans les deux demi-cantons d'Appenzell. Il subsiste néanmoins des inégalités dans de nombreux domaines, les plus importantes portant sur celui des assurances sociales. La complexité des régimes d'assurance sociale rend particulièrement difficile la réalisation du principe de l'égalité des droits entre femmes et hommes dans ce domaine. Une grande partie de ces discriminations seront toutefois éliminées dans le cadre de révisions en cours.

En ce qui concerne le domaine du travail, le Conseil fédéral relevait, dans son programme législatif, que la principale inégalité est sans aucun doute la différence de niveau de salaire entre hommes et femmes et que les causes de cette disparité ne sont pas de nature juridique, dès lors que l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, dernière phrase, de la constitution, garantit le droit individuel, pouvant être invoqué directement en justice, à un salaire égal pour un travail de valeur égale. Le Conseil fédéral notait également les difficultés auxquelles sont confrontées les travailleuses qui désirent faire valoir leur droit à un salaire égal, difficultés économiques, mais aussi difficultés liées à la procédure et à la preuve. Il s'engageait à examiner la situation lors de la législature suivante et à présenter un rapport, et, le cas échéant, un projet de loi.

Dans son programme législatif, le Conseil fédéral relevait aussi les limites de l'égalité juridique formelle, laquelle ne suffit pas à elle seule à éliminer les inégalités de fait entre les sexes. Le Conseil fédéral relevait ainsi qu'«il peut s'avérer nécessaire de prévoir des solutions transitoires, qui permettent de prendre des mesures particulières en faveur de l'un des deux sexes», l'égalité de droit n'étant pas un but en soi (FF 1986 I 1140).

### **131 Difficultés liées à l'exercice du droit à un salaire égal**

Depuis l'entrée en vigueur de l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution, près d'une quinzaine d'actions en justice ont pu être recensées en matière d'égalité salariale<sup>38)</sup>. La plupart de ces actions concernent toutefois des agentes de la fonction

<sup>37)</sup> Rapport sur le programme législatif «Egalité des droits entre hommes et femmes» du 26 février 1986 dans FF 1986 I 1132 ss.

<sup>38)</sup> Voir arrêts cités dans: Untersuchungen zum Lohnleichheitsgrundsatz nach Art. 4 Abs. 2 BV, Forschungsbericht Nr. 3.1 und 3.2, Durchsetzung des Lohnleichheitsgrundsatzes, Dr. Katharina Ley, EJPD, 1988; voir aussi arrêts publiés dans les ATF 113 Ia p. 107 ss, 117 Ia p. 262 ss, 117 Ia p. 270 ss, 118 Ia 35 ss; Zbl 84/1983 p. 277 ss, 85/1984 p. 163 ss, 90/1989 p. 203 ss, 90/1989 p. 481 ss.

publique cantonale, deux d'entre elles étant dirigées contre le régime cantonal d'allocations familiales, tandis qu'une troisième porte sur l'octroi d'un congé maternité. Nous n'avons eu connaissance que de trois actions en justice impliquant des entreprises privées. Dans un autre cas, l'action fut intentée contre un syndicat par une partie de ses membres et visait à interdire la signature d'une convention collective de travail contraire à l'égalité des salaires entre hommes et femmes. Il faut vraisemblablement ajouter à cette liste un certain nombre de litiges réglés à l'amiable ou par transaction judiciaire. On note toutefois la grande rareté des actions en justice en matière d'égalité salariale, surtout dans le secteur privé. Du reste, les actions intentées dans le secteur privé ne le furent qu'après la fin des rapports de travail.

Dans une bonne partie des cas, le procès portait sur une activité professionnelle exercée en grande majorité par des femmes et nécessitait par conséquent une comparaison entre travaux de nature différente; ont ainsi dû faire l'objet d'une évaluation les professions d'infirmière, de maîtresse d'ouvrages et d'école ménagère, de secrétaire et de jardinière d'enfants.

Les difficultés de preuve, en particulier concernant l'équivalence du travail fourni, représentent assurément l'un des principaux obstacles à l'exercice du droit à un salaire égal. Les actions intentées jusqu'ici démontrent combien les procès sont longs et coûteux, nécessitant souvent des expertises complexes et lourdes sur le plan financier et l'épuisement des voies de recours. Ainsi, dans plusieurs des cas mentionnés, les travailleuses ont dû faire recours au Tribunal fédéral, qui a constaté que les instances juridictionnelles inférieures avaient négligé d'éclaircir suffisamment les faits. Les difficultés de preuve rendent l'issue du procès incertaine, particulièrement lorsque la politique salariale de l'entreprise manque de transparence.

La crainte d'un licenciement et l'insuffisance de la protection dans ce domaine constituent un autre obstacle important. Outre le risque de perdre leur emploi, les femmes craignent également de s'isoler sur le plan social et de mettre en danger leur identité féminine en s'engageant dans la contestation. Les femmes sont également peu informées de leurs droits et de leurs possibilités d'action. D'une manière générale, on peut dire que le fait de porter devant la justice un litige en matière d'égalité salariale entre femmes et hommes nécessite un engagement personnel qui peut se révéler lourd de conséquences et des connaissances juridiques qui ne sont pas à la portée de tout le monde, d'où la nécessité d'un appui moral, financier et juridique. Enfin, les femmes n'ont pas toujours conscience des injustices qu'elles subissent, dans la mesure où ces injustices sont indissociablement liées au rôle et aux tâches qui leur sont attribués dans la profession et dans la famille et font partie, depuis toujours, de leur univers quotidien<sup>39)</sup>.

<sup>39)</sup> Rapport «Egalité des salaires», p. 72 ss; voir aussi Durchsetzung des Lohngleichheitsgrundsatzes, Katharina Ley, Forschungsbericht Nr. 3.2.

La notion de «travail de valeur égale» consacrée par la constitution a une signification plus étendue que celle de «travail égal». Elle implique non seulement la comparaison entre travaux de nature identique, mais aussi la comparaison entre des travaux de nature différente. Une telle comparaison nécessite des critères d'évaluation.

Les méthodes d'évaluation du travail servent à évaluer le travail en fonction des exigences auxquelles doivent satisfaire les personnes qui l'exécutent et peuvent donc servir à calculer le salaire. Les méthodes d'évaluation analytique du travail, contrairement à d'autres méthodes, n'apprécient pas le travail dans sa globalité, mais le décomposent en types d'exigences qui sont évalués indépendamment les uns des autres. Cette méthode est surtout utilisée dans les grandes entreprises.

La méthode d'évaluation analytique du travail peut apporter une aide précieuse pour la réalisation de l'égalité des salaires entre femmes et hommes, dans la mesure où elle permet de déceler les discriminations et de les atténuer. Le choix et la pondération des critères, de même que la fixation et l'évaluation des exigences peuvent néanmoins renfermer de nombreuses possibilités de discrimination<sup>40</sup>.

La discrimination salariale à l'égard des femmes peut revêtir diverses formes: elle peut être directe, lorsque hommes et femmes exercent des travaux identiques ou très semblables. Il s'agit là du problème du salaire égal pour un travail égal. La discrimination peut être indirecte lorsque les activités effectuées comportent des critères typiquement masculins ou typiquement féminins qui sont évalués différemment. Il s'agit alors d'une inégalité de salaire pour un travail de valeur égale. Enfin, la discrimination peut aussi résulter de la sélection, c'est-à-dire de la difficulté des femmes à accéder à des emplois bien rémunérés, souvent situés à un haut niveau hiérarchique: dans ce cas, la discrimination ne résulte pas de la rémunération, mais des possibilités de promotion réduites des femmes. L'évaluation analytique du travail sert à déceler les discriminations indirectes, même si les procédures utilisées comportent aussi de nombreuses sources possibles de discrimination.

Dans la méthode d'évaluation analytique, la première étape consiste généralement à décrire le poste à évaluer et à fixer une liste d'exigences servant de critères d'évaluation. Or, certains critères se rapportent à des exigences et à des charges qu'impliquent les professions typiquement féminines ou masculines et sont associés à des aptitudes considérées comme spécifiquement féminines ou masculines. Le fait de prendre en considération des critères ne favorisant pas les femmes ou d'omettre des critères qui peuvent les favoriser est susceptible de donner lieu à une discrimination. Ainsi, les critères liés à la force physique, tels le fait de soulever des objets lourds, sont plutôt à l'avantage des hommes, tandis que la résistance à la monotonie ou la dextérité tendent à favoriser les femmes. Dans

<sup>40</sup>) Untersuchungen zum Lohngleichheitsgrundsatz nach Art. 4 Abs. 2 BV, Forschungsbericht Nr. 2.1 und 2.2, Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, Arbeitspsychologische Ueberlegungen, Eberhard Ulich, EJPD, 1988; Evaluation du travail et discrimination salariale des femmes, Un rapport, édité par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Berne, novembre 1991.

la description des postes, les femmes ont souvent tendance à faire preuve de modestie, si bien que les charges apparaissent plus fréquemment dans les descriptions de postes masculins que dans les descriptions de postes féminins.

Une discrimination peut également résulter de la pondération des critères utilisés, selon que l'on donne plus de poids et de valeur à l'un ou l'autre critère. Ainsi, le tact, exigence typiquement féminine, est souvent moins valorisé que l'aptitude à s'imposer, exigence plutôt masculine.

L'intervention de critères politiques tenant compte de l'acceptabilité des résultats peut également être source de discriminations: tel est le cas lorsque les méthodes utilisées sont adaptées en cours de route parce que les résultats atteints ne correspondent pas aux résultats souhaités et provoqueraient des changements trop importants par rapport au statu quo. En procédant de la sorte, on tend à maintenir les discriminations envers les femmes. L'insuffisance de la formation des membres de la commission d'évaluation, de même que l'absence de représentantes du sexe féminin, peuvent accentuer les éléments discriminatoires éventuels.

Une étude portant sur huit entreprises suisses a permis de mettre en lumière toute une série de sources possibles de discriminations salariales. Une seule des entreprises étudiées n'a révélé aucune source de discrimination salariale fondée sur le sexe. C'est dans l'application de la méthode d'évaluation aux particularités de l'entreprise que les discriminations peuvent se produire. Les distorsions et les injustices commises lors de cette étape produisent systématiquement leurs effets et sont la plupart du temps difficilement identifiables en tant que telles<sup>41</sup>).

## **14 Conclusions: Nécessité d'une politique globale d'égalité des chances**

Comme nous l'avons vu, l'écart de rémunération entre hommes et femmes reste important. On peut expliquer une partie de la différence de salaire par le fait qu'en moyenne les femmes ont une expérience professionnelle plus courte, due à des interruptions de l'activité lucrative pour des raisons familiales et une formation professionnelle moins poussée. Une part non négligeable de l'écart de salaire, de l'ordre de 10 à 20 pour cent, ne peut toutefois pas être expliquée par des facteurs liés à la situation très différente des femmes et des hommes sur le marché du travail. Des études semblent indiquer par ailleurs qu'une formation et une ancienneté égales ne suffisent pas à garantir l'égalité de rémunération entre hommes et femmes. Quant à l'application du droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale, elle se révèle largement inefficace, en raison notamment des difficultés de preuve, des risques de rétorsion sur le plan professionnel et du coût du procès pour la travailleuse.

La situation des femmes sur le marché du travail, si elle contribue à expliquer une part importante des discriminations salariales, se révèle elle aussi porteuse de discriminations qui se répercutent sur le salaire et dont l'origine précède en partie l'entrée sur le marché du travail, puisque les femmes présentent encore un niveau

<sup>41</sup>) Evaluation du travail et discrimination salariale des femmes, Un rapport, édité par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, précité, p. 98.

de formation professionnelle moins élevée et peu diversifiée, même si des progrès importants ont été constatés. Le marché du travail laisse apparaître une véritable ségrégation sexuelle, les femmes étant cantonnées dans des activités et des formes d'emploi spécifiques, où prédominent les emplois à temps partiel et atypiques, souvent de moindre prestige, plus précaires et comportant peu de possibilités d'avancement.

La qualification que l'on attribue à un travail varie fondamentalement selon qu'il s'agit d'une activité dite féminine ou d'une activité dite masculine. Ainsi, la plupart des travaux traditionnellement féminins sont jugés pas ou peu qualifiés et sont rémunérés en conséquence. En réalité, les connaissances ou le savoir-faire qu'ils impliquent, les qualités qu'ils exigent, sont souvent perçus comme allant de soi chez une femme et non comme une qualification ou une exigence particulière qui mériterait d'être prise en compte dans la rémunération. Les discriminations se construisent donc largement dans la définition de ce qu'est un travail qualifié ou un travail non qualifié, définition qui recouvre le plus souvent la distinction entre métiers féminisés et métiers peu féminisés<sup>42</sup>). La garantie d'un salaire égal, non seulement pour un travail identique, mais aussi pour un travail de nature différente, mais de valeur égale, prend donc toute son importance, car il s'agit non seulement d'élargir le choix professionnel des femmes, mais aussi de revaloriser les professions féminines et de leur ouvrir de nouvelles perspectives de carrière<sup>43</sup>). Dans cette optique, les méthodes d'évaluation analytique du travail peuvent être source de discrimination, mais peuvent aussi jouer le rôle d'un révélateur et devenir un instrument permettant une meilleure application du droit à un salaire égal.

En outre, il ne faut pas perdre de vue que la situation familiale affecte elle aussi de manière significative l'activité professionnelle des femmes. Ce sont les femmes qui, aujourd'hui encore, assument la majorité des contraintes familiales. Des études démontrent que, dans le monde du travail, le fait d'être marié et d'avoir des enfants est un avantage pour un homme, les hommes mariés rentabilisant mieux leur diplôme que les hommes célibataires. En revanche, les femmes célibataires rentabilisent mieux leur diplôme en termes de situation professionnelle que les femmes mariées<sup>44</sup>). En raison du manque d'infrastructures d'accueil pour les enfants, de l'organisation du travail et de l'absence de congés parentaux, il reste très difficile pour une mère de concilier vie professionnelle et vie familiale. Les interruptions de l'activité lucrative ont à leur tour des répercussions sur la carrière et la rémunération, de même que sur les prestations des assurances sociales.

Les inégalités entre les sexes dans le monde du travail ne se posent pas seulement en termes de discriminations salariales, mais aussi en termes de discriminations à l'embauche, dans l'attribution des tâches, dans la promotion et lors du licenciement. La position des femmes sur le marché du travail est en outre affectée par

<sup>42</sup> Evaluation du travail et discrimination salariale des femmes, précité, p. 46 et 47; Au labeur des dames, Métiers masculins, emplois féminins, Margaret Maruani, Chantal Nicole, précité, p. 15 ss.

<sup>43</sup> Conduire le changement structurel, Le rôle des femmes, Rapport d'un groupe d'experts de haut niveau au Secrétaire général, OCDE, Paris 1991, p. 22 ss.

<sup>44</sup> L'école des filles, Marie Duru-Bellat, précité, p. 159 ss.

leur situation extérieure au marché du travail, notamment en matière de formation, de régime fiscal, d'assurances sociales et de politique familiale. Ces différents facteurs agissent les uns sur les autres, perpétuant en quelque sorte le cercle vicieux. Ainsi, les femmes sont conscientes du fait qu'avec des qualifications égales, elles seront moins rémunérées et n'auront pas les mêmes chances que les hommes en termes de carrière, ce qui les incite à s'investir encore moins dans leur formation. Ce moindre investissement en formation entraîne à son tour une rémunération moins élevée et contribue à renforcer les préjugés des employeurs concernant les qualifications et motivations moindres des femmes<sup>45</sup>). Ainsi, plutôt que de voir dans la formation le facteur déterminant pour la division sexuelle du travail, il convient de se demander si les filles n'adaptent pas leur investissement en formation à ce qui les attend dans la vie professionnelle<sup>46</sup>).

Il ressort de cet ensemble de facteurs et d'interactions, ainsi que des expériences faites à l'étranger, qu'une politique portant uniquement sur l'élimination des discriminations salariales ne suffit pas à assurer le respect du principe de l'égalité entre hommes et femmes sur le marché du travail. Il s'agit bien plus de mettre en œuvre une politique plus vaste destinée à réaliser l'égalité des chances et à produire des effets à tous les niveaux, sur le marché du travail comme en dehors. Une attention particulière doit être prêtée à la nécessité de permettre aux femmes et aux hommes de mieux concilier leur vie professionnelle et leur vie familiale. Des mesures doivent être prises afin d'éliminer les obstacles juridiques et de fait qui concourent à maintenir la ségrégation sexuelle sur le marché du travail, en particulier dans le domaine des assurances sociales et dans le système fiscal, mais aussi dans les infrastructures. Quant à l'interdiction de discriminer, elle doit être étendue à l'ensemble de la relation d'emploi, y compris dans l'accès à l'emploi, et doit s'accompagner de moyens destinés à permettre aux travailleuses et aux travailleurs d'exercer effectivement leurs droits en justice. Ces moyens doivent permettre de mieux lutter contre les inégalités de rémunération entre les professions traditionnellement féminines, souvent trop peu valorisées, et les professions typiquement masculines, souvent considérées comme plus prestigieuses.

Le projet de loi sur l'égalité entre femmes et hommes ne constitue donc que la première étape dans la réalisation de l'égalité des chances dans l'emploi et s'inscrit dans un projet plus large, visant à améliorer la situation de la femme dans tous les domaines de la société. La réalisation de ce projet d'ensemble incombera non seulement à la Confédération, mais également aux cantons, aux communes et aux particuliers dans leurs tâches respectives.

La réalisation de l'égalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle répond également à une nécessité économique<sup>47</sup>). L'économie suisse manquera d'efficacité, aussi longtemps que les femmes seront discriminées dans le monde du travail. Il est peu judicieux, sur le plan macro-économique, de tenir éloignées du marché, par des salaires trop bas ou par d'autres discriminations, les femmes bénéficiant d'une bonne formation. L'économie suisse a besoin de ce potentiel.

<sup>45</sup>) Die Frau in der Wirtschaft, die Sicht der Nationalökonomie, Prof. Dr. Bruno Frey und Dr. Hannelore Weck-Hannemann, in: Wirtschaft und Recht, Jg. 40, Hft. 4, 1988, p. 295 ss.

<sup>46</sup>) L'école des filles, Marie Duru-Bellat, précité, p. 153.

<sup>47</sup>) Voir à ce sujet le chiffre 42.

Le maintien artificiel de structures qui vivent de salaires féminins trop bas se révèle également inefficace. Lorsqu'une entreprise ne subsiste que grâce aux discriminations, elle n'obéit pas aux règles du marché. En ne procédant pas à temps aux investissements nécessaires, elle perd l'occasion de s'ajuster. Parallèlement, les entreprises qui ne discriminent pas et qui innovent voient leur accès au marché rendu plus difficile.

## **15 Travaux préparatoires**

### **151 Le groupe de travail «Égalité des salaires»**

L'article 4, 2<sup>o</sup> alinéa, de la constitution, ne vise pas seulement l'égalité des droits, mais charge également le législateur de pourvoir à l'égalité de fait. Or, ainsi qu'il ressort des pages précédentes, la situation réelle des femmes, sur le marché du travail tout particulièrement, a peu progressé depuis l'introduction du nouvel article constitutionnel. Conscient de ce fait, le Conseil national a adopté en 1985 un postulat Jaggi dont la teneur est la suivante (BO N 1985 1809 ss):

Le Conseil fédéral est prié de se prononcer sur l'opportunité de légiférer en vue de permettre la réalisation du principe de l'égalité des salaires versés aux hommes et aux femmes pour un travail de valeur égale. A cette fin, le législateur devrait notamment préciser les critères applicables pour la détermination de la valeur du travail, les personnes et organisations ayant qualité pour agir ainsi que les responsabilités pour l'administration des preuves. En clarifiant les différents points, la loi permettrait de réaliser le principe du salaire égal pour un travail de valeur égale, inscrit depuis le 14 juin 1981 dans la constitution, et dont l'application se heurte manifestement à de graves difficultés, particulièrement en raison des lacunes précitées.

En juin 1986, le Département fédéral de justice et police a mis sur pied un groupe de travail<sup>48)</sup> auquel il a attribué le mandat de «déterminer, sur la base d'une analyse socio-juridique, les causes et l'étendue des inégalités salariales entre hommes et femmes» et de «présenter des propositions de politique juridique fondées sur les résultats de cette analyse».

Au mois d'octobre 1988, le groupe de travail a remis au Département fédéral de justice et police son rapport final, contenant un paquet de mesures visant à renforcer la position de la femme sur le marché du travail<sup>49)</sup>.

## 152 Le rapport final du groupe de travail

Comme l'état des connaissances en matière de discriminations salariales était très insuffisant et qu'il n'était pas possible de se reporter à des études empiriques déjà existantes, le groupe de travail a attribué quatre mandats de recherche, dont les résultats devaient lui fournir une base de travail pour l'élaboration d'un catalogue de mesures destinées à éliminer les discriminations salariales.

*Le premier rapport de recherche* a fourni une analyse statistique et économétrique visant à démontrer si et dans quelle mesure les différences de salaire existant statistiquement peuvent être attribuées à des différences dues au sexe (voir ch. 112).

<sup>48)</sup> Le groupe de travail était composé de:

- Christoph Steinlin, dr en droit, vice-directeur de l'Office fédéral de la justice (président);
- Ruth Dreifuss, lic. ès. sc. écon., secrétaire de l'Union syndicale suisse, Berne;
- Stephan Hegner, lic. en droit, Association suisse des arts graphiques, ASAG, Zurich (suppléant: Max Fritz, lic. en droit, secrétaire de l'Union centrale des associations patronales suisses);
- Claudia Kaufmann, dr en droit, secrétaire de la Commission fédérale pour les questions féminines, Office fédéral de la culture (depuis le 1<sup>er</sup> sept. 1988: à la tête du Bureau de l'égalité entre femmes et hommes);
- Bernd Rùthers, professeur ordinaire de droit civil, de droit commercial, de droit du travail et de théorie du droit à l'Université de Constance;
- Hans U. Scheidegger, avocat, vice-directeur, et Rudolf A. Müller, lic. ès. sc. écon., chef de division (depuis mai 1987), Niklaus Blattner, professeur (jusqu'en déc. 1986), (selon les points figurant à l'ordre du jour), Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail;
- Katharina Schoop, dr en droit, collaboratrice personnelle de Madame la conseillère fédérale Kopp, Département fédéral de justice et police;
- Secrétariat: Barbara Schaerer, avocate, alors adjointe scientifique à l'Office fédéral de la justice;
- Quatre scientifiques ont participé, avec voix consultative, au groupe de travail; ils ont été chargés de quatre mandats de recherche portant sur des problèmes liés à l'égalité des salaires; il s'agit de:
  - Peter Kugler, professeur à l'Institut d'économie de l'Université de Berne;
  - Katharina Ley, dr en sociologie, Institut de sociologie de l'Université de Berne;
  - Wolf Linder, professeur au Centre de recherche de politique suisse de l'Université de Berne;
  - Eberhard Ulich, professeur à l'Ecole polytechnique fédérale, Zurich.

<sup>49)</sup> Octobre 1988, édité par le DFJP, disponible auprès de l'OCFIM, 3000 Berne, n° d'article 407.290. a/f.

Le *deuxième rapport de recherche* a permis de déterminer dans quelle mesure l'évaluation analytique du travail favorise ou au contraire atténue les discriminations salariales envers les femmes (ch. 132).

Le *troisième rapport de recherche* avait pour objet l'étude du comportement des femmes victimes de discriminations salariales en matière d'action devant les tribunaux (voir ch. 131).

Le *quatrième rapport de recherche* est une étude de droit comparé de la politique en matière d'égalité aux Etats-Unis, au Canada, en Suède, en République fédérale d'Allemagne, en Grande-Bretagne et en France (voir ch. 16).

Après avoir analysé la situation actuelle, le groupe de travail est arrivé aux conclusions suivantes, qu'il a exposées dans son rapport «Egalité des salaires entre hommes et femmes»:

- Des inégalités salariales peuvent être constatées en Suisse. Cette constatation est tirée des différences statistiques observées dans le domaine des salaires et d'enquêtes effectuées dans huit grandes entreprises et auprès des tribunaux et services de consultation.
- Le droit à l'égalité des salaires n'est pas exercé en justice par les femmes qui pourraient s'en prévaloir, car les obstacles et les inconvénients sont trop grands. Constituent d'importants obstacles l'insuffisance de la protection contre le congé, les difficultés de preuve, en particulier en ce qui concerne la valeur égale du travail, la crainte d'être isolé ou exposé, socialement et professionnellement, l'insuffisance du soutien moral, juridique et financier.
- Les expériences étrangères ont démontré qu'une politique d'égalité des salaires ne suffit pas à réaliser l'égalité entre femmes et hommes sur le marché du travail. Pour y arriver, il est nécessaire d'aller dans le sens d'une politique globale d'égalité des chances qui renforce la position de la femme sur le marché du travail dans tous les domaines (p. ex. sur le plan du perfectionnement professionnel et de la promotion) et qui s'emploie également à éliminer les discriminations existant avant que la femme n'entre sur le marché du travail et après qu'elle en est sortie.

C'est pourquoi le groupe de travail s'est attaché à proposer non seulement des mesures en vue de faciliter l'exercice en justice du droit à un salaire égal, mais aussi d'autres mesures en vue de promouvoir la situation de la femme sur le marché du travail. Il existe en effet des interactions entre la position de la femme sur le marché du travail et sa situation dans d'autres domaines.

Les propositions en vue de réaliser l'égalité des salaires se situent à différents niveaux. Elles ne s'adressent pas uniquement à la Confédération, mais aussi en partie aux cantons et aux particuliers.

Un premier groupe de propositions comprend des mesures propres à favoriser l'application judiciaire du droit individuel à l'égalité des salaires et à renforcer la position de la travailleuse qui fait valoir ses droits en justice. Il s'agit de mesures qui concernent le droit du travail et la procédure.

Un deuxième groupe de propositions a pour objet de renforcer la position de la femme sur le marché du travail. Il s'agit ici de poser, en matière d'emploi, une interdiction de discriminer en fonction du sexe et de promouvoir l'égalité des

salaires de manière plus indirecte, notamment par le biais des soumissions, des aides financières, de la formation et des conventions collectives de travail.

Un troisième groupe de mesures s'attache à offrir un meilleur encadrement à l'égalité entre hommes et femmes en agissant sur la situation des femmes dans la société en général. Ainsi, les obstacles d'ordre juridique ou liés au manque d'infrastructures et qui désavantagent les femmes sur le marché du travail doivent être éliminés. Il s'agit ici pour l'essentiel de mesures de politique sociale et de politique familiale qui devront être prises en compte lors de prochaines révisions de la législation concernée.

Un dernier groupe de propositions vise à offrir de meilleures bases et une meilleure infrastructure à une politique d'égalité, par la mise à disposition de données, la création d'autorités chargées de promouvoir l'égalité ou encore par la recherche et l'information.

Les diverses mesures proposées se complètent et sont interdépendantes. Elles s'orientent toutes vers un même but: une action concertée dans les différents domaines et sur tous les plans.

Environ un tiers des mesures proposées (soit une dizaine de propositions) nécessite une réglementation législative; pour le reste, il s'agit soit de mesures qui peuvent être réalisées sur la base du droit en vigueur, soit de recommandations aux autorités et aux particuliers.

Le Département fédéral de justice et police a présenté le rapport concernant ces mesures le 8 novembre 1988 à l'occasion d'une conférence de presse. Cette présentation fut suivie, de décembre 1988 à fin mai 1989, d'une large procédure de consultation, qui donna l'occasion aux organisations féminines, aux cantons, aux partis politiques et aux organisations économiques de donner leur avis.

L'accueil réservé au rapport ayant été jugé positif dans l'ensemble, le Conseil fédéral a pris acte, par décision du 27 juin 1990, du fait que les propositions du groupe de travail devaient être concrétisées.

## **153 L'avant-projet de loi**

Le 16 janvier 1991, le Conseil fédéral a décidé de mettre en procédure de consultation un avant-projet de loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, destiné à concrétiser les propositions du groupe de travail «Egalité des salaires», dont la réalisation nécessitait des mesures législatives de la Confédération. L'avant-projet de loi comprenait une interdiction générale de discriminer à raison du sexe dans tous les aspects des rapports de travail, y compris l'embauche, ainsi que diverses mesures destinées à faciliter l'exercice du droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale, notamment un renversement partiel du fardeau de la preuve, un droit d'action des organisations et une protection accrue contre le congé. Il prévoyait également des aides financières de la Confédération destinées à soutenir des programmes de promotion et des services de consultation dans le domaine professionnel. Enfin, il donnait une base légale formelle au Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes et lui attribuait des compétences accrues en matière d'investigation.

L'interdiction de discriminer dans le domaine de l'emploi et la protection accrue contre le licenciement ne figuraient dans l'avant-projet de loi qu'à titre provisoire, le Conseil fédéral se réservant, selon les résultats de la procédure de consultation et un examen de leurs incidences économiques, de les maintenir ou au contraire d'y renoncer. L'avant-projet de loi a été mis en consultation sous deux formes, la première se composant d'une loi unique sur l'égalité entre femmes et hommes, la seconde comprenant la révision de lois spéciales (code des obligations, statut des fonctionnaires). Les deux variantes avaient quasiment le même contenu, mais leur champ d'application différait, puisque la variante «loi unique» portait sur l'ensemble des rapports de travail de droit privé et de droit public fédéral, cantonal et communal, tandis que l'autre variante se limitait aux rapports de travail de droit privé et aux rapports de service du personnel fédéral.

## 154 Les résultats de la procédure de consultation

La procédure de consultation a duré jusqu'au 30 juin 1991. Le Département fédéral de justice et police a reçu 122 prises de position, dont 72 provenaient des milieux officiellement consultés et 50 d'organismes et de particuliers ayant répondu spontanément à la consultation. Dans leur grande majorité, les avis ont été positifs. Seuls trois cantons (Appenzell Rh. Int., Vaud, Zoug), un parti politique (Parti libéral suisse) et l'ensemble des organisations patronales s'opposent fondamentalement à l'avant-projet de loi. Quatre cantons sont sceptiques ou réservés (Grisons, Zurich, Schwyz, Saint-Gall), sans toutefois rejeter l'avant-projet de loi. De manière générale, on retrouve le traditionnel clivage entre les organisations syndicales d'une part, qui approuvent l'ensemble des mesures proposées, et les organisations patronales d'autre part, qui rejettent l'ensemble de l'avant-projet de loi.

La nécessité de concrétiser par voie législative l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution, est soulignée par la plupart des organismes consultés, qui relèvent que, dix ans après l'adoption de l'article constitutionnel, l'égalité des salaires est encore loin d'être réalisée. La nécessité de rendre le droit suisse compatible avec le droit communautaire est également relevée à plusieurs reprises. En outre, l'avant-projet de loi est souvent perçu comme un premier pas important dans la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes, mais insuffisant s'il ne s'accompagne pas de mesures destinées à renforcer l'égalité des chances sur le marché du travail.

Les organisations patronales nient quant à elles toute nécessité de légiférer: selon elles, la discrimination salariale n'est pas aussi importante qu'il y paraît et elle n'a pas disparu dans la Communauté européenne, en dépit de mesures semblables à celles proposées par le Conseil fédéral. Les opposants jugent irréaliste de vouloir instaurer l'égalité par la contrainte, les dispositions légales n'ayant à leur avis aucune prise sur les mentalités. Ils font valoir que le contrat de travail est basé sur un rapport de confiance. Ils craignent une ingérence du législateur dans l'autonomie privée des entreprises et une bureaucratisation des rapports de travail.

Des deux variantes proposées, celle d'une loi unique spéciale arrive nettement en tête des préférences. Son champ d'application comprenant la fonction publique

cantonale et communale est particulièrement apprécié. L'interdiction de discriminer et la protection accrue contre le licenciement ont été approuvées par la majorité des milieux consultés. Il s'agit là des mesures jugées les plus efficaces, avec le renversement du fardeau de la preuve et le droit d'action des organisations. L'interdiction de discriminer est fréquemment considérée comme la pierre angulaire du projet de loi.

Trois mesures, tout en rencontrant la faveur de la majorité des milieux consultés, apparaissent toutefois plus controversées que les autres: il s'agit du droit d'obtenir du juge qu'il ordonne une expertise gratuite, du droit d'agir des organisations, dans la mesure où il fait abstraction du consentement de la travailleuse, et de l'attribution au Bureau de l'égalité entre femmes et hommes du droit d'exiger la production de pièces et des renseignements.

Une partie des mesures prévues par l'avant-projet de loi ne s'appliquaient qu'aux litiges en matière d'égalité salariale entre hommes et femmes. La majeure partie des milieux consultés s'est prononcée en faveur d'une extension du champ d'application de toutes les mesures à l'ensemble des litiges relatifs à l'égalité entre femmes et hommes dans l'emploi.

Enfin, une bonne partie des milieux consultés souhaiterait un projet de loi plus étendu, comprenant la suppression de la limite de la valeur litigieuse dans les procès relevant du contrat de travail, des sanctions pénales et une indemnité pour tort moral en cas de violation de l'interdiction de discriminer, le droit pour les organisations d'agir en exécution de la prestation ou encore la nullité des congés de rétorsion.

## **155 Décisions prises à la suite de la procédure de consultation**

Le 26 février 1992, le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats de la procédure de consultation et il a chargé le Département fédéral de justice et police d'élaborer un projet de loi. Dans sa décision, le Conseil fédéral a privilégié la forme d'une loi spéciale sur l'égalité entre femmes et hommes, dont le champ d'application engloberait l'ensemble des travailleurs en Suisse, qu'ils relèvent du secteur privé ou du secteur public fédéral, cantonal et communal, conformément aux vœux de la majorité des milieux consultés et en accord avec les exigences de l'Accord EEE.

Suite aux avis des milieux consultés, dans leur majorité positifs, le Conseil fédéral a décidé de maintenir les deux mesures incluses jusque-là à titre provisoire, à savoir l'interdiction générale de discriminer dans le domaine de l'emploi et la protection accrue contre le licenciement. Il a également tenu compte des conclusions favorables d'une étude relative aux incidences économiques de ces mesures et des exigences de l'Accord EEE. En outre, le Conseil fédéral a décidé d'étendre l'ensemble des mesures proposées à toute discrimination à raison du sexe dans l'emploi, et de ne plus les limiter, comme le faisait l'avant-projet de loi, aux litiges en matière d'égalité salariale. Une telle extension répondait mieux aux exigences du droit de l'EEE et apporte une efficacité et une cohérence supplémentaires aux mesures proposées.

En revanche, le Conseil fédéral a renoncé à investir le Bureau de l'égalité entre femmes et hommes du droit d'exiger des informations dans le cadre d'enquêtes, une mesure rejetée par une forte minorité des milieux consultés; les milieux patronaux craignent notamment une ingérence du Bureau dans leur autonomie et sur les lieux de travail.

Quant à la qualité pour agir des organisations, elle a été maintenue, mais aménagée de manière à subordonner le droit d'action des organisations à l'existence d'un intérêt collectif, ce qui correspond mieux à l'objectif d'une telle mesure, à savoir faire constater en justice des questions de principe.

L'avant-projet de loi prévoyait le droit pour les parties d'exiger que le juge ordonne une expertise dans les litiges en matière d'égalité des salaires et que celle-ci soit en principe gratuite. Une bonne partie des milieux consultés a formulé des objections à l'encontre de cette mesure, lui reprochant notamment de restreindre l'autonomie du juge dans l'administration de la preuve. On courait effectivement le risque que le juge se trouve contraint d'ordonner des expertises inutiles ou abusives. D'une part, la formulation proposée dans l'avant-projet de loi avait pour inconvénient de restreindre le droit pour les parties d'obtenir du juge qu'il ordonne une expertise, tel qu'il est garanti actuellement, en vertu du droit d'être entendu, par l'article 4 de la constitution. D'autre part, il s'agissait d'assurer que le juge puisse continuer à apprécier librement la nécessité d'ordonner une expertise et que, dans le même temps, les coûts élevés d'expertise ne dissuadent pas la travailleuse d'intenter action.

En vertu de l'article 343 du code des obligations, les parties n'ont à supporter ni émoluments, ni frais judiciaires dans les litiges résultant du contrat de travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 20 000 francs. En relation avec la loi sur l'égalité, les personnes discriminées lors de l'embauche ou en cas de résiliation des rapports de travail peuvent demander une indemnité pouvant s'élever à six mois de salaire. Dans la mesure où il est fréquent qu'un montant correspondant à six mois de salaire dépasse nettement la barre des 20 000 francs, les parties devront limiter leur demande à trois ou quatre salaires, si elles n'entendent pas courir le risque de devoir supporter les frais du procès. Le Conseil fédéral a donc renoncé à inscrire dans le projet de loi une obligation pour le juge d'ordonner une expertise gratuite. Il a en revanche décidé que la limite de la valeur litigieuse fixée à l'article 343 du code des obligations ne s'appliquerait pas aux litiges relatifs à la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes.

## **156 Mesures devant être concrétisées dans le cadre d'autres actes législatifs fédéraux**

Une partie des mesures proposées par le groupe de travail «Egalité des salaires» concernent la législation spéciale dans des domaines particuliers tels que les assurances sociales ou la fiscalité ou ne nécessitent pas de base légale formelle. Ces mesures n'ont donc pas leur place dans la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes et doivent être concrétisées dans un autre cadre.

Le 16 janvier 1991, date de l'ouverture de la procédure de consultation concernant l'avant-projet de loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, le

Conseil fédéral a formellement donné mandat aux départements fédéraux des finances et de l'économie publique d'examiner trois propositions du groupe de travail «Egalité des salaires» qui ne sont pas contenues dans le projet de loi. Il s'agit des mesures visant à prendre davantage en considération les exigences de l'égalité entre femmes et hommes dans les soumissions et dans les statuts de la Caisse fédérale d'assurance, ainsi qu'à améliorer la protection des travailleuses à domicile. Pour ce qui est des autres propositions du groupe de travail «Egalité des salaires», en particulier les mesures de politique sociale, familiale et fiscale, le chef du Département fédéral de justice et police a demandé aux départements compétents de donner suite à ces propositions, par lettre du 22 mars 1991. Par une lettre semblable, il a invité les cantons, les partis politiques et les organisations intéressées à concrétiser les propositions du rapport dans leurs domaines de compétence respectifs.

Certaines des propositions du groupe de travail «Egalité des salaires» ont déjà été concrétisées, d'autres sont en voie de réalisation. Divers projets de révision des lois d'assurance sociale sont actuellement en cours et devraient permettre de réaliser une part importante des propositions du groupe de travail «Egalité des salaires» dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants<sup>50)</sup>, de l'assurance-maladie<sup>51)</sup> et de la prévoyance professionnelle<sup>52)</sup>. Certaines modifications étaient également prévues dans le cadre de l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (Eurolex)<sup>53)</sup>. En outre, le Conseil fédéral se propose de soumettre un projet de loi pour une assurance-maternité d'ici la fin de la législature en cours<sup>54)</sup>.

L'invitation du groupe de travail «Egalité des salaires» à mettre en œuvre une politique active d'égalité entre femmes et hommes dans la fonction publique a été dûment prise en compte avec l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 1992, des instructions du Conseil fédéral concernant l'amélioration de la représentation et de la situation professionnelle du personnel féminin de l'administration générale de la Confédération.

Un effort a été fait en faveur de la formation des femmes avec l'arrêté fédéral du 23 mars 1990 sur des mesures spéciales en faveur du perfectionnement professionnel, lequel prévoit des subventions destinées au perfectionnement des femmes<sup>55)</sup>. En outre, l'arrêté fédéral du 30 janvier 1992 instituant des mesures spéciales visant à encourager la relève universitaire durant les années 1992 à 1995<sup>56)</sup> prévoit des subventions extraordinaires en vue d'augmenter sensiblement la part des femmes dans le corps enseignant des universités et charge les responsables des

<sup>50)</sup> Arrêté fédéral du 19 juin 1992 concernant l'amélioration des prestations de l'AVS et de l'AI, ainsi que leur financement, FF 1992 III 949 ss; voir aussi le message du 5 mars 1990 concernant la dixième révision de l'assurance-vieillesse et survivants, FF 1990 II 1 ss.

<sup>51)</sup> Message du 6 novembre 1991 concernant la révision de l'assurance-maladie, FF 1992 I 77 ss.

<sup>52)</sup> Message du 26 février 1992 concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, FF 1992 III 529 ss.

<sup>53)</sup> Voir message II sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE, FF 1992 V p. 532 ss et 539 ss.

<sup>54)</sup> FF 1992 III 109

<sup>55)</sup> RS 412.100.1

<sup>56)</sup> RS 414.204

universités de veiller à ce qu'au moins un tiers des postes ainsi financés soient occupés par des femmes.

Enfin, dans le domaine de l'égalité des salaires, il convient de mentionner les directives émises par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, en mars 1992, concernant l'application du droit à l'égalité des salaires<sup>57)</sup>.

Dans la lettre d'accompagnement adressée aux cantons, aux partis politiques et aux milieux intéressés lors de la procédure de consultation, il était demandé aux organismes consultés d'indiquer les mesures qu'ils avaient prises suite aux propositions du groupe de travail «Egalité des salaires». Bon nombre d'organismes consultés ont mentionné avoir pris des mesures en vue de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes, notamment en améliorant la situation des femmes dans la fonction publique, en créant des organes chargés de promouvoir l'égalité ou en assurant une meilleure représentation des femmes dans les instances dirigeantes de l'organisme concerné.

## 16 Quelques législations étrangères<sup>58)</sup>

Les pays de la Communauté européenne, de même que les Etats-Unis et le Canada, connaissent des dispositions législatives sur l'égalité salariale et l'égalité de traitement entre les sexes dans l'emploi. Certains pays, en particulier les Etats-Unis, ont derrière eux une longue tradition jurisprudentielle sur les discriminations sexuelles.

### 161 France

#### a. Interdiction de discriminer

La loi n° 72-1143 du 22 décembre 1972 oblige tout employeur privé à assurer l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes pour un même travail ou un travail de valeur égale. Toute disposition contractuelle contraire est frappée de nullité et la rémunération plus élevée est substituée de plein droit à celle que comportait la disposition entachée de nullité.

La loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 interdit toute discrimination fondée sur le sexe ou la situation de famille dans les offres d'emploi et lors de l'embauche, de même

<sup>57)</sup> «Hommes et femmes ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale», Directives concernant l'application du droit à l'égalité des salaires, Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Berne, mars 1992.

<sup>58)</sup> Sources: Untersuchungen zum Lohngleichheitsgrundsatz nach Art. 4 Abs. 2 BV, Forschungsbericht Nr. 4.1, 4.2 und Anhang, «Gestaltung des rechtlichen Instrumentariums», Wolf Linder, Berne, 1987; The rights of working women in the European Community, Eve C. Landau, in: European perspectives, Commission of the European Communities, Bruxelles 1985; Garde d'enfants dans la Communauté européenne 1985-1990, in: les cahiers de femmes d'Europe, Commission des Communautés européennes, n° 31, août 1990; Codice donna, Norme interne e atti internazionali, Commissione nazionale per la realizzazione della parità tra donna e uomo, a cura di Agata Alma Cappiello, Roma, 1990; La garde des enfants dans les pays de l'OCDE, in: OCDE Perspectives de l'emploi 1990, précité, p. 133 ss.

que dans l'ensemble de la relation d'emploi, y compris la rémunération. Toute clause contraire d'un contrat de travail ou d'une convention collective est déclarée nulle. La loi précise également la notion de travail de valeur égale. Une loi correspondante s'applique à la fonction publique.

#### *b. Qualité pour agir et sanctions*

Les travailleurs lésés disposent d'un droit d'action en justice au Conseil des prud'hommes, un tribunal qui a le pouvoir de juger. Les fonctionnaires ont un droit d'action au tribunal administratif ou au Conseil d'Etat. Dans la loi de 1972, le travailleur lésé a un droit d'action individuel, mais peut se faire assister ou représenter par son syndicat. Avec la loi de 1983, les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ont la qualité pour agir sans avoir à justifier d'un mandat de la personne intéressée, pourvu que celle-ci ait été avertie par écrit et ne s'y soit pas opposée. La personne intéressée peut intervenir en cours d'instance.

La charge de veiller à l'application du principe de l'égalité de rémunération revient aux inspecteurs du travail. Des sanctions pénales sont prévues en cas de discrimination, sous forme d'amende ou d'emprisonnement. La peine peut cependant être ajournée avec injonction à l'employeur de définir les mesures propres à assurer le rétablissement de l'égalité professionnelle entre hommes et femmes dans son entreprise et d'exécuter ces mesures dans un certain délai.

#### *c. Fardeau de la preuve*

En cas de litige, il incombe à l'employeur seul de justifier l'inégalité de rémunération, tout doute qui subsiste profitant au salarié.

#### *d. Protection contre le licenciement*

Le travailleur qui a intenté une action en justice est protégé contre le licenciement sans limite de temps. Le licenciement est nul lorsqu'il est établi qu'il n'a pas de cause réelle et sérieuse et le travailleur est réintégré de plein droit dans les rapports de travail. Le salarié peut toutefois refuser de poursuivre les rapports de travail, auquel cas le Conseil des prud'hommes lui alloue une indemnité qui ne peut être inférieure à six mois de salaire.

#### *e. Programmes d'action*

La loi de 1983 permet de faire bénéficier d'une aide financière de l'Etat les actions réalisées par des entreprises ou des groupements d'entreprises dans le cadre de plans pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, lorsque ces actions ont un caractère exemplaire.

#### *f. Autorités chargées des questions d'égalité*

La France est dotée d'un Secrétariat d'Etat aux Droits des femmes rattaché au Ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle et comprenant un réseau de déléguées régionales et départementales. Un Conseil supérieur de l'égalité professionnelle a été institué par la loi de 1983 avec la charge de participer à la définition et à la mise en œuvre de la politique menée en matière d'égalité entre les femmes et les hommes.

### *g. Harcèlement sexuel*

Le harcèlement sexuel est réprimé par le code pénal. En outre, un projet de loi relatif à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail prévoit d'introduire dans le code du travail l'interdiction de sanctionner ou de licencier un salarié victime ou témoin de harcèlement sexuel par un supérieur hiérarchique.

### *h. Politique familiale*

La France connaît diverses mesures de politique familiale, en particulier un congé maternité de seize semaines (avec huit semaines supplémentaires à partir de la troisième naissance) indemnisé par une allocation correspondant à 84 pour cent du salaire, ainsi qu'un congé parental. Des allocations pour frais de garde des enfants, de même que des dégrèvements d'impôt sur les coûts de la garde des enfants sont également prévus. En outre, les fonds publics financent une bonne partie des services d'accueil d'enfants en bas âge: en 1988, les services financés par le secteur public offraient des places pour un cinquième des enfants de moins de trois ans et 95 pour cent des enfants de trois à cinq ans.

## **162      Allemagne**

### *a. Interdiction de discriminer*

Les paragraphes 611a et suivants du code civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*), adoptés par la loi du 13 août 1980, prévoient expressément l'interdiction pour l'employeur de discriminer à raison du sexe, en particulier lors de la création des rapports de travail, de la promotion, des instructions ou du licenciement, et l'interdiction de verser aux travailleurs une rémunération moindre pour un travail égal ou de valeur égale en se fondant sur leur sexe. Pour le secteur public, seul l'article 33 de la loi fondamentale est applicable.

### *b. Qualité pour agir et sanctions*

Les travailleurs discriminés disposent d'un droit d'action qu'ils peuvent exercer devant les tribunaux ordinaires. La qualité pour agir appartient aux travailleurs individuellement ou collectivement. Ils peuvent se faire représenter par un syndicat, un représentant du personnel ou le conseil d'entreprise.

Les mesures et dispositions contractuelles qui contreviennent à l'interdiction de discriminer sont nulles. Les sanctions juridiques découlent des dispositions générales du code civil et du droit du travail: le travailleur concerné peut demander l'interdiction ou la cessation de l'atteinte, ainsi que l'indemnisation du dommage. En cas de discrimination dans l'accès à l'emploi ou la promotion, la sanction se limite à la réparation du dommage. Une telle sanction, dans la mesure où elle n'entraîne que le versement de dommages-intérêts très minimes, a été jugée insuffisante par la Cour de justice des Communautés européennes en raison de son caractère peu dissuasif.

### *c. Fardeau de la preuve*

Le fardeau de la preuve est mis à la charge de l'employeur lorsque le travailleur rend vraisemblable l'existence d'une discrimination à raison du sexe.

#### *d. Protection contre le licenciement*

Les congés de rétorsion sont prohibés expressément par l'article 611b du code civil.

#### *e. Autorité chargée des questions d'égalité*

Sur le plan institutionnel, l'Allemagne connaît un Ministère des femmes et de la jeunesse, ayant notamment pour tâches de participer à l'élaboration des actes législatifs intéressant les femmes, d'informer et d'encourager des projets-pilotes.

#### *f. Politique familiale*

Sur le plan de la politique familiale, il faut mentionner un congé maternité de quatorze semaines, durant lequel les femmes reçoivent une allocation équivalant au salaire plein. L'un des deux parents a le droit de prendre un congé parental de 18 mois. Des jours de congés destinés aux soins d'un enfant malade sont également prévus, de même que des dégrèvements d'impôt pour le coût d'une aide à domicile et pour les coûts de la garde des enfants à charge de familles monoparentales. Les services d'accueil pour les enfants relèvent des Länder: en 1987, environ 3 pour cent des enfants de moins de trois ans et 68 pour cent des enfants de trois ans à l'âge de la scolarité bénéficiaient d'une place dans des infrastructures financées par le secteur public (crèches, jardins d'enfants).

### **163 Grande-Bretagne**

#### *a. Interdiction de discriminer*

L'Equal Pay Act de 1975, révisé en 1983, vise à éliminer les discriminations à raison du sexe en matière de rémunération pour un travail égal ou de valeur égale. Le Sex Discrimination Act de 1975 interdit toute discrimination à raison du sexe ou de l'état civil. L'interdiction porte aussi sur les discriminations indirectes, lorsqu'une exigence ou une condition s'applique ou pourrait s'appliquer également aux hommes, mais que la proportion de femmes qui peuvent remplir cette exigence ou condition est notablement inférieure à celle des hommes et n'est pas justifiée indépendamment du sexe. Les deux actes s'appliquent, à quelques exceptions près, au secteur public comme au secteur privé. Le Sex Discrimination Act a un champ d'application très large, puisqu'il ne se limite pas au domaine de l'emploi.

#### *b. Qualité pour agir et sanctions*

Les personnes lésées peuvent faire valoir leurs droits devant un tribunal. Il existe une procédure de conciliation facultative. Les plaignants peuvent se faire représenter par un avocat ou un représentant syndical et se faire assister par la Commission pour l'égalité des chances (Equal Opportunities Commission).

Les tribunaux disposent d'une large palette de sanctions: ils peuvent rendre un ordre fixant les droits des parties ou condamner l'employeur à indemniser le travailleur ou encore recommander à l'employeur des mesures à prendre (si l'employeur ne s'y soumet pas, il risque de devoir payer une indemnité ou de voir celle-ci augmentée). Les prétentions en matière d'égalité de rémunération pour le passé sont limitées à deux ans avant l'ouverture de la procédure.

### *c. Fardeau de la preuve*

Le fardeau de la preuve repose essentiellement sur le travailleur. Toutefois, depuis 1983, les juges font appel à un expert indépendant et fonctionnent davantage selon des principes qui rappellent la maxime officielle.

### *d. Protection contre le licenciement*

Le Sex Discrimination Act interdit les actes de rétorsion à l'égard de personnes ayant fait valoir leurs droits en vertu du Sex Discrimination Act ou de l'Equal Pay Act. Le Trade Union and Labour Relations Act prévoit en outre une protection contre les licenciements abusifs pouvant donner lieu à une indemnisation ou à la réintégration dans les rapports de travail. Le tribunal renonce toutefois à ordonner la réintégration lorsque celle-ci paraît impraticable ou n'est pas dans l'intérêt du travailleur.

### *e. Autorité chargée des questions d'égalité*

La loi de 1983 a institué une autorité disposant de larges compétences, l'Equal Opportunities Commission. Outre son activité d'information et de promotion, la Commission a la compétence d'assister les particuliers lors d'une action en justice: elle peut donner des conseils, tenter de concilier les parties ou faire appel à un représentant légal. En outre, la Commission dispose de compétences d'investigation importantes, puisqu'elle peut mener une enquête formelle sur tout objet en rapport avec ses tâches et donner un avertissement si elle constate une violation de la loi. Cet avertissement, s'il n'est pas suivi, peut déboucher sur une action en justice de la Commission en vue d'obtenir un ordre de la Cour. La Commission a également la compétence de soutenir financièrement des programmes d'action privés et de publier des codes de conduite en vue d'éliminer les discriminations et de promouvoir l'égalité des chances dans l'emploi.

### *f. Politique familiale*

Avec 40 semaines, le Royaume-Uni est l'un des pays où la durée du congé de maternité est la plus longue. Le droit au congé de maternité est toutefois lié au nombre d'années de service et l'indemnisation ne couvre pas toute la durée. Il n'existe ni congé parental, ni congé pour la maladie des enfants, ni dégrèvements d'impôt ou subventions directes pour la garde des enfants. Les services financés par le secteur public n'offrent des places qu'à 2 pour cent des enfants de moins de trois ans et n'acceptent pas les enfants au-delà d'un certain revenu des parents, car ils sont conçus comme un service social pour les enfants issus de milieux défavorisés.

## **164 Italie**

### *a. Interdiction de discriminer*

L'article 37 de la constitution garantit l'égalité des droits et de la rémunération entre travailleuses et travailleurs. La loi n° 903 du 9 décembre 1977 sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'emploi interdit toute discrimination fondée sur le sexe en ce qui concerne l'accès à l'emploi, l'attribution de

qualifications, la promotion, la formation ou le perfectionnement professionnels, et garantit le droit des femmes au même salaire que les hommes pour un travail égal ou de valeur égale. Elle prohibe expressément toute discrimination fondée sur l'état civil, la situation familiale ou la grossesse, de même que les discriminations indirectes dans l'accès à l'emploi. Le statut des travailleurs n° 300 du 20 mai 1970 prohibe toute discrimination sexuelle dans les relations de travail, notamment en cas de licenciement ou de mutation.

#### *b. Qualité pour agir et sanctions*

Les dispositions conventionnelles qui contreviennent aux dispositions légales sont nulles. Les travailleurs peuvent se plaindre d'une violation de la loi devant un magistrat fonctionnant comme juge du travail. Celui-ci peut ordonner à l'employeur de cesser le comportement discriminatoire. En outre, l'inobservation de la loi est réprimée par des amendes pouvant aller jusqu'à un million de liras. Les travailleurs peuvent se faire représenter par une organisation syndicale.

#### *c. Fardeau de la preuve*

Le fardeau de la preuve dans les litiges relevant des rapports de travail incombe de manière générale à l'employeur.

#### *d. Protection contre le licenciement*

En vertu de l'article 37 de la constitution, le licenciement donné à la suite d'une action en justice est illicite. En outre, la loi de 1966 sur les licenciements individuels et la loi de 1970 sur le statut des travailleurs subordonnent à une cause légitime ou à un motif justifié le licenciement d'un travailleur.

#### *e. Autorités chargées des questions d'égalité*

L'Italie connaît depuis 1982 un Comité national pour l'application du principe de l'égalité de traitement et des chances pour les travailleuses, placé sous la direction du Ministère du Travail et de la Prévoyance sociale, avec notamment la tâche de formuler des propositions, d'élaborer des codes de conduite et de faire procéder à des enquêtes. En outre, la Commission nationale pour la réalisation de l'égalité entre hommes et femmes apporte son soutien à la Présidence du Conseil des Ministres en vue de promouvoir l'égalité des chances entre les sexes.

#### *f. Politique familiale*

En Italie, le congé maternité s'étend sur cinq mois, durant lesquels les femmes reçoivent une allocation couvrant 80 pour cent du revenu. La loi prévoit un congé parental de six mois accordé à la mère, mais transférable au père. Le congé parental est indemnisé à raison du tiers du salaire. Il n'existe pas de possibilités de dégrèvements d'impôt ni de subventions directes pour les coûts de la garde des enfants. En 1986, à peine plus de 5 pour cent des enfants de moins de trois ans étaient pris en charge par des services financés par le secteur public, mais 85 pour cent des enfants de trois à cinq ans fréquentaient une école maternelle.

*a. Interdiction de discriminer*

La loi de 1979 sur l'égalité entre hommes et femmes dans l'emploi interdit à l'employeur de discriminer les travailleurs ou les candidats à un emploi sur la base de leur sexe. Les employeurs ont l'obligation de promouvoir l'égalité entre les sexes par des mesures concrètes.

*b. Sanctions*

Les dispositions conventionnelles contraires au principe de l'égalité de traitement sont nulles. En cas de violation de l'égalité de traitement, l'employeur doit verser une indemnité au travailleur.

*c. Autorités chargées des questions d'égalité*

La loi institue un médiateur («Ombudsman») de même qu'une Commission pour l'égalité des chances. Le médiateur a des attributions importantes. Il doit en premier lieu chercher à convaincre l'employeur de se conformer spontanément à ses obligations. Il peut également agir devant les tribunaux au nom du travailleur lésé avec le consentement de celui-ci. En outre, il existe depuis plusieurs années un Ministère de l'égalité.

*d. Politique familiale*

La Suède connaît une politique familiale très élaborée. Le congé de maternité a une durée de douze semaines et il est indemnisé à raison de 90 pour cent du salaire. Il s'y ajoute un congé parental qui, depuis 1991, dure jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de 18 mois et est indemnisé à raison de 90 pour cent du salaire pendant les 270 premiers jours. Des jours de congé pour les soins aux enfants sont également prévus. En 1987, le nombre de places dans les services d'accueil réglementés pour les enfants en âge préscolaire couvrait près de la moitié de la population de cet âge.

**166 Etats-Unis d'Amérique***a. Interdiction de discriminer*

La loi sur l'égalité de rémunération (Equal Pay Act) de 1963 interdit toute discrimination salariale à l'égard des minorités dans la même entreprise pour un même travail. La loi sur les droits civils (Civil Rights Act) de 1964, révisée en 1972, interdit toute discrimination fondée sur la race, la couleur, la religion ou le sexe dans le domaine de l'emploi, y compris la rémunération. Depuis 1972, la loi s'applique au secteur public et dans les entreprises privées occupant au moins quinze salariés. Une loi fédérale interdit toute discrimination à l'égard des femmes enceintes.

La jurisprudence a peu à peu étendu la notion de discrimination, y incluant la discrimination indirecte.

### *b. Qualité pour agir et sanctions*

Les particuliers peuvent agir en justice individuellement ou collectivement. La qualité pour agir appartient également à certaines autorités, en particulier la Commission pour l'égalité des chances dans l'emploi (Equal Employment Opportunity Commission). La loi sur l'égalité de rémunération permet de faire valoir des prétentions sur les arriérés de salaire. Les tribunaux peuvent également prendre d'autres mesures.

### *c. Protection contre le licenciement*

L'employeur qui a recours à des mesures de rétorsion contre un salarié du fait qu'il a fait valoir ses droits en vertu de la loi sur l'égalité de rémunération doit s'acquitter des réparations légales ou équitables appropriées au cas d'espèce, notamment la réintégration, une promotion ou un remboursement, auxquels s'ajoutent des dommages-intérêts.

### *d. Contrats publics*

L'arrêté exécutif n° 11246 du 24 septembre 1965 prescrit que tout contrat auquel le gouvernement fédéral est partie comporte des clauses imposant aux contractants et sous-contractants l'obligation de s'abstenir de toute discrimination fondée en particulier sur le sexe à l'égard de leurs employés. Les entreprises contractantes doivent livrer chaque année un rapport d'exécution sur l'état des discriminations dans l'entreprise. Des plans de mesures concrètes sont exigés des employeurs importants, lesquels doivent présenter une description détaillée des mesures envisagées en vue de garantir l'égalité des chances dans leur entreprise. En cas de violation des clauses de non-discrimination, les dispositions prises en vertu du contrat peuvent être annulées, résiliées ou suspendues et il peut être interdit aux contrevenants d'être à nouveau parties à un contrat avec le gouvernement fédéral.

### *e. Autorités chargées des questions d'égalité*

Il existe des Commissions parlementaires sur la situation de la femme au niveau de l'Etat fédéral et des Etats fédérés.

La Commission pour l'égalité des chances dans l'emploi (Equal Employment Opportunity Commission) est chargée de l'application de la loi sur l'égalité de rémunération et du titre VII de la loi sur les droits civils. Ses attributions étaient d'abord limitées à des compétences d'investigation et de conciliation, avant d'être étendues à l'examen de recours, au jugement de cas litigieux et à l'adoption de mesures légales.

L'Office des programmes d'observation des contrats fédéraux (Office of Federal Contracts Compliance Programs) est chargé de faire respecter l'arrêté exécutif sur les contrats publics.

Il existe également un Bureau des questions féminines chargé de l'information.

## **17 Traitement des interventions parlementaires**

Le postulat 83.962 Jaggi (égalité des salaires. Application du principe), transmis le 4 octobre 1985, demandait au Conseil fédéral de se prononcer sur l'opportunité

de légiférer en vue de permettre la réalisation du principe de l'égalité des salaires entre femmes et hommes pour un travail de valeur égale et demandait au législateur de préciser les critères applicables pour la détermination de la valeur du travail, les personnes et organisations ayant la qualité pour agir et les responsabilités pour l'administration de la preuve. Le Conseil fédéral a renoncé, à la suggestion même du groupe de travail «Egalité des salaires», à fixer des critères pour la détermination de la valeur du travail, estimant qu'il est prématuré de fixer l'état de la jurisprudence dans ce domaine et qu'il est préférable de laisser le soin au Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes d'élaborer des directives, quitte à leur donner ultérieurement une forme législative. Le Bureau a fait procéder à une étude sur l'évaluation du travail et la discrimination salariale des femmes en 1991<sup>59)</sup> et élaboré, en 1992, des directives concernant l'application du droit à l'égalité des salaires<sup>60)</sup>. En garantissant expressément la qualité pour agir des organisations féminines et professionnelles et en introduisant un renversement partiel du fardeau de la preuve, la loi sur l'égalité répond aux demandes formulées dans le postulat.

Le postulat 86.223 de la Commission des pétitions du Conseil national (loi contre la discrimination de la femme), transmis le 18 mars 1987, invitait le Conseil fédéral à prendre des mesures afin de réaliser l'égalité des droits entre hommes et femmes, et notamment de permettre la réalisation de l'égalité effective dans les domaines prioritaires du travail, de la famille, de la sécurité sociale et de la fiscalité, ainsi que de créer un service chargé des questions d'égalité. La loi sur l'égalité contient diverses mesures destinées à renforcer la position de la femme sur le marché du travail et donne une base légale au Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes.

L'initiative parlementaire 89.249 Nabholz (égalité des salaires masculins et féminins. Fardeau de la preuve), à laquelle le Conseil national a décidé de donner suite le 18 mars 1991, prévoit de compléter l'article 343 du code des obligations par un renversement du fardeau de la preuve en matière d'égalité salariale, lorsque le demandeur rend vraisemblable l'existence d'une discrimination. La loi sur l'égalité introduit un renversement du fardeau de la preuve semblable à celui qui est prévu par l'initiative, mais plus étendu, puisqu'il ne se limite pas aux litiges relatifs à l'égalité salariale, mais s'applique à tout litige dans les relations de travail portant sur une discrimination à raison du sexe. L'adoption de la loi sur l'égalité rend l'initiative sans objet.

L'initiative parlementaire 90.240 n Hafner Ursula (égalité des salaires), qui n'a pas encore été traitée par les Chambres, demande au Conseil fédéral d'élaborer les bases légales nécessaires à la concrétisation des mesures les plus importantes du rapport «Egalité des salaires». La loi sur l'égalité concrétise les mesures auxquelles l'initiative fait allusion, à l'exception des mesures proposées par le rapport «Egalité des salaires» en vue du renforcement des compétences du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes.

<sup>59)</sup> Précité.

<sup>60)</sup> «Hommes et femmes ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale», Directives concernant l'application du droit à l'égalité des salaires, précité.

L'initiative parlementaire 92.412 Sandoz (égalité des salaires entre hommes et femmes dans le contrat de travail), laquelle n'a pas encore été traitée par les Chambres, prévoit d'inscrire le principe de l'égalité des salaires dans le code des obligations, mais en limitant la demande en justice à la fixation du salaire pour l'avenir et, seulement en cas de mauvaise foi de l'employeur, pour l'année qui précède. L'initiative parlementaire tend à réaliser un but inverse à celui du projet de loi, dans la mesure où elle limite la portée du droit constitutionnel à l'égalité des salaires, tel qu'il est garanti actuellement par la jurisprudence. En outre, la solution proposée par l'initiative n'est pas compatible avec le droit communautaire, celui-ci imposant la fixation d'une sanction efficace qui ne soit pas subordonnée à l'existence d'une intention discriminatoire ou d'une faute de la part de l'employeur.

Le postulat 92.037 de la minorité de la Commission du Conseil national (Haering Binder; programme d'action femmes 1995: l'égalité considérée comme le thème essentiel de la législation 1991-1995), transmis le 15 juin 1992, invite le Conseil fédéral à poursuivre le traitement de l'égalité entre femmes et hommes de manière prioritaire au cours de la législation 1991-1995 et à élaborer un programme d'action en tenant compte de la situation conjoncturelle et de l'intégration européenne, avec priorité sur la loi sur l'égalité, l'assurance-maternité, la loi sur la prévoyance professionnelle, le droit du divorce, l'assurance-maladie et accidents, la promotion de l'égalité dans les soumissions et subventions, le maintien de l'interdiction du travail de nuit des femmes et l'amélioration de la position des femmes dans l'administration et dans les commissions. La loi sur l'égalité réalise le premier point du postulat.

## **2 Droit international**

### **21 Relation avec le droit européen**

#### **211 Egalité entre femmes et hommes dans la Communauté européenne**

Le principe de l'égalité de rémunération entre femmes et hommes est consacré à l'article 119 du Traité de Rome du 25 mars 1957. Cette disposition s'inscrit dans l'ensemble du chapitre consacré à la politique sociale, dont la disposition liminaire, l'article 117 CEE, marque «la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès». L'article 119 poursuit une double finalité économique et sociale. D'une part, il a pour fonction d'éviter que les entreprises établies dans les Etats qui ont effectivement réalisé le principe de l'égalité de rémunération ne subissent un désavantage concurrentiel par rapport aux entreprises situées dans des Etats qui n'auraient pas encore éliminé la discrimination salariale au détriment des femmes. D'autre part, il relève des objectifs sociaux de la Communauté, celle-ci ne se limitant pas à une union économique, mais devant assurer, par une action commune, le progrès social et l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi. En raison de cette double finalité économique et sociale, la Cour de justice des Communautés considère ce principe comme un des fondements de la Communauté. L'article 119 du traité déploie des effets directs, c'est-à-dire qu'il

est susceptible d'être invoqué devant les juridictions nationales, que ce soit à l'encontre de l'Etat ou de particuliers<sup>61</sup>). La Cour de justice a reconnu que l'article 119 du traité ne garantit pas seulement un salaire égal pour un même travail, mais aussi un salaire égal pour des travaux de nature différente, mais auxquels est attribuée une valeur égale<sup>62</sup>).

Afin d'assurer l'application concrète du principe de l'égalité de rémunération, le Conseil des Communautés européennes a édicté, le 10 février 1975, une directive concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins<sup>63</sup>). La directive prescrit l'élimination de toute discrimination fondée sur le sexe dans l'ensemble des éléments et conditions de rémunération, que ceux-ci relèvent de dispositions législatives ou contractuelles. Elle spécifie en outre que lorsqu'un système de classification professionnelle est utilisé pour déterminer la rémunération, celui-ci doit être basé sur des critères communs aux travailleurs masculins et féminins et établi de manière à exclure les discriminations fondées sur le sexe.

A l'article 2, la directive prescrit aux Etats membres de permettre aux travailleurs qui s'estimeraient lésés par la non-application du principe de l'égalité des rémunérations de faire valoir leurs droits par voie juridictionnelle. En vertu de l'article 5, les Etats membres doivent en outre prendre les mesures nécessaires afin de protéger les travailleurs contre tout licenciement qui constituerait une réaction de l'employeur à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice. Enfin, l'article 6 de la directive charge les Etats membres de prendre, conformément à leurs situations nationales et à leurs systèmes juridiques, les mesures nécessaires pour garantir l'application du principe de l'égalité des rémunérations et de prévoir des moyens efficaces permettant de veiller à l'application de ce principe.

Le Conseil a en outre adopté, le 9 février 1976, une directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail<sup>64</sup>). La directive interdit toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe, notamment par référence à la situation matrimoniale ou familiale, qu'il s'agisse de dispositions législatives, de contrats individuels de travail ou de conventions collectives. La directive ne fait toutefois pas obstacle aux dispositions de protection en faveur des femmes, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité, ni aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes en remédiant aux inégalités de fait. Par ailleurs, la directive permet aux Etats membres de réserver aux travailleurs d'un sexe les activités professionnelles dont la nature ou les conditions d'exercice font du sexe une condition déterminante. La Cour a jusqu'ici admis cette faculté en relation

<sup>61</sup>) Arrêt du 8. 4. 1976, aff. n° 43/75 Defrenne c. Sabena, Rec. 1976 p. 455.

<sup>62</sup>) Arrêt Defrenne, précité; arrêt du 11. 3. 1981, Worringham and Humphreys, aff. 69/80, Rec. 1981 p. 767 ss; arrêt du 6. 7. 1982, Commission contre Royaume-Uni, aff. 61/81, Rec. 1982 p. 2601 ss.

<sup>63</sup>) 75/117/CEE, JOCE n° L 45 du 19. 2. 1975.

<sup>64</sup>) 76/207/CEE, JOCE n° L 39 du 14. 2. 1976.

avec la profession de sage-femme<sup>65</sup>), de même que pour les emplois de police armée dans une situation troublée par des attentats fréquents<sup>66</sup>) ou pour la fonction de surveillant-chef dans l'administration pénitentiaire<sup>67</sup>). En revanche, elle a nié une telle faculté lorsqu'il s'agit d'exclure l'ensemble des emplois dans des résidences privées<sup>68</sup>) ou de soumettre à une procédure de recrutements distincts en fonction du sexe certains emplois de la fonction publique<sup>69</sup>).

Comme la directive de 1975, celle de 1976 oblige les Etats membres à introduire dans leur ordre juridique les mesures nécessaires permettant aux personnes lésées par une violation du principe de l'égalité de traitement de faire valoir leurs droits par voie juridictionnelle (art. 6), de même qu'une protection contre les licenciements de rétorsion (art. 7).

Comme la Cour l'a relevé à l'occasion d'un recours en manquement contre la France, un Etat membre ne saurait se contenter de laisser le soin aux partenaires sociaux de transposer la directive<sup>70</sup>). La directive ne prévoit pas de sanctions déterminées en cas de comportement discriminatoire. Toutefois, l'exigence d'une voie juridictionnelle implique, selon la Cour, l'existence de sanctions, lesquelles sont laissées au choix du législateur national, mais doivent être suffisamment efficaces et dissuasives<sup>71</sup>).

Dans le cadre d'une jurisprudence bien établie, en rapport avec les travailleurs à temps partiel, la Cour de justice a affiné les principes d'application de l'interdiction de discrimination indirecte, présument l'existence d'une discrimination prohibée par la directive lorsqu'un critère, bien que d'apparence neutre, désavantage une proportion considérablement plus élevée de travailleurs d'un sexe. Ce faisant, la Cour procède à un renversement du fardeau de la preuve et laisse le soin à l'employeur de démontrer que le choix de la mesure contestée s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe<sup>72</sup>). Elle exige par ailleurs que les moyens choisis par l'employeur répondent à un besoin véritable de l'entreprise, qu'ils soient aptes à atteindre l'objectif poursuivi et qu'ils soient nécessaires à cet effet. De même, en matière d'égalité de rémunération, la Cour a jugé que lorsqu'un système de majoration de salaire est caractérisé par un manque total de transparence, les travailleurs de sexe féminin peuvent établir l'existence d'une discrimination en comparant les rémunérations moyennes et qu'il incombe à l'employeur de renverser cette présomption en démontrant que sa pratique salariale est exempte de toute discrimination<sup>73</sup>). Une proposition de directive du 27 mai 1988 relative à la charge

<sup>65</sup>) Arrêt du 8. 11. 1983, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 165/82, Rec. 1983 p. 3431 ss.

<sup>66</sup>) Arrêt du 15. 5. 1986, *Johnston*, aff. 222/84, Rec. 1986 p. 1651 ss.

<sup>67</sup>) Arrêt du 30. 6. 1988, *Commission c/ France*, aff. 318/86, Rec. 1988 p. 3559 ss.

<sup>68</sup>) Arrêt *Commission c/ Royaume-Uni* précité.

<sup>69</sup>) Arrêt *Commission c/ France* précité.

<sup>70</sup>) Arrêt du 25. 10. 1988, *Commission contre France*, aff. 312/86, Rec. 1988 p. 6315 ss.

<sup>71</sup>) Arrêt du 10. 4. 1984, *von Colson et Kamann*, aff. 14/83, Rec. 1984 p. 1891 ss; arrêt du 10. 4. 1984, *Harz*, aff. 79/83, Rec. 1984, p. 1921 ss.

<sup>72</sup>) Voir notamment arrêt du 31. 3. 1981, *Jenkins*, aff. 96/80, Rec. 1981 p. 911 ss et arrêt du 13. 5. 1986, *Bilka*, aff. 170/84, Rec. 1986 p. 1607 ss.

<sup>73</sup>) Arrêt du 17. 10. 1989, aff. 109/88, *Danfoss*, Rec. 1989 p. 3199 ss.

de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations et de l'égalité de traitement entre femmes et hommes<sup>74)</sup> reprend ces principes.

Le Conseil des Communautés a adopté quatre autres directives dans le domaine de l'égalité entre femmes et hommes, à savoir une directive du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale<sup>75)</sup>, une directive du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale<sup>76)</sup>, une directive du 11 décembre 1986 sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi qu'en matière de protection de la maternité<sup>77)</sup>, de même qu'une directive du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail. Ces directives n'entrent toutefois pas dans le domaine traité par le projet de loi<sup>78)</sup>.

En matière d'égalité entre les sexes dans le domaine professionnel, il faut encore mentionner une recommandation du Conseil du 13 décembre 1984 sur la promotion des actions positives en faveur des femmes<sup>79)</sup>, de même qu'une recommandation de la Commission du 27 novembre 1991 sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail<sup>80)</sup>. Cette dernière vise à combattre le harcèlement sexuel sur les lieux de travail et contient en annexe un code de pratique à l'intention des employeurs, des syndicats et des travailleurs.

## **212      Egalité entre femmes et hommes dans l'Accord EEE**

Les cinq directives adoptées par le Conseil avant 1992 dans le domaine de l'égalité entre femmes et hommes font partie de l'acquis communautaire repris par l'Accord EEE<sup>81)</sup>. La directive du 19 octobre 1992 sur la protection des femmes enceintes, accouchées ou allaitantes devra être reprise, pour les Etats membres de l'EEE, selon la procédure prévue par cet Accord.

Bien que la Suisse ne puisse ratifier l'Accord EEE, elle doit s'efforcer de rendre son ordre juridique eurocompatible.

<sup>74)</sup> COM (88) 269 final, JOCE C 176 du 5. 7. 1988.

<sup>75)</sup> 79/7/CEE, JOCE L 6 du 10. 1. 1979.

<sup>76)</sup> 86/378/CEE, JOCE L 225 du 12. 8. 1986.

<sup>77)</sup> 86/613/CEE, JOCE L 359 du 19. 12. 1986.

<sup>78)</sup> Voir message du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen, FF 1992 IV 418 ss.

<sup>79)</sup> 84/635/CEE, JOCE L 331 du 19. 12. 1984.

<sup>80)</sup> 92/131/CEE, JOCE L 49 du 24. 2. 1992.

<sup>81)</sup> Annexe XVIII de l'Accord EEE, FF 1992 IV 1442 et 1443.

## 213      **Compatibilité du projet de loi avec le droit de la Communauté européenne**

Avec l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution, le droit suisse est déjà largement compatible avec la directive du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins. Toutefois, une législation d'application permettant de rendre véritablement efficace le droit à l'égalité des salaires faisait encore défaut. Avec l'introduction d'un renversement du fardeau de la preuve, une meilleure protection contre le licenciement et l'octroi de la qualité pour agir aux organisations, la législation suisse se dote de moyens efficaces permettant de veiller au respect de l'égalité des salaires au sens où l'entendent les articles 5 et 6 de la directive.

Le projet de loi est également compatible avec la directive du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail. En effet, comme la directive, le projet de loi interdit toute discrimination directe ou indirecte à raison du sexe, que ce soit lors de l'embauche, lors de la promotion, lors de la formation et du perfectionnement professionnels, lors du licenciement ou dans les autres conditions de travail. Il reprend pour l'essentiel les critères fixés par la jurisprudence communautaire en matière de discrimination indirecte. Le travailleur lésé par une discrimination à raison du sexe dispose en outre d'une voie juridictionnelle, comme le prévoit l'article 6 de la directive, y compris dans le cadre de la fonction publique. Le projet de loi prévoit également une protection contre le licenciement, lorsque celui-ci fait suite à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice, et sanctionne le non-respect de l'interdiction de discriminer par des sanctions qui, selon les cas, pourront revêtir la forme d'une injonction à l'encontre de l'employeur ou d'une indemnité à verser par celui-ci. Introduisant le renversement du fardeau de la preuve, le projet de loi est conforme aux exigences fixées par la jurisprudence communautaire<sup>82)</sup> et devance le droit communautaire en préparation<sup>83)</sup>. Quant aux inégalités qui subsistent dans le domaine de la protection des travailleurs, elles relèvent de la loi sur le travail (RS 822.11) et seront éliminées dans le cadre de la révision de cette dernière.

De par son champ d'application, lequel englobe l'ensemble des travailleurs en Suisse, aussi bien dans le secteur public fédéral, cantonal et communal, que dans le secteur privé, tous domaines couverts par le champ d'application des directives communautaires, le projet de loi est conforme au droit communautaire.

<sup>82)</sup> Voir, parmi d'autres, arrêt Bilka, précité, et arrêt du 27. 6. 1990, aff. n° C-33/89, Maria Kowalska, Rec. 1990 p. 2591 ss.

<sup>83)</sup> Proposition de directive du 27. 5. 1988 relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations et de l'égalité de traitement entre femmes et hommes, COM (88) 269 final, précité.

De nombreux textes de droit international adoptés dans le cadre des Nations Unies consacrent l'égalité entre hommes et femmes dans le domaine professionnel, et tout particulièrement dans le domaine de l'égalité de salaires.

La Convention n° 100 de l'O. I. T. concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale<sup>84)</sup>, adoptée le 29 juin 1951 et ratifiée par la Suisse le 25 octobre 1972, fut le premier instrument international consacré au problème de l'égalité entre hommes et femmes en matière de rémunération. La Convention n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession<sup>85)</sup> a un champ d'application plus large, puisqu'elle recouvre non seulement le salaire, mais de manière générale l'accès à la formation professionnelle, l'accès à l'emploi et aux différentes professions, ainsi que les conditions d'emploi et que, d'autre part, elle ne se limite pas aux discriminations de sexe. La Convention charge les Etats qui l'ont ratifiée d'appliquer une politique nationale visant à promouvoir l'égalité des chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, afin d'éliminer toute discrimination en cette matière, notamment à raison du sexe. Elle a été ratifiée par la Suisse le 13 juillet 1961.

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 pose lui aussi le principe d'une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune, ajoutant que les femmes doivent en particulier avoir la garantie que leurs conditions de travail ne soient pas inférieures à celles dont bénéficient les hommes et recevoir la même rémunération qu'eux pour un même travail. Le pacte vise également à assurer les mêmes chances pour tous d'être promus, sans autre considération que la durée des services accomplis et les aptitudes. Les Etats parties s'engagent à agir en vue d'assurer progressivement le plein exercice de ces droits par tous les moyens appropriés, y compris l'adoption de mesures législatives. Le pacte a été approuvé par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 1991<sup>86)</sup>.

Enfin, la Convention des Nations Unies du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, entrée en vigueur le 3 septembre 1981, a été signée par la Suisse. Sa ratification est prévue dans le courant de la législature en cours. Par cette convention, les Etats parties s'engagent à adopter des mesures législatives interdisant toute discrimination à l'égard des femmes, à instaurer une protection juridictionnelle et à prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise (art. 1<sup>er</sup>). L'article 11 de la convention vise spécialement à assurer l'égalité des droits entre hommes et femmes dans le domaine de l'emploi, en particulier en matière de possibilités d'emploi et de critères de sélection, en matière de promotion, de stabilité de l'emploi, de prestations et de conditions de travail, de formation et de

<sup>84)</sup> RS 0.822.720.0

<sup>85)</sup> RS 0.822.721.1

<sup>86)</sup> FF 1991 IV 1052

perfectionnement professionnels, de même qu'en matière d'égalité de rémunération.

Le projet de loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes va dans le sens des conventions internationales ratifiées par la Suisse. Il fait aussi un pas en vue de la ratification de la convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

### **3           Commentaire du projet de loi**

#### **31           Dispositions de la loi sur l'égalité**

##### *Une nouvelle loi plutôt qu'une révision des lois existantes*

L'avant-projet de loi soumis à la procédure de consultation se présentait sous deux formes. La première prévoyait une loi spéciale unique pour l'ensemble des rapports de travail en Suisse, y compris les rapports de service de la fonction publique fédérale, cantonale et communale. La seconde variante se contentait de réviser les lois fédérales existantes, à savoir le code des obligations et le statut des fonctionnaires. La deuxième variante n'incluait pas la fonction publique cantonale et communale dans le champ d'application de la loi.

Dans la procédure de consultation, la première variante (loi spéciale) est arrivée nettement en tête des préférences, notamment en raison de son champ d'application plus large. C'est celle qui a été retenue pour le projet de loi et qui, en raison de son champ d'application, est la plus conforme au droit communautaire. En effet, les directives communautaires s'appliquent à l'ensemble des travailleurs dans les Etats membres, que ceux-ci relèvent du secteur public ou du secteur privé. La création d'une loi spéciale unique présente également l'avantage d'une meilleure lisibilité, d'une systématique plus claire et d'un meilleur effet de sensibilisation et de dynamique. Elle assure une interprétation plus unifiée et plus globale des dispositions.

##### *Article premier   But*

La loi a pour objet de concrétiser le mandat législatif de pourvoir à l'égalité, conformément à l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution. Elle concerne essentiellement l'égalité entre femmes et hommes dans le domaine du travail et, en particulier, l'égalité des salaires. Mais elle crée aussi une base légale formelle pour le Bureau de l'égalité entre femmes et hommes, dont les tâches dépassent le champ de l'égalité dans le domaine de l'emploi. C'est la raison pour laquelle le titre de la loi, de même que l'article premier, se réfèrent à la promotion de l'égalité entre femmes et hommes en général et non à la promotion de l'égalité entre les sexes, dans le domaine de l'emploi.

Il convient certes de ne pas oublier que l'égalité dans le domaine du travail est indissociable d'une politique globale d'égalité des chances. Des mesures en matière de politique familiale et fiscale, en matière de formation, en matière de sécurité sociale, sont indispensables pour réaliser une véritable égalité des sexes dans le domaine du travail. L'introduction de telles mesures devra toutefois se faire à l'occasion d'une révision de la législation spéciale concernée.

La loi a pour objectif de faire entrer l'égalité entre femmes et hommes dans les faits et ne se limite pas à viser une égalité purement formelle. Le souci de réaliser l'égalité de fait devrait guider les autorités dans l'interprétation de la loi.

### *Egalité dans les rapports de travail*

#### *Art. 2 Principe*

La loi s'applique à l'ensemble des rapports de travail, que ceux-ci relèvent du code des obligations ou du droit public fédéral, cantonal ou communal. Elle s'applique donc non seulement au personnel de la Confédération, mais aussi aux agents de la fonction publique cantonale et communale.

La question s'est posée de savoir s'il se justifiait de prévoir une réglementation applicable au personnel des administrations cantonales et communales. La nécessité d'une uniformisation dans ce domaine est apparue clairement et s'est encore renforcée à la lumière des résultats de la procédure de consultation. Rien ne permettrait en effet de justifier que les travailleurs du secteur public bénéficient d'une protection légale moindre par rapport aux travailleurs du secteur privé. Les discriminations dont peuvent faire l'objet les travailleurs de la fonction publique sont de même nature et naissent des mêmes mécanismes que celles dont peuvent faire l'objet les travailleurs du secteur privé. A cet égard, l'employeur public qui agit de manière discriminatoire ne doit pas être traité différemment d'un employeur privé. Du fait qu'une telle réglementation relève en premier lieu du souci de protéger les travailleurs, la Confédération dispose d'une base constitutionnelle suffisante pour légiférer de manière uniforme dans ce domaine (voir ch. 63). Les collectivités publiques conservent donc leur autonomie en ce qui concerne l'organisation des rapports de service de leur personnel. La nouveauté réside dans le fait qu'en cas de discrimination, les agents de la collectivité publique bénéficieront d'une meilleure protection juridique. Pour le reste, la loi tient compte des particularités du statut du personnel des administrations publiques. Comme nous l'avons mentionné plus haut, l'inclusion du personnel des administrations publiques fédérale, cantonale et communale dans le champ d'application de la loi est également conforme au droit communautaire.

#### *Art. 3 Interdiction de discriminer*

L'article 3 interdit toute discrimination fondée sur le sexe dans le domaine de l'emploi. L'interdiction porte non seulement sur les inégalités salariales, mais sur tous les aspects des rapports de travail, y compris l'accès à l'emploi et le licenciement.

Le droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale, inscrit à l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, troisième phrase, de la constitution, déploie ses effets directement, dans les relations avec l'Etat comme dans les relations entre particuliers. Le droit suisse ne connaît en revanche pas de dispositions législatives interdisant toute discrimination dans les rapports de travail. Le principe de l'égalité des droits entre hommes et femmes inscrit à l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, première phrase, de la constitution, est certes opposable à l'Etat agissant en qualité d'employeur; en revanche, ce n'est que de manière indirecte, par le biais de l'interprétation du droit privé en conformité avec la constitution, que ce principe déploie des effets à l'égard des

entreprises du secteur privé. L'article 336, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre a, du code des obligations permet de déclarer abusif le congé donné à raison du sexe: l'interdiction de discriminer ne concerne toutefois que le licenciement. On pourrait également envisager qu'une travailleuse puisse agir, dans des cas très limités, en vertu de l'article 328 du code des obligations sur la protection de la personnalité du travailleur. Toutes ces dispositions offrent une protection juridique insuffisante et qui ne répondrait pas aux exigences du droit communautaire.

L'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution, s'il consacre expressément un droit fondamental à l'égalité des salaires, donne aussi le mandat général au législateur de pourvoir à l'égalité dans tous les domaines, et en particulier dans celui du travail. En fait, l'égalité entre femmes et hommes dans le domaine professionnel n'est possible que si les discriminations en fonction du sexe sont prohibées dans l'ensemble des conditions de travail. Les travaux de recherche ont démontré que la discrimination au niveau des salaires, même si elle est importante, ne représente qu'une des nombreuses formes possibles de discrimination dans le domaine du travail. Non seulement les autres formes de discrimination professionnelle nuisent à l'égalité des chances sur le marché de l'emploi en fermant aux femmes des possibilités de faire carrière ou d'exercer l'activité de leur choix, mais elles ont aussi une incidence directe sur l'égalité des salaires. L'accès à un poste à responsabilités ou aux possibilités de perfectionnement professionnel ou encore les promotions ont un effet déterminant sur le salaire. En outre, des discriminations dans ces domaines permettent de contourner le droit à l'égalité des salaires, par exemple en cas de promotion d'un travailleur de sexe masculin à un autre poste.

Les pays de la Communauté européenne ont dû introduire dans leurs législations internes une interdiction générale de toute discrimination à raison du sexe en matière d'emploi, à la suite de l'adoption par le Conseil de la directive 76/207/CEE du 9 février 1976<sup>87)</sup> relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail. Cette directive fait d'ailleurs partie de l'annexe XVIII de l'Accord EEE. La directive interdit toute discrimination fondée sur le sexe, qu'elle soit directe ou indirecte, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la promotion, et l'accès à la formation professionnelle ainsi que les conditions de travail. L'application du principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi exige que puissent être déclarées nulles ou amendées les dispositions contraires à l'égalité de traitement qui figurent dans les dispositions de contrats individuels de travail, de conventions collectives de travail ou de règlements intérieurs d'entreprises. En outre, les Etats membres doivent introduire dans leur ordre juridique les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle. Bien que la Suisse ne puisse pas ratifier l'Accord EEE, l'adoption d'une interdiction légale de discriminer à raison du sexe dans les rapports de travail se justifie, car elle permet d'aligner notre législation sur celle des autres Etats européens et contribue également à éliminer les distorsions de concurrence (voir ch. 42).

<sup>87)</sup> Précitée.

### *1<sup>er</sup> alinéa*

L'article 3, 1<sup>er</sup> alinéa, interdit expressément toute discrimination directe ou indirecte, notamment lorsqu'elle se fonde sur l'état civil, la situation familiale ou la grossesse. La référence expresse aux discriminations indirectes et au caractère potentiellement discriminatoire des critères liés à l'état civil ou à la situation familiale se retrouve dans la directive communautaire 76/207/CEE<sup>88)</sup> et dans la plupart des législations étrangères. D'ailleurs, le principe de l'égalité des salaires entre hommes et femmes, tel qu'il est garanti par la constitution fédérale, implique également, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'interdiction de toute discrimination indirecte.

En effet, il ne faut pas que l'interdiction d'utiliser le critère du sexe soit contournée en utilisant un critère d'apparence neutre, aboutissant au même résultat. La Cour de justice des Communautés, dans une jurisprudence abondante, de même que la doctrine étrangère, ont été amenées à définir peu à peu les éléments constitutifs d'une discrimination indirecte. Une proposition de directive communautaire de 1988<sup>89)</sup> tente elle aussi de donner une définition de la discrimination indirecte. Il nous a néanmoins paru difficile de donner une définition légale de la discrimination indirecte qui soit à la fois simple, complète et suffisamment souple pour s'adapter aux circonstances du cas concret. Nous avons estimé préférable d'esquisser ici les principes développés par la jurisprudence communautaire et de laisser le soin aux tribunaux d'interpréter la loi à la lumière de ces principes. Pour les mêmes raisons, nous avons renoncé pour le moment à préciser la notion de salaire égal pour un travail de valeur égale et chargé le Bureau de l'égalité entre femmes et hommes d'élaborer des directives à ce sujet<sup>90)</sup>.

Une discrimination est dite «directe» lorsqu'elle se fonde explicitement sur le critère du sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à l'un des deux sexes et qu'elle n'est pas justifiée objectivement. La discrimination est en revanche qualifiée d'«indirecte» lorsque le critère utilisé pourrait s'appliquer à l'un ou l'autre sexe, mais qu'il a ou peut avoir pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifié objectivement. A titre d'exemple, la Cour de justice des Communautés a, dans une jurisprudence constante<sup>91)</sup>, jugé qu'une mesure ayant pour effet de désavantager les travailleurs à temps partiel, peut être constitutive d'une discrimination prohibée par le droit communautaire, sachant que cette catégorie de travailleurs est composée d'une proportion plus élevée de femmes que d'hommes. De même, une discrimination salariale peut, par exemple, résulter du fait que les critères retenus favorisent en majorité les tâches typiquement masculines et que les critères qui avantagent les tâches typiquement féminines sont omis<sup>92)</sup>.

<sup>88)</sup> Précitée.

<sup>89)</sup> Proposition de directive du Conseil du 2 mai 1988 relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations et de l'égalité de traitement entre femmes et hommes, COM (88) 269 final, précitée.

<sup>90)</sup> Directives concernant l'application du droit à l'égalité des salaires, publiées en mars 1992, précitées.

<sup>91)</sup> Voir notamment arrêts Jenkins et Bilka, précités.

<sup>92)</sup> Arrêt Danfoss, précité.

Pour juger si une mesure a ou peut avoir pour effet de désavantager une plus forte proportion de personnes d'un sexe, le juge devra s'éloigner du cas concret et s'inspirer de l'expérience générale de la vie. Il pourra s'aider de données statistiques ou de probabilités.

Le caractère discriminatoire d'une mesure disparaît si celle-ci est justifiée objectivement. Ainsi, un critère peut être justifié objectivement, même s'il a pour effet de désavantager un plus grand nombre de femmes que d'hommes, lorsqu'il est exigé par l'exécution du travail. De même, un critère peut être justifié objectivement lorsqu'il poursuit un but légitime, sans rapport avec la répartition des rôles entre les sexes, par exemple un objectif de politique sociale. La vigilance s'impose toutefois dans ce domaine, car une motivation apparemment objective peut fort bien cacher un stéréotype sexuel. A cet égard, le juge ne saurait se satisfaire du fait qu'un motif objectif quelconque est invoqué: il devra bien plus procéder à une pesée des intérêts en jeu sous l'angle du principe de proportionnalité. Si le but poursuivi est objectivement justifié, il faudra également que le critère utilisé soit nécessaire et propre à atteindre ce but et que l'on ne puisse raisonnablement exiger de l'employeur qu'il choisisse un critère moins discriminatoire ou qu'il prenne des mesures afin de réduire l'effet discriminatoire. Dans sa jurisprudence relative aux travailleurs à temps partiel, la Cour de justice des Communautés a, par exemple, jugé, dans un arrêt de 1986<sup>93)</sup>, qu'une société de grands magasins qui exclut les travailleurs à temps partiel, indépendamment de leur sexe, du régime de pensions d'entreprise, agit de manière discriminatoire, à moins qu'elle ne puisse démontrer que cette mesure répond à un véritable besoin de l'entreprise, qu'elle est apte à atteindre l'objectif visé et qu'elle est nécessaire à cet effet.

L'article 3 mentionne expressément les critères de l'état civil, de la situation familiale et de la grossesse comme critères potentiellement discriminatoires. Ces trois critères font l'objet d'une mention explicite, car ils donnent souvent lieu à discrimination. Les deux premiers sont d'ailleurs cités par la directive communautaire 76/207/CEE du 9 février 1976. Il ne faut toutefois pas en déduire que ces trois critères soient dans tous les cas discriminatoires: ils ne le sont qu'en l'absence de motivation objective. Lors de la procédure de consultation, la crainte a été exprimée de voir disparaître toute considération de politique sociale dans les rapports de travail. Une telle crainte n'est pas fondée, car l'interdiction de discriminer permet de prendre en compte des éléments de politique sociale; elle ne permet en revanche pas de s'appuyer sur la répartition traditionnelle des rôles. Lors de licenciements collectifs, par exemple, où l'élément social joue un rôle prépondérant, il conviendra d'utiliser des critères qui ne se fondent pas sur la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes et qui, pris dans leur ensemble, n'aient pas pour effet de désavantager systématiquement les femmes. Les trois critères auxquels il est fait référence à l'article 3 sont purement exemplatifs. D'autres critères pourraient être ajoutés à cette liste, par exemple celui des préférences sexuelles, dans la mesure où un tel critère est propre à désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe.

<sup>93)</sup> Arrêt *Bilka*, précité.

Le critère du sexe est en principe prohibé. Il peut toutefois, dans certains cas bien déterminés, représenter un facteur déterminant pour l'exécution du travail. Tel est le cas pour des raisons d'authenticité dans les métiers du spectacle ou de la mode (acteurs, chanteurs, mannequins, modèles, etc.). Tel peut également être le cas lorsque des circonstances particulières font du sexe un facteur déterminant, en particulier dans le cadre d'une institution sociale destinée aux personnes de l'un des deux sexes (par exemple, un centre pour les femmes victimes de violences conjugales) ou lorsque des motifs religieux l'exigent, notamment dans la prêtrise. Dans la mesure où le critère utilisé, fût-ce celui du sexe, est justifié objectivement, il n'y a pas discrimination.

Dans sa jurisprudence en matière d'égalité des salaires entre hommes et femmes, le Tribunal fédéral note que le principe de l'égalité de rémunération doit être respecté indépendamment des mobiles et intentions de l'employeur. Ce principe, par ailleurs admis en droit communautaire, vaudra également ici: l'illicéité d'une mesure ne dépendra donc pas de l'existence d'une intention discriminatoire de l'employeur.

Il va sans dire que toute disposition d'une convention collective ou d'un contrat individuel de travail qui contrevient à l'interdiction de discriminer prévue à l'article 3 est nulle<sup>94</sup>.

### *2<sup>e</sup> alinéa*

Le 2<sup>e</sup> alinéa donne une liste des éléments sur lesquels porte l'interdiction de discriminer. La liste est purement exemplative. Il n'est toutefois guère possible d'assurer l'égalité de traitement dans l'emploi si l'on n'interdit pas également les discriminations dans l'accès à l'emploi. C'est bien là l'avis de la Communauté européenne, puisque la directive 76/207 du 9 février 1976 interdit, à l'article 3, «toute discrimination fondée sur le sexe dans les conditions d'accès, y compris les critères de sélection, aux emplois ou postes de travail, quel qu'en soit le secteur ou la branche d'activité, et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle».

### *3<sup>e</sup> alinéa*

Le critère du sexe est encore admis dans un autre cas, visé par le 3<sup>e</sup> alinéa de l'article 3: ne constituent en effet pas une discrimination les mesures visant à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes, dans la mesure où elles paraissent appropriées. La nécessité de promouvoir l'égalité effective peut justifier l'adoption de mesures destinées à avantager les femmes dans les professions et aux postes de travail où elles sont encore fortement sous-représentées.

Le 3<sup>e</sup> alinéa de l'article 3 doit se comprendre comme une réserve. Il ne préjuge pas de la constitutionnalité d'éventuelles mesures adoptées par voie législative ni ne constitue une base légale permettant d'adopter de telles mesures. Il s'agit surtout d'éviter que les mesures qui seraient prises par un employeur en vue d'améliorer la représentation des femmes dans son entreprise ne soient qualifiées de discriminatoires au sens de l'article 3.

<sup>94</sup>) Yvo Hangartner, Grundzüge des Schweizerischen Staatsrechts II, Zürich, 1982, p. 190; Adrian Stachelin, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich, 1984, ad art. 322, n° 20.

#### Art. 4 Droits des travailleurs

Cette disposition énonce les diverses actions dont dispose la victime d'une discrimination et prévoit des sanctions en cas de violation de l'interdiction de discriminer.

Des sanctions pénales, comme il en existe dans certaines législations étrangères, n'ont pas été retenues. Nous nous sommes limités à reprendre les actions qui existent déjà, en particulier dans le domaine des droits de la personnalité.

Le projet de loi n'entend pas introduire un droit à être engagé ou à ne pas être licencié. La victime d'une discrimination lors de l'embauche ou de la résiliation des rapports de travail ne dispose donc d'aucune des actions mentionnées au premier alinéa. En revanche, le projet prévoit, par analogie avec l'article 336a du code des obligations, que ces deux cas peuvent faire naître une prétention à une indemnité correspondant à six mois de salaire.

##### *1<sup>er</sup> alinéa*

Quiconque estime être en butte à une discrimination dispose d'actions analogues à celles de l'article 28a<sup>95)</sup> du code civil.

En vertu de l'article 4, les travailleurs peuvent requérir le juge ou l'autorité d'interdire une discrimination imminente (action en prévention), de mettre fin à une discrimination existante (action en cessation) ou de constater une discrimination dont les effets persistent (action en constatation de droit).

Ces trois actions visent chacune un stade différent de l'atteinte. L'action en prévention permet au travailleur, avant qu'une discrimination ne se produise, mais lorsqu'elle est imminente, de demander au juge qu'il ordonne à l'employeur de s'en abstenir. L'action en cessation permet au travailleur, lorsque la discrimination dure encore, de demander au juge qu'il ordonne à l'employeur d'y mettre fin. Enfin, l'action en constatation tend à faire constater une discrimination qui ne peut plus être supprimée, parce qu'elle a déjà eu lieu, mais qui laisse subsister un trouble auquel le travailleur souhaite voir mettre fin ou qui risque de se répéter.

Les prétentions inspirées de l'article 28a du code civil sont complétées par une action en paiement du salaire dû (let. d). Cette disposition tient compte du cas particulier des discriminations de salaire. En vertu de l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution, la travailleuse qui se prévaut d'une inégalité de salaire peut demander le versement du salaire dû, sous réserve des délais de prescription. Cette possibilité doit être maintenue. Le calcul du salaire dû, ainsi que la prescription, se déterminent, selon les cas, conformément aux règles du droit des obligations ou du droit des fonctionnaires.

En outre, cumulativement à l'une ou l'autre de ces actions, la victime dispose d'une action en dommages-intérêts (3<sup>e</sup> alinéa), qui lui permet de demander la réparation du dommage et, le cas échéant, du tort moral. Ces actions sont soumises aux conditions ordinaires du droit de la responsabilité civile.

<sup>95)</sup> FF 1982 II 661 ss.

## 2<sup>e</sup> alinéa

La victime d'une discrimination portant sur l'embauche ou le congé ne peut en principe prétendre qu'à une indemnisation. Seule la résiliation discriminatoire des rapports de travail soumis au droit public peut être invalidée. Lorsque les rapports de travail sont régis par le droit des obligations, le régime est analogue à celui des articles 336a et suivants du code des obligations: en pareil cas, l'employeur doit verser une indemnité pouvant atteindre, compte tenu des circonstances, un montant correspondant à six mois de salaire. Le juge n'a pas le pouvoir d'ordonner l'engagement ou le réengagement contre la volonté de l'employeur.

N'ayant pas le caractère de dommages-intérêts (voir FF 1984 II 624), l'indemnité ne dépend pas de l'existence d'un préjudice. Il suffit que le refus d'embauche ou le licenciement soit discriminatoire au sens de l'article 3. Toutes les personnes discriminées pourront prétendre au versement d'une indemnité. Nous n'avons pas retenu l'idée d'une sanction pénale.

Seul un refus d'embauche donne droit au versement d'une indemnité. Cela suppose que la personne qui s'estime discriminée a fait acte de candidature. Les offres d'emploi qui auraient un caractère discriminatoire ne donnent pas lieu à indemnité. En effet, le large cercle des victimes potentielles rendrait la sanction démesurée. Dans ce cas, on pourrait envisager un système d'amendes, comme on en connaît à l'étranger. Nous avons toutefois renoncé à sanctionner spécialement la violation de l'interdiction de discriminer en ce qui concerne les offres d'emploi. Une discrimination dans l'offre d'emploi pourra être examinée en relation avec un refus d'embauche et sanctionnée indirectement, dans la mesure où elle constituera, selon les circonstances, l'un des indices permettant de conclure à l'existence d'une discrimination. Dans la plupart des cas de discrimination lors de l'embauche, le salaire n'aura pas encore été fixé. L'indemnité sera dès lors calculée sur la base du salaire qui aurait vraisemblablement été versé.

La procédure à suivre dans les litiges relevant du code des obligations est réglée par les articles 8 et 9 de la loi.

En outre, les sanctions prévues sont conformes au droit communautaire. En droit communautaire, les Etats membres sont en principe libres de choisir les sanctions qui leur conviennent. Mais lorsqu'ils choisissent de sanctionner la violation de l'interdiction de discriminer par l'octroi d'une indemnité, celle-ci doit en tout cas, pour assurer son efficacité et son effet dissuasif, être adéquate aux préjudices subis et aller au-delà d'une indemnisation purement symbolique comme, par exemple, le remboursement des frais de candidature<sup>96</sup>). De même, lorsque le système de sanctions s'inscrit dans un régime de responsabilité civile, l'existence d'une discrimination doit suffire à engager à elle seule la responsabilité entière de son auteur, sans que l'on puisse tenir compte de facteurs d'exonération, tels que l'absence de faute<sup>97</sup>).

<sup>96</sup>) Arrêt du 10. 4. 84, aff. 79/83, Dorit Harz, Rec. 1984 p. 1921 ss; arrêt du 10. 4. 1984, aff. 14/83, Von Colson et Kamann, Rec. 1984, p. 1891 ss.

<sup>97</sup>) Arrêt du 8. 11. 1990, aff. C-177/88, Dekker, Rec. 1990 p. 3941 ss.

### 3<sup>e</sup> alinéa

Les discriminations contraires à la présente loi représentent également une atteinte aux droits de la personnalité au sens des articles 28 et suivants du code civil et des actes illicites au sens des articles 41 et suivants du code des obligations. Aux dispositions de la présente loi s'ajoutent donc d'autres dispositions légales permettant de faire valoir des prétentions en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral. Sont également réservées les dispositions contenues dans des contrats de travail ou des conventions collectives qui sont plus favorables aux travailleurs.

### Art. 5 Fardeau de la preuve

Les règles sur le fardeau de la preuve répondent à la question de savoir qui doit supporter les conséquences de l'absence de preuve, lorsqu'aucune partie ne réussit à prouver ses allégations. Dans cette hypothèse, la partie qui a la charge de la preuve succombe. Le principe général de l'article 8 du code civil veut que ce soit à la partie qui déduit un droit de certains faits qu'il incombe d'apporter la preuve de ces faits. Appliqué aux litiges en matière de discrimination, ce principe implique que le juge devrait rejeter la demande de la travailleuse s'il n'est pas convaincu de l'existence de la discrimination alléguée.

Quand bien même le juge saisi d'un litige relevant du contrat de travail doit, selon l'article 343 du code des obligations, établir d'office les faits lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 20 000 francs, une preuve positive est souvent très difficile à apporter. La preuve devra généralement porter sur des faits qui se trouvent dans la sphère d'influence de l'employeur et ne sont connus que de lui. Lorsque le juge, à l'instar de la partie demanderesse, ignore l'existence de ces moyens de preuve, la maxime officielle, qui veut que les faits soient établis d'office, demeure inopérante.

Si le fardeau de la preuve est à sa charge, il est dans l'intérêt de la partie adverse d'informer le juge avec la plus grande diligence et de lui fournir toutes pièces utiles. C'est pourquoi le projet de loi propose de faire supporter les conséquences de l'absence de preuves à l'employeur. C'est à lui qu'il incombera de démontrer qu'une mesure, dont le caractère discriminatoire a été rendu vraisemblable par le travailleur, repose sur d'autres motifs que le sexe. Dès lors qu'il risque de perdre le procès s'il échoue dans cette démonstration, il aura tout intérêt à participer activement à la procédure probatoire.

Cette règle spéciale trouve sa justification dans la nécessité de corriger l'inégalité de fait résultant de la concentration des moyens de preuves en mains de l'employeur. Pour éviter que des actions ne soient introduites à la légère, on exige, avant de mettre le fardeau de la preuve à la charge de l'employeur, que la victime apporte quelques indices qui rendent vraisemblable l'existence d'une discrimination. La notion de vraisemblance n'est pas inconnue en droit suisse: elle entre également en ligne de compte en matière de mesures provisionnelles. Le juge n'a pas à être convaincu du bien-fondé des arguments du travailleur; il lui suffit de disposer d'indices objectifs suffisants pour que les faits allégués lui paraissent vraisemblables, sans pour autant exclure qu'il puisse en aller différemment<sup>98)</sup>.

<sup>98)</sup> ATF 104 Ia 413.

En matière de discrimination indirecte, il convient, de manière analogue à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes<sup>99</sup>), de mettre le fardeau de la preuve à la charge de l'employeur lorsqu'il paraît qu'une mesure est, selon toute vraisemblance, propre à désavantager un pourcentage considérablement plus élevé de femmes que d'hommes.

Lorsqu'une discrimination a été rendue vraisemblable, le fardeau de la preuve incombe à l'employeur. Celui-ci obtiendra gain de cause s'il parvient à établir, preuves à l'appui, que la différence de traitement repose sur des facteurs objectifs.

Plusieurs pays ont introduit des facilités de preuve dans les procès relatifs à une violation de l'interdiction de discriminer. Le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence en matière d'égalité des salaires entre hommes et femmes, admet déjà un certain renversement du fardeau de la preuve, dans la mesure où il exige de l'employeur qui invoque un motif objectif qu'il en établisse clairement l'existence et, s'il n'y parvient pas, lui fait supporter les conséquences de l'échec de la preuve sur ce point<sup>100</sup>). La Cour de justice des Communautés européennes applique les mêmes principes. Ainsi, elle met le fardeau de la preuve à la charge de l'entreprise, lorsque celle-ci applique un système de rémunération qui manque totalement de transparence et que la travailleuse démontre que la rémunération moyenne des femmes est inférieure à celle des hommes<sup>101</sup>). Ces principes sont d'ailleurs repris dans une proposition de directive communautaire du 27 mai 1988 relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations et de l'égalité de traitement entre femmes et hommes<sup>102</sup>).

#### *Art. 6*    Qualité pour agir des organisations

Les études effectuées dans le cadre du rapport «Egalité des salaires» ont mis en évidence la réticence des travailleuses à faire valoir leurs prétentions salariales. L'une des raisons en est que le procès conduit à s'exposer publiquement, avec le risque de perdre son emploi ainsi que de s'isoler socialement. Ces circonstances justifient que soit reconnu, parallèlement à l'action individuelle de la personne concernée, le droit pour certaines organisations d'agir par voie judiciaire en leur nom propre. Cette légitimation des organisations permet à la personne concernée de se tenir quelque peu à distance et de ne pas s'exposer personnellement. Cela permet en outre aux organisations de défendre également un intérêt collectif, par exemple lorsqu'une discrimination affecte toute une catégorie de travailleurs. Les organisations seront amenées à défendre non seulement les intérêts privés des travailleurs concernés, mais aussi l'intérêt public que représente la réalisation effective de l'égalité entre femmes et hommes.

Il n'est du reste pas rare que la loi confère la qualité pour agir à des organisations lorsqu'il y va de la défense d'intérêts publics ou d'intérêts privés qui touchent un grand nombre de personnes. Tel est le cas, notamment, dans les domaines de la protection des travailleurs, de la protection de l'environnement, de la protection de la nature et du paysage, de même que dans le domaine de la concurrence

<sup>99</sup>) Voir, parmi d'autres, arrêts *Bilka* et *Kowalska*, précités.

<sup>100</sup>) ATF 113 Ia 117.

<sup>101</sup>) Arrêt *Danfoss* précité.

<sup>102</sup>) COM (88) 269 final, précité.

déloyale. En vertu de l'article 10, 2<sup>e</sup> alinéa, de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (RS 241), un syndicat – mais non une organisation féminine – peut aujourd'hui déjà agir en son nom propre en matière d'égalité des salaires<sup>103</sup>.

La qualité pour agir des organisations reste la seule possibilité d'examiner des discriminations à large échelle. Les expériences faites à l'étranger montrent l'efficacité des moyens d'action collectifs en vue d'assurer l'élimination des discriminations dans l'emploi. Les législations d'autres pays reconnaissent aussi la qualité pour agir à des organisations professionnelles, voire à des autorités.

Lors de la procédure de consultation, une partie des milieux consultés, en particulier les bureaux cantonaux de l'égalité, souhaitaient que le droit d'action des organisations soit étendu. Une autre partie des milieux consultés souhaitaient plutôt une limitation du droit d'agir, soit en le réservant aux organisations pouvant justifier d'une certaine garantie d'existence ou d'une certaine importance, soit en le subordonnant au consentement de la personne concernée, soit en le subordonnant à la condition qu'un nombre considérable de personnes soit touché. Nous avons choisi de faire dépendre le droit d'agir des organisations d'une certaine garantie d'existence et de ses incidences sur les rapports de travail. En revanche, la solution consistant à subordonner le droit d'agir des organisations au consentement du travailleur n'a pas été retenue.

### *1<sup>er</sup> alinéa*

Le Tribunal fédéral admet déjà, à certaines conditions, la qualité pour agir des associations professionnelles en droit civil, en particulier en matière de protection de la personnalité des travailleurs<sup>104</sup>.

Ce droit est soumis à trois conditions:

- a. que l'association soit habilitée par ses statuts à sauvegarder les intérêts économiques de ses membres;
- b. que les membres de l'association aient eux-mêmes qualité pour agir;
- c. que l'association défende un intérêt collectif comprenant non seulement l'intérêt personnel de ses membres, mais aussi celui des personnes qui, sans compter parmi les adhérents, exercent le métier de ces derniers.

En vertu du projet de loi, la qualité pour agir appartient non seulement aux organisations professionnelles, mais aussi aux organisations qui ont pour tâche, en vertu de leurs statuts, de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes. Ont ainsi qualité pour agir les organisations masculines comme les organisations féminines. La qualité pour agir est subordonnée à la condition que l'organisation existe depuis deux ans et qu'elle ait pour tâche statutaire la défense des intérêts des travailleurs ou la promotion de l'égalité. Il convient d'éviter par là la constitution d'associations ad hoc, qui ne présenteraient pas la continuité requise, ni la garantie de ressources matérielles et de connaissances suffisantes. Il n'est en revanche pas nécessaire que les travailleurs concernés soient membres de l'organisation. En tant qu'une association professionnelle a pour tâche statutaire de

<sup>103</sup> Gabriel Aubert, Discriminations salariales, protection de la personnalité et concurrence déloyale in: Pratique juridique actuelle, 1992/5 p. 572 ss.

<sup>104</sup> ATF 114 II 345.

défendre les intérêts des travailleurs d'une branche professionnelle, il va de soi que sa qualité pour agir ne vaudra que pour ladite branche.

Ce droit d'action et de recours doit être limité à la requête d'un jugement en constatation, à l'exclusion d'une condamnation à fournir une prestation, les dispositions d'autres lois demeurant réservées, tel l'article 10 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale. Cette limitation se justifie par la fonction assignée au droit d'action et de recours des organisations, laquelle est avant tout de soulever des questions de principe en matière d'égalité et non de s'occuper des intérêts particuliers d'une personne. La discrimination étant ainsi érigée en question de principe, la personne concernée peut se tenir à distance du procès. Elle le peut d'autant mieux que son consentement n'est pas requis.

Le fait de prévoir un droit d'action propre des organisations, indépendamment du consentement de la personne concernée, a suscité un certain nombre d'objections lors de la procédure de consultation. Il faut toutefois relever que si l'on faisait dépendre le droit d'agir de l'organisation du consentement des travailleurs concernés, ce droit équivaldrait dans la pratique à n'accorder aux organisations qu'un simple droit de représentation. Cette solution serait en définitive plus restrictive que le droit d'action dont bénéficient actuellement les organisations en vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral. L'organisation se verrait confrontée à des difficultés pratiques considérables si elle devait rechercher le consentement d'un grand nombre de travailleurs. Enfin, il faudrait également se demander ce qu'il adviendrait, pour peu que l'un ou l'autre des travailleurs retire son consentement. En réalité, un droit d'action subordonné au consentement du travailleur n'aurait véritablement de sens qu'en rapport avec l'action en exécution de la prestation. Dans le cadre de l'action en constatation, l'organisation défend un intérêt collectif distinct de l'intérêt individuel du travailleur. Nous avons néanmoins voulu éviter que l'action en constatation soit axée sur le sort d'une personne déterminée. C'est pourquoi la qualité pour agir des organisations est subordonnée à la condition que l'issue du procès affecte vraisemblablement un nombre considérable de rapports de travail. Cette restriction permet de garantir que l'organisation défende un intérêt général et que l'action ne soit pas focalisée sur un cas individuel.

L'action en constatation tend à faire confirmer l'existence d'une discrimination dans un cas d'espèce. En conséquence, le jugement ne déploie ses effets qu'envers l'organisation et l'employeur en cause, et non à l'égard du travailleur. Si celui-ci entend faire valoir ses droits, il doit en principe ouvrir lui-même action à titre individuel. Dans la pratique, cependant, une telle action devrait s'avérer la plupart du temps superflue, car l'employeur qui a succombé dans un jugement en constatation est pratiquement assuré de perdre un nouveau procès; de ce fait, il s'acquittera, le cas échéant, des prestations dues au travailleur et s'abstiendra de toute nouvelle discrimination. Le travailleur devrait-il néanmoins agir personnellement qu'il pourrait alors invoquer le jugement en constatation, ce qui renforcerait fortement sa position dans le procès. L'octroi de la qualité pour agir aux organisations a donc pour effet de ne pas faire supporter tout le risque du procès au travailleur.

## 2<sup>e</sup> alinéa

La procédure est soumise aux mêmes règles que pour l'action individuelle. Sont donc applicables le renversement du fardeau de la preuve, le droit à une procédure écrite, ainsi que les dispositions de l'article 343 du code des obligations indépendamment de la valeur litigieuse. Les délais prévus pour les actions en constatation des articles 8 et 9 doivent aussi être respectés par les organisations. Une organisation a ainsi la faculté de faire constater par le juge qu'une entreprise viole, selon une pratique constante, l'interdiction de discriminer lors de l'embauche ou du licenciement de personnel.

### Art. 7 Harcèlement sexuel

Le harcèlement sexuel dans l'entreprise constitue une forme grave de discrimination à raison du sexe dans l'emploi. Il est donc tout naturellement soumis à l'interdiction de discriminer prévue à l'article 3. Il se justifie toutefois de préciser que l'employeur qui tolère de tels agissements dans son entreprise est réputé agir de manière discriminatoire, dans la mesure où il n'a pas fait tout ce que l'on pouvait attendre de lui pour prévenir de tels agissements. Le harcèlement sexuel peut prendre différentes formes: remarques sexistes, commentaires grossiers ou embarrassants, usage de matériel pornographique, attouchements, invitations gênantes, avances accompagnées de promesses de récompense ou de menaces de représailles, agressions sexuelles, voire, dans les cas extrêmes, viol ou violence physique. Il s'agit de comportements basés sur le sexe et qui sont imposés à la personne contre sa volonté. Une enquête effectuée à Genève auprès de 558 travailleuses<sup>105</sup> a mis en évidence le fait que 59 pour cent des femmes interrogées affirment avoir été confrontées à des actes de harcèlement sexuel au cours des deux dernières années. 14 pour cent des femmes interrogées ont été confrontées à des contacts physiques non désirés et 2 pour cent à un chantage sexuel. Quelques-unes se sont vu imposer des rapports sexuels, voire un viol ou une tentative de viol.

Avec la révision du code pénal du 21 juin 1991 concernant les infractions contre l'intégrité sexuelle, le fait d'importuner une personne par des attouchements d'ordre sexuel ou par des paroles grossières, de même que la contrainte sexuelle, sont déjà réprimés pénalement par les articles 189 et 198. Il n'est toutefois pas suffisant de réprimer le harcèlement sexuel sur le plan pénal. Dans la mesure où il s'agit d'une inégalité de traitement fondée sur le sexe, il entre également dans le cadre d'une législation anti-discriminatoire<sup>106</sup> et il s'agit de tirer les conséquences nécessaires en droit du travail.

Le harcèlement sexuel est souvent le fait d'une personne qui se trouve en situation de pouvoir par rapport à une autre, notamment du fait de sa position hiérarchique, ou plus simplement du fait qu'elle est de sexe masculin. En pareil cas, il n'est pas rare que l'employeur, averti des faits, licencie la victime et renonce à se débarrasser de l'auteur, celui-ci lui paraissant plus nécessaire à l'entreprise que celle-là. Il faut donc engager la responsabilité de l'employeur, si celui-ci, au vu des circonstances, n'a pas pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement

<sup>105</sup> Questions au féminin, 2/92 p. 29.

<sup>106</sup> Combating sexual harassment at work, ILO Geneva, in: Conditions of work digest, 1/1992, volume 11, p. 15.

attendre de lui pour prévenir le harcèlement sexuel ou y mettre fin. De ce fait, l'article 7 de la loi complète l'article 198 du code pénal, lequel vise exclusivement l'auteur du harcèlement. Le juge devra tenir compte des circonstances, notamment si l'on pouvait admettre que l'employeur avait des raisons de craindre un comportement importun d'un de ses employés, par exemple en raison des antécédents de celui-ci, ou s'il a été dûment informé des faits. La responsabilité de l'employeur est régie par l'article 4 de la loi, comme pour tout autre forme de discrimination: cela signifie que la victime de harcèlement sexuel pourra demander au juge d'interdire la discrimination, de la faire cesser ou de la constater et requérir le versement de dommages-intérêts et d'une indemnité pour tort moral aux conditions définies par les articles 41 et suivants du code des obligations. Le travailleur qui refuse les avances de son supérieur et qui, de ce fait, est congédié, pourra faire valoir son droit à une indemnité au sens de l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la loi. En outre, la personne qui fait valoir ses droits en justice ou auprès de l'employeur est protégée contre le congé de rétorsion au sens de l'article 10 de la loi. Les actions prévues par l'article 4, 1<sup>er</sup> alinéa, peuvent, dans certains cas, se révéler inefficaces. C'est pourquoi l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa, de la loi, prévoit la possibilité pour le juge, en plus des actions prévues à l'article 4, 1<sup>er</sup> alinéa, de condamner l'employeur à verser à la victime une indemnité analogue à celle qui est prévue à l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la loi. Cette indemnité est à distinguer d'une éventuelle réparation du tort moral qui ne pourrait être versée qu'en vertu de l'article 49 du code des obligations.

La responsabilité de l'employeur pour les actes de harcèlement sexuel perpétrés par des employés, voire par des clients, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir connaissance de tels actes et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires, est admise dans plusieurs pays anglo-saxons (Australie, Canada, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni, Etats-Unis)<sup>107</sup>. L'employeur a par ailleurs tout intérêt à prévenir le harcèlement sexuel dans l'entreprise.

Il convient de noter que la Commission des Communautés européennes a adopté en date du 27 novembre 1991 une recommandation sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail<sup>108</sup>. La recommandation précise que tout comportement à connotation sexuelle affectant la dignité des hommes et des femmes au travail peut, dans certaines circonstances, être contraire au principe de l'égalité de traitement au sens de la directive 76/207/CEE. La recommandation comporte un code de pratique ayant pour but de fournir des lignes directrices aux employeurs, aux syndicats et aux travailleurs afin de combattre le harcèlement sexuel. Le code de pratique qui figure en annexe de la recommandation peut inspirer les partenaires sociaux et offrir aux employeurs un instrument qui leur permette de se conformer plus facilement à leurs obligations.

#### *Dispositions spéciales relatives aux rapports de travail régis par le code des obligations*

Les dispositions de cette troisième section valent uniquement pour les rapports de travail relevant du droit des obligations. Par rapport à celle de l'avant-projet, cette

<sup>107</sup>) Combating sexual harassment at work, précité, p. 59.

<sup>108</sup>) 92/131, précité.

nouvelle systématique présente l'avantage d'éviter, pour chaque article, un renvoi spécifique aux rapports de travail du droit public, qui, sur certains points, sont fondamentalement différents.

#### *Art. 8* Procédure en cas de discrimination à l'embauche

Le candidat victime d'un refus d'embauche en raison de son sexe peut réclamer une motivation écrite à l'employeur, en se prévalant d'une discrimination au sens de la loi. C'est dire aussi qu'une offre d'emploi discriminatoire ne peut entraîner à elle seule les suites juridiques prévues à l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la loi. Une offre qui ne s'adresse qu'à un seul sexe peut néanmoins constituer un indice de discrimination.

Le juge ou l'office de conciliation devra être saisi dans un délai de trois mois à compter de la communication du refus d'embauche, sous peine de péremption. Le délai de péremption s'applique même si l'employeur n'a pas encore donné de motivation écrite. Si, à cet égard, l'employeur fait preuve de mauvaise foi, il conviendra d'en tenir compte dans la répartition des frais judiciaires. Si la loi se réfère, comme point de départ, à la communication du refus d'embauche, cela ne signifie pas pour autant que toute candidature doit impérativement faire l'objet d'une réponse écrite, même si cela devrait pratiquement être la règle. La communication peut aussi résulter des circonstances. En tous les cas, le délai ne court qu'à partir du moment où le refus d'embauche est connu de manière certaine.

En l'absence de communication écrite, et si l'on peut estimer que le refus n'est pas connu de manière certaine, il y a lieu d'attendre du candidat qu'il cherche à savoir, dans un délai convenable, si une décision a été prise à son égard.

Cette disposition n'occasionnera guère de charges supplémentaires pour l'employeur. Si, ayant publié une offre d'emploi, il informe par écrit tous les candidats écartés, il n'aura pas à conserver les documents d'embauche au-delà de trois mois, à moins qu'un litige ne survienne dans ce délai. Du reste, il n'y aura d'actions que dans les cas flagrants. Qui plus est, les organisations n'auront pas qualité pour agir contre un refus d'embauche particulier. Tout au plus pourront-elles faire constater, sur la base de l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, lettre c, qu'une entreprise privilégie systématiquement l'un ou l'autre sexe lorsqu'elle embauche, sans qu'elle ait pour cela de raisons objectives.

#### *Art. 9* Procédure en cas de discrimination dans la résiliation du contrat de travail

Les dispositions valables en cas de discrimination dans la résiliation des rapports de travail s'apparentent étroitement aux articles 336 et suivants du code des obligations. En ce qui concerne les délais et la procédure, il est renvoyé à l'article 336b du code des obligations, qui prévoit l'ouverture de la procédure d'opposition pendant le délai de congé, ainsi qu'un délai de péremption de 180 jours à compter de la fin du contrat de travail.

#### *Art. 10* Protection contre le congé

L'analyse des actions intentées en matière d'égalité des salaires révèle que dans les rares cas relevant du secteur privé, les travailleuses n'ont ouvert action

qu'après la résiliation des rapports de travail. La crainte de perdre leur place explique la retenue des femmes à faire valoir leur droit à un salaire égal. Or, le principe constitutionnel de l'égalité des salaires exige que les femmes puissent faire appliquer leurs droits pendant les rapports de travail déjà, et non seulement lorsqu'ils ont pris fin. Si l'on entend permettre aux travailleuses d'exercer efficacement leurs droits pendant la durée des rapports de travail, il est nécessaire de prévoir une période de protection pendant laquelle le congé peut être invalidé. La situation actuelle n'offre pas une protection suffisante. Les articles 336 et suivants du code des obligations, entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1989, ne prévoient qu'une indemnisation, le congé restant valable. Cette disposition ne permet donc pas de garantir l'égalité de salaire et de traitement au cours des rapports de travail.

Le projet de loi prévoit une protection limitée dans le temps: le congé est annulable pendant toute la durée de la procédure, y compris pendant la durée des démarches entreprises par le travailleur au sein de l'entreprise, ainsi que pendant le semestre qui suit. Si un congé abusif intervient au-delà de cette période, ce sont les articles 336 et suivants du code des obligations qui s'appliquent. Le congé abusif peut alors seulement donner lieu à une indemnisation.

Le tribunal doit annuler le congé donné durant le délai de protection prévu à l'article 10, 2<sup>e</sup> alinéa, de la loi, si le congé ne repose pas sur un motif justifié. Le Conseil fédéral a déjà eu l'occasion de s'exprimer sur ce qu'il faut entendre par «motif justifié», dans son message concernant l'initiative populaire «pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail» et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations: «Est un motif justifié tout motif qui peut raisonnablement donner lieu à résiliation, même s'il n'est pas suffisamment grave pour justifier une résiliation immédiate du contrat» (FF 1984 II 633). Cette notion est plus large que celle de «justes motifs» de l'article 337 du code des obligations, qui conduit à la résiliation immédiate. On retrouve en outre l'expression «motif justifié» à l'article 340c, 2<sup>e</sup> alinéa, du code des obligations, qui prévoit que la prohibition de faire concurrence cesse lorsque l'employeur résilie le contrat de travail sans motif justifié. Dans la mesure où le congé est donné pendant le délai de protection fixé par le 2<sup>e</sup> alinéa, il incombera à l'employeur de démontrer l'existence d'un motif justifié de congé.

Cette forme de protection matérielle contre le congé est nouvelle en droit privé suisse, alors qu'en droit public un congé illicite peut être attaqué par voie de recours. Elle se distingue également de la discrimination dans la résiliation des rapports de travail prévue à l'article 9, qui ne conduit pas à une annulation de la résiliation, mais seulement au versement d'une indemnité (art. 336 ss CO). En matière de congés de rétorsion, une protection accrue se justifie.

A l'inverse, la protection contre le congé n'est plus garantie dans l'hypothèse d'un abus de droit manifeste de la part du travailleur. Ceci avant tout lorsque, par exemple, un travailleur introduit une action en matière d'égalité des salaires dans le seul but de garder une place de travail menacée pour d'autres raisons.

Le congé donné pendant le délai de protection doit, comme tout autre congé, être motivé par écrit si le travailleur le demande (art. 335 CO).

Une protection contre le congé semblable existe en droit du bail. Selon l'article 271a, 1<sup>er</sup> alinéa, lettres d et e, et 2<sup>e</sup> alinéa, du code des obligations, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1990, l'annulabilité s'étend à la durée de la procédure et à une période de trois ans au-delà. Cette protection contre le congé, qui existait déjà sous une autre forme (nullité au lieu d'annulabilité et délais de protection plus courts) dans l'arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (AMSL), a fait ses preuves pour les actions intentées pendant la durée du contrat de bail.

Il faut encore relever que les directives communautaires 75/117/CEE et 76/207/CEE<sup>109)</sup> relatives à l'égalité de rémunération et à l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'emploi obligent toutes deux les Etats membres à prendre les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre tout licenciement qui constituerait une réaction de l'employeur à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement ou de l'égalité de rémunération. La plupart des pays qui nous entourent (France, Allemagne, Italie, Grande-Bretagne) connaissent une protection permettant d'invalider le congé de rétorsion, avec parfois une solution mixte permettant, selon les cas, soit d'invalider le congé, soit d'indemniser le travailleur.

#### *1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> alinéas*

Le projet de loi prévoit l'annulabilité du congé et non sa nullité. Il ne sera donc pas sans effets d'office, mais devra être invalidé par le juge. Le travailleur doit saisir le tribunal dans le délai de congé. Le rapport «Egalité des salaires» prévoyait la nullité du congé. L'annulabilité semble pourtant préférable, dans la mesure où elle implique nécessairement un jugement et évite au travailleur toute incertitude quant à l'existence ou non de motifs justifiés de congé. Même si l'on adoptait la nullité, le travailleur devrait immanquablement, dans la pratique, entreprendre des démarches judiciaires pour faire constater cette nullité. En outre, la solution que nous avons choisie présente l'avantage de permettre au travailleur qui le désire de renoncer à l'annulation du congé et de demander une indemnité (4<sup>e</sup> al.).

La protection contre le congé commence dès que le travailleur se plaint d'une discrimination à l'employeur, à un supérieur ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise. Elle se termine six mois après la clôture de la procédure de conciliation ou de la procédure judiciaire, de même que six mois après que l'employeur a pris position définitivement sur le cas de discrimination invoqué. L'avant-projet de loi prévoyait une protection durant la procédure judiciaire ou la procédure de conciliation et durant l'année qui suivait. Le projet de loi étend la protection à la période qui précède l'ouverture de la procédure judiciaire ou de conciliation. La protection ainsi prévue est conforme aux directives communautaires 75/117/CEE et 76/207/CEE. En effet, celles-ci exigent que les travailleurs soient également protégés lorsque le licenciement fait suite à une plainte formulée au niveau de l'entreprise. En revanche, le délai de protection suivant la clôture des démarches ou de la procédure est limité à six mois.

<sup>109)</sup> Précitées.

### *3<sup>e</sup> alinéa*

A la différence de l'article 336*b* du code des obligations, la personne concernée doit ouvrir action, ou si le canton le prévoit, saisir l'office de conciliation, avant la fin du délai de congé, sans faire opposition. La rapidité de cette manière de procéder se justifie par la nécessité de préserver une possibilité réelle de maintenir les rapports de travail. Si le travailleur qui entreprend une procédure judiciaire pouvait attendre 180 jours après la fin des rapports de travail avant d'intenter action (art. 336*b* CO), il serait trop tard pour espérer maintenir les rapports de travail.

### *4<sup>e</sup> alinéa*

Le 4<sup>e</sup> alinéa offre la possibilité au travailleur de revenir à la solution prévue actuellement par le code des obligations, soit le versement d'une indemnité en lieu et place de la poursuite des rapports de travail. Plusieurs pays (France, Grande-Bretagne) connaissent une telle alternative, lorsque le maintien des relations de travail n'est pas dans l'intérêt du travailleur ou se révèle impraticable. Cette solution tient compte du fait que, selon l'état de dégradation des rapports de travail et la situation personnelle et conjoncturelle, la personne concernée peut préférer renoncer à poursuivre des rapports de travail devenus insupportables.

### *5<sup>e</sup> alinéa*

Lorsque le congé est donné à la suite d'une action intentée par une organisation au sens de l'article 6 de la loi et que le lien de causalité entre l'action en justice et la résiliation des rapports de travail paraît vraisemblable, la personne qui reçoit le congé peut demander son annulation. Il serait en effet particulièrement choquant de ne pas protéger les travailleurs qui feraient les frais d'une action en justice intentée par une organisation. Bien que le droit d'action des organisations soit limité à la défense d'un intérêt collectif, on ne peut totalement exclure qu'un ou plusieurs travailleurs soient cités personnellement durant le procès.

On vise à protéger en premier lieu les travailleurs impliqués à titre particulier dans le procès, non seulement en qualité de victimes d'une discrimination, mais aussi, par exemple, en qualité de témoins ou de représentants syndicaux.

## *Art. 11 Procédure de conciliation*

La loi oblige les cantons à prévoir une procédure de conciliation. Ils peuvent confier la tâche de concilier les parties à un organe existant. La tâche de cet organe sera de conseiller les parties et de les aider à trouver un accord.

Une procédure de conciliation gratuite, parce qu'elle évite d'en appeler à une instance judiciaire, peut grandement inciter les femmes à entreprendre des démarches juridiques en vue de faire cesser une discrimination. Le fait d'aborder la question dans une atmosphère moins lourde de conséquences que lors d'une procédure judiciaire formelle permet d'éviter une détérioration irrémédiable des rapports de travail. Dans la mesure où leurs déclarations en procédure de conciliation ne les lieront pas plus tard lors du procès, les parties peuvent s'expliquer plus librement et sans arrière-pensée. L'espoir demeure, grâce à un arbitrage neutre, de préserver les rapports de travail.

La procédure de conciliation sera facultative en vertu du droit fédéral. Les cantons peuvent cependant faire de la procédure de conciliation une condition préalable à l'action judiciaire. Dans ce cas, les parties devront s'adresser à l'office de conciliation avant d'ouvrir action. Lorsque la loi prévoit un délai pour agir, comme cela est le cas aux articles 8 et 9, l'office de conciliation doit être saisi dans le même délai. Dans ce cas, les parties disposent d'un délai de trois mois pour ouvrir action après la procédure de conciliation.

La procédure de conciliation est gratuite, y compris pour ce qui est des frais occasionnés par l'établissement des faits.

La loi réserve aux cantons une grande marge d'autonomie dans l'organisation des offices de conciliation: elle leur laisse le soin de régler les détails et de décider si la tâche de concilier les parties doit être attribuée au bureau cantonal chargé des questions d'égalité ou à une instance spéciale. A cet égard, il est parfaitement loisible aux cantons de confier la fonction de conciliateur au juge de paix ou au juge ordinaire dans le cadre d'une tentative de conciliation obligatoire. Il s'agit toutefois de garantir que l'instance de conciliation entre en matière sur le cas qui lui est soumis et ne fasse pas de la procédure de conciliation qu'une simple formalité autorisant les parties à ouvrir action.

La procédure de conciliation n'est prescrite que pour les litiges relevant du droit privé. Les cantons peuvent toutefois prévoir une procédure semblable dans leur code de procédure administrative pour le personnel des cantons et des communes. Une procédure de préavis, qui devrait jouer un rôle analogue à celui d'une procédure de conciliation, est prévue pour les litiges concernant le personnel fédéral à l'article 13, 3<sup>e</sup> alinéa.

#### *Art. 12 Procédure civile*

Cette disposition complète les règles de procédure fixées à l'article 343 du code des obligations, en tenant compte de la complexité particulière des litiges portant sur une discrimination. Il est, par exemple, très difficile à une femme de démontrer qu'elle effectue un travail de valeur égale à celui d'un homme et mérite par conséquent un salaire égal.

##### *1<sup>er</sup> alinéa*

Le premier alinéa garantit aux parties le droit de se faire représenter et d'exiger que le procès revête la forme écrite. Le tribunal peut également, si le droit cantonal le permet, ordonner la procédure écrite d'office.

L'article 343 du code des obligations prescrit aux cantons de soumettre à une procédure simple et rapide les litiges résultant du contrat de travail et dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 20 000 francs. La plupart des cantons ont prévu une procédure orale. Or, celle-ci n'est pas indiquée dans les litiges en matière d'égalité des salaires, en raison de la complexité de la matière.

En outre, il est pratiquement impossible de gagner un procès portant sur une discrimination fondée sur le sexe sans bénéficier d'un soutien juridique. C'est pourquoi il convient de garantir le droit pour chacune des parties de se faire représenter par un mandataire. Le Tribunal fédéral reconnaît déjà, sur la base du droit d'être entendu découlant de l'article 4 de la constitution, le droit des parties

de se faire assister dans les phases décisives de la procédure, lorsque la valeur litigieuse est importante et l'affaire complexe<sup>110</sup>). Les litiges en matière d'égalité des salaires étant, par nature, très complexes, il convient de garantir dans tous les cas le droit de se faire représenter en justice. Les cantons demeurent libres, comme par le passé, de réserver le monopole de la représentation en justice aux avocats ou d'autoriser d'autres mandataires.

## 2<sup>e</sup> alinéa

L'avant-projet de loi prescrivait l'obligation pour le juge d'ordonner une expertise à la demande d'une partie et pour autant que la cause ne soit pas dénuée de toute chance de succès. En outre, il posait le principe de la gratuité de l'expertise (cf. ch. 155).

Cette mesure a été approuvée par la majorité des milieux consultés, soit 46 organismes. Elle a en revanche été rejetée par une vingtaine d'organismes qui craignaient que le juge ne soit fortement restreint dans son autonomie en matière d'administration de la preuve et ne se trouve contraint d'ordonner des expertises inutiles ou abusives. Il convient en effet de ne pas exclure que, dans certains cas, les faits soient suffisamment clairs pour rendre toute expertise superflue.

Après un examen approfondi, nous avons décidé de renoncer à inscrire dans la loi le droit à une expertise. En effet, le droit d'obtenir du juge qu'il ordonne une expertise comme moyen de preuve est déjà largement garanti sur la base de l'article 4 de la constitution. A la faveur de plusieurs arrêts dans le domaine de l'égalité des salaires entre hommes et femmes, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler que l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution, implique l'obligation pour le juge d'établir les faits et d'administrer les preuves pertinentes, sous peine de violer le droit d'être entendu garanti par l'article 4 de la constitution. Le juge ne peut donc renoncer sans raison objective à ordonner une expertise, surtout dans le domaine de l'égalité des salaires où la travailleuse ne dispose souvent pas de toutes les informations nécessaires.

En revanche, les coûts élevés d'une expertise peuvent dissuader fortement le travailleur d'ouvrir action, sachant que les risques de perdre le procès sont importants en raison des difficultés de preuve inhérentes à ce type de litige. L'expérience montre que les procès sont généralement complexes, longs et coûteux, dans ce domaine.

L'article 343, 3<sup>e</sup> alinéa, du code des obligations prévoit que, dans les litiges résultant du contrat de travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 20 000 francs, les parties n'ont à supporter ni émoluments ni frais judiciaires. Le groupe de travail «Egalité des salaires» recommandait, dans son rapport, de supprimer la limite de 20 000 francs. Selon lui, une procédure gratuite est tout aussi nécessaire pour des salaires élevés que pour de bas salaires, le risque du procès étant dans un cas comme dans l'autre très élevé. Pourtant, nous avons renoncé à proposer cette mesure dans l'avant-projet de loi, notamment en raison du fait que la limite de la valeur litigieuse venait à peine d'être relevée de 5000 à 20 000 francs.

<sup>110</sup>) ATF 105 Ia 288 ss.

Près de la moitié des organismes consultés ont demandé que la limite de la valeur litigieuse fixée à l'article 343 du code des obligations ne soit pas applicable aux litiges relatifs à l'égalité des salaires, en faisant valoir que cette limite est rapidement atteinte, même si le revenu concerné est bas ou moyen. Il faut reconnaître qu'en cas de violation du principe de l'égalité des salaires, le travailleur n'ouvre souvent action qu'après la résiliation des rapports de travail, la valeur litigieuse dépassant alors facilement la limite de 20 000 francs. Cette limite est également vite atteinte lorsque le travailleur prétend au versement d'une indemnité en cas de discrimination à l'embauche ou lors de la résiliation des rapports de travail, conformément à l'article 4 de la loi sur l'égalité, puisque l'indemnité peut s'élever à l'équivalent de six mois de salaire. C'est pourquoi nous proposons de rendre l'article 343 du code des obligations applicable à tous les litiges relevant de la foi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, indépendamment de la valeur litigieuse.

Il devient ainsi superflu de légiférer sur l'imputation des frais d'expertise. Le principe de la gratuité vaudra également dans ce cas, pour autant que le juge estime nécessaire d'ordonner une expertise. L'article 343, 3<sup>e</sup> alinéa, du code des obligations réserve néanmoins les cas de procès téméraire.

#### *Voies de droit en cas de rapports de travail de droit public*

##### *Art. 13*

Les décisions rendues en application de la présente loi ou qui, à tort, n'appliquent pas la présente loi, sont sujettes à recours. Contre les décisions prises par une autorité cantonale, le recourant doit d'abord épuiser les voies de recours prévues par le droit cantonal. Contre les décisions rendues en matière de rapports de service du personnel fédéral, les dispositions du statut des fonctionnaires relatives aux voies de recours sont applicables. Cela signifie que les décisions prises en première instance ou sur recours par les départements, la Chancellerie fédérale, la Direction générale des douanes et les organes de dernière instance des établissements ou entreprises autonomes de la Confédération peuvent être portées devant la Commission de recours en matière de personnel fédéral (art. 58, 2<sup>e</sup> al., let. b, ch. 3, StF; RO 1992 308). En dernière instance, la voie du recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral est ouverte dans tous les cas (cf. modification de l'art. 100 de l'organisation judiciaire, OJ; RS 173.110; dans l'annexe de la loi).

Quiconque peut justifier d'un intérêt digne de protection peut exiger qu'une décision soit rendue à son égard et se prononce sur les droits qu'il peut déduire de l'article 4 de la loi. Le droit d'exiger une décision découle des dispositions sur la qualité pour recourir (art. 103, let. a, OJ). Selon le principe de l'unité de la procédure, ces dispositions doivent être respectées par toutes les instances<sup>111)</sup>, y compris celles qui ont à trancher dans une procédure qui n'est pas soumise à la loi fédérale sur la procédure administrative (LPA, RS 172.021; voir, en particulier, art. 3, let. b, LPA). Pour ce qui est de la qualité pour agir des organisations, celle-ci est définie plus précisément à l'article 6 de la loi.

<sup>111)</sup> ATF 103 Ib 147 et 117 Ib 99.

Lorsqu'une collectivité publique pourvoit un poste, les candidats qui n'ont pas été retenus et font valoir une discrimination ne peuvent exiger d'être engagés, mais peuvent seulement demander le versement d'une indemnité, comme dans les rapports de travail de droit privé (art. 4, 2<sup>e</sup> al.). En revanche, lors de la réélection ou lors de la résiliation des rapports de service de droit public, l'agent qui fait valoir une discrimination pourra, comme aujourd'hui, faire annuler la décision si elle est contraire à la loi.

Les agents fédéraux pourront demander à une commission spécialisée de rendre un avis sur les recours dirigés contre les décisions de première instance. Cette procédure remplace, pour le personnel fédéral, la procédure de conciliation prévue pour les rapports de travail relevant du code des obligations. Cette commission pourrait fonctionner de manière analogue aux commissions d'experts chargées d'estimer les exigences liées aux fonctions, prévues par les articles 8 et suivants de l'ordonnance concernant la classification des fonctions (RS 172.221.111.1).

Le droit de recours de l'autorité fédérale compétente contre les décisions prises en dernière instance par des autorités cantonales (art. 103, let. b, OJ) sera exclu, en raison de l'importante autonomie qui doit être reconnue aux cantons dans l'aménagement de leurs statuts de la fonction publique. Cette solution a également pour effet de faire tomber l'obligation qui incomberait aux autorités cantonales de communiquer de telles décisions à l'autorité fédérale.

La procédure sera gratuite, comme dans les rapports de travail régis par le droit privé. Seuls les cas téméraires sont réservés, par analogie avec l'article 343, 3<sup>e</sup> alinéa, du code des obligations.

## *Aides financières*

### *Art. 14 Programmes d'action*

Les expériences faites à l'étranger démontrent qu'une législation prohibant toute discrimination à raison du sexe ne suffit pas à réaliser l'égalité professionnelle dans les faits. Il subsiste trop d'obstacles dus à la répartition traditionnelle des rôles dans la société et qui font que les femmes se heurtent à un véritable plafond de verre dans leur carrière professionnelle. Le soutien de la Confédération à des mesures d'incitation peut contribuer à briser ce plafond de verre, ou tout au moins à créer les impulsions nécessaires à la prise de mesures ciblées.

Il s'agit d'accorder des aides financières à des programmes ayant un caractère particulièrement exemplaire ou innovateur et qui visent spécifiquement la concrétisation de l'égalité entre femmes et hommes dans le domaine du travail. On évite ainsi de subventionner des mesures ne visant qu'accessoirement la promotion de l'égalité entre femmes et hommes et qui auraient été prises de toute façon. La loi n'institue pas un droit à des aides financières. Sur la base des crédits alloués, la priorité doit être donnée aux programmes dont on peut attendre les effets les plus significatifs pour la promotion concrète de l'égalité. L'aide fédérale peut, par exemple, avoir un rôle d'impulsion pour la mise en place d'une infrastructure ou encourager la création de nouveaux modèles d'organisation du travail. Un soin tout particulier devra être prêté à l'évaluation des programmes, dont les frais devront être pris en compte dans l'aide financière.

Les aides financières seront attribuées à des organisations publiques ou privées, par exemple un office cantonal du travail ou une organisation patronale. Le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes pourra lui-même mettre sur pied des programmes d'action. Il n'est pas prévu de financer directement des mesures prises par les entreprises. Celles-ci pourront toutefois être incluses dans un programme d'action mis sur pied par une organisation publique ou privée et recevoir à ce titre un financement. La responsabilité du programme d'action doit être confiée à une organisation qui ne soit pas en prise directe avec le jeu de la libre concurrence économique.

Le 2<sup>e</sup> alinéa donne une liste exemplative des mesures sur lesquelles peuvent porter les programmes. Des mesures en matière de formation, de perfectionnement et de recyclage professionnels peuvent faire l'objet d'une aide financière: il conviendra néanmoins de veiller à ne pas financer des mesures qui incombent normalement aux entreprises ou qui relèvent des tâches générales de la Confédération ou des cantons en matière de formation professionnelle. Lors de la procédure de consultation, plusieurs organismes ont émis le souhait de voir mettre l'accent sur les possibilités de travailler à temps partiel ou de trouver de nouvelles modalités d'organisation du travail dans l'entreprise. Les lettres c et d du 2<sup>e</sup> alinéa évoquent précisément des mesures permettant de mieux concilier travail et famille ou visant à mettre en place une forme d'organisation du travail ou une infrastructure favorisant l'égalité des sexes: il peut s'agir de mesures telles que l'amélioration des possibilités de travail à temps partiel ou de partage de poste aux niveaux supérieurs de la hiérarchie ou la mise en place d'un nouveau modèle de garderie pour les enfants dans l'entreprise.

Pour bénéficier d'une aide financière, l'organisme responsable du programme devra, conformément à l'article 7 de la loi sur les subventions (RS 616.1), fournir une prestation propre correspondant à sa capacité économique.

Le Conseil fédéral désignera, par voie d'ordonnance, l'autorité compétente pour attribuer les aides financières qui, selon les cas (par exemple les montants en jeu), pourra être le département ou le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes. Ce dernier aura la charge de traiter les demandes et de contrôler la mise en œuvre des programmes d'action (art. 16).

#### *Art. 15 Services de consultation*

La Confédération pourra également soutenir financièrement des organisations privées qui consacrent leur activité à informer et à conseiller les femmes dans le domaine professionnel ou qui œuvrent dans le domaine de la réinsertion professionnelle des personnes ayant interrompu leur activité lucrative.

Les aides financières sont accordées à des organisations privées. Les services cantonaux de l'égalité entre femmes et hommes ne peuvent donc en bénéficier.

Les aides financières serviront à couvrir une partie des frais d'exploitation. Leur octroi est subordonné à une participation financière propre de l'organisme en question. Les services de consultation ne peuvent se prévaloir d'un droit à une aide financière.

Comme pour le financement des programmes d'action, le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes traitera les demandes (art. 16).

*Art. 16*

Le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes a été créé par une ordonnance du 24 février 1988 (RS 172.212.11). Ses tâches comprennent aujourd'hui déjà la préparation d'actes normatifs en matière d'égalité entre femmes et hommes, la fourniture de conseils et d'informations, l'établissement de recommandations et d'expertises, la mise en œuvre de programmes et l'élaboration de rapports. Le Bureau est rattaché à l'Office fédéral de la culture et il est directement subordonné au directeur de cet office.

Par ailleurs, de nombreux services administratifs voués à la promotion de l'égalité entre femmes et hommes ont été mis en place au niveau des cantons ou des communes. Il en existe actuellement dans une dizaine de cantons.

Dans tous les pays qui mènent une politique en faveur de l'égalité entre femmes et hommes, des autorités administratives ont été créées en vue d'appuyer les prétentions individuelles en matière d'égalité. Ces services ont souvent une mission d'information et de conseil. Selon les pays, ils ont la compétence d'agir en médiateur, de mener des investigations ou d'intenter une action en justice. Les comparaisons avec l'étranger ont démontré que les autorités particulièrement efficaces (Equal Employment Opportunity Commission aux Etats-Unis, Equal Opportunity Commission en Grande-Bretagne ou Ministère suédois pour l'égalité) sont celles qui ont une position élevée dans la hiérarchie et sont dotées d'une grande autonomie sur le plan de la gestion, des finances et du personnel, ainsi que de compétences étendues.

La réalisation de l'égalité des salaires entre femmes et hommes représente pour le Bureau, depuis sa création, une tâche prioritaire. Ainsi, outre son activité de conseil et de médiation dans différents cas de discrimination et lors de la conclusion de contrats, il a publié une étude sur l'importance de l'évaluation du travail pour l'égalité des salaires et a organisé un congrès sur ce thème à l'intention des responsables du personnel dans les entreprises privées et les administrations publiques, des représentants des partenaires sociaux, ainsi que des délégués aux questions d'égalité. Enfin, il a publié au printemps 1992 des directives concernant l'application du droit à l'égalité des salaires<sup>112)</sup>.

Le Bureau de l'égalité entre femmes et hommes doit être haut placé dans la hiérarchie pour être tout à fait efficace: il doit être au centre des flux d'information, puisque l'égalité entre femmes et hommes touche tous les domaines, et il doit bénéficier d'une certaine autonomie dans l'exercice de son activité. Le projet de loi élève la position hiérarchique du Bureau à un rang équivalent à celui d'un office ou d'un service au sens de l'article 58, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre C, de la loi sur l'organisation de l'administration, afin qu'il soit directement subordonné à un département. Il est prévu de le rattacher au Département fédéral de l'intérieur. Nous vous soumettons une modification de l'ordonnance du 24 février 1982 concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale (RS 172.010.14) que nous vous demandons d'approuver en adoptant

<sup>112)</sup> Précitées.

le projet d'arrêté fédéral y relatif. Le rattachement du Bureau au Département fédéral de l'intérieur paraît opportun, du fait que la majeure partie des inégalités qui subsistent dans la législation fédérale ressortissent aux domaines de compétences de ce département, notamment en matière d'assurances sociales, et du fait que le Bureau a pour tâche de réaliser non seulement l'égalité formelle, mais aussi l'égalité de fait. Le Département fédéral de l'intérieur, par la diversité de ses tâches et son ancrage dans la réalité sociale, paraît donc être tout indiqué.

Les compétences du Bureau définies par la loi sont, pour l'essentiel, celles dont il bénéficie actuellement sur la base de l'ordonnance qui l'a créé: le Bureau est chargé de donner des informations, de conseiller les parties et les autorités, d'émettre des recommandations, d'effectuer des études et de participer à l'élaboration des actes législatifs fédéraux. En outre, il traitera les demandes d'aides financières visées aux articles 14 et 15 et contrôlera la mise en œuvre des programmes d'action. Il peut également, en vertu de l'article 15, organiser lui-même de tels programmes.

La compétence est aussi donnée au Bureau de participer financièrement à d'autres projets qui ne relèveraient pas de l'article 14, par exemple s'ils visent la réalisation de l'égalité dans d'autres domaines que celui du travail. La participation du Bureau est toutefois subordonnée à la condition que ces projets soient propres à soutenir son action et qu'ils intéressent toute la Suisse.

### *Dispositions finales*

#### *Art. 17* Disposition transitoire

La loi s'appliquera à tous les faits qui surviennent postérieurement à son entrée en vigueur. L'article 17 déroge à ce principe de non-rétroactivité pour les litiges en matière d'égalité salariale: dans ce cas, la loi s'applique même si les faits sont antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, pourvu que l'action en justice soit introduite ou, s'il s'agit de rapports de travail de droit public, que la décision de première instance soit rendue après l'entrée en vigueur de la loi. Le travailleur peut faire valoir des prétentions de salaire pour le passé, dans les limites du délai de prescription<sup>113)</sup>.

La loi n'aurait pas la même efficacité si les mesures qu'elle prévoit ne devaient s'appliquer qu'aux discriminations salariales postérieures à son entrée en vigueur. En effet, en raison des difficultés de preuve, du manque de transparence en matière salariale, de la crainte d'un licenciement, les travailleuses qui se plaignent d'une inégalité salariale ouvrent le plus souvent action après que les rapports de travail ont pris fin. Dans la mesure où le principe, directement applicable, de l'égalité des salaires entre femmes et hommes est déjà garanti par la constitution et du fait qu'il s'agit avant tout de dispositions de procédure, il se justifie d'appliquer la loi aux faits qui se sont déroulés antérieurement à son entrée en vigueur.

<sup>113)</sup> Art. 341 et 128 du code des obligations et ATF 83 I 220 et 112 Ia 262.

*Loi d'organisation de l'administration*

Du fait que le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes sera directement subordonné au Département fédéral de l'intérieur, il entre dans la liste des offices et services mentionnée à l'article 58, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre C, de la loi sur l'organisation de l'administration.

*Organisation judiciaire*

Actuellement, le recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral n'est pas ouvert contre certaines décisions en matière de rapports de service du personnel fédéral, notamment les décisions concernant la création initiale des rapports de service et les promotions (art. 100, let. e, de la loi fédérale d'organisation judiciaire, OJ; RS 173.110). Dans ce cas, l'autorité qui tranche en dernière instance est le Conseil fédéral, un département ou un établissement autonome. Dans la mesure où l'interdiction de discrimination de l'article 3 de la loi vaut pour tous les aspects de la relation d'emploi, y compris l'accès à l'emploi et la promotion, il paraît indiqué d'ouvrir une voie de recours auprès d'une instance judiciaire pour tous les litiges en matière de discrimination à raison du sexe dans les rapports de service du personnel fédéral. Rien ne justifierait en effet que les travailleurs régis par le code des obligations et les agents de la fonction publique cantonale puissent faire valoir une discrimination portant sur l'embauche ou la promotion devant une instance judiciaire, tandis que le personnel fédéral ne le pourrait pas.

Plusieurs possibilités pouvaient être envisagées. L'une consistait à désigner la Commission de recours en matière de personnel fédéral comme instance de recours dans les cas où la voie du recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral n'est pas ouverte. L'instauration d'une commission de recours en matière de personnel fédéral découle de la révision partielle de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 4 octobre 1991 (art. 58 StF; RO 1992 308). L'autre solution, que nous avons retenue, consiste à ouvrir la voie du recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral à toutes les décisions en matière de rapports de service du personnel fédéral, dans la mesure où le litige porte sur une discrimination à raison du sexe.

La voie du recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral a l'avantage de soumettre en dernière instance à la même autorité judiciaire toutes les contestations relatives à une violation de l'interdiction de discriminer en matière d'emploi, même s'il faut préciser que, dans les contestations civiles en droit du travail, le Tribunal fédéral n'est appelé à connaître des prétentions pécuniaires inférieures à 8000 francs que par la voie du recours de droit public. La solution adoptée devrait donc garantir une meilleure unité de la jurisprudence en matière d'égalité entre femmes et hommes.

La révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire est conforme au droit communautaire en matière d'égalité entre femmes et hommes. En effet, l'article 6 de la directive 76/207 du 9 février 1976 charge les Etats membres d'introduire les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard du principe de l'égalité de traitement de faire

valoir ses droits par voie juridictionnelle après, éventuellement, le recours à d'autres instances compétentes. La Cour de justice des Communautés a, par ailleurs, jugé que la disposition de l'article 6 de la directive peut être invoquée directement par les particuliers à l'encontre d'un Etat membre qui n'en assurerait pas l'entière application dans son ordre juridique interne<sup>114</sup>.

Afin de ne pas charger par trop le texte de l'article 100, lettre e, première phrase, de la loi fédérale d'organisation judiciaire, il a été procédé à une modification rédactionnelle concernant les décisions en matière de protection des données.

#### **4 Conséquences**

##### **41 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel**

Les conséquences financières du projet de loi pour la Confédération et les cantons devraient être relativement peu importantes. Il faudra compter avec des dépenses de 4 à 5 millions de francs par an pour les activités de promotion prévues aux articles 14 et 15. La loi ne crée que peu de tâches supplémentaires pour les autorités fédérales et cantonales. Le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes ne voit pas un accroissement notable de ses tâches. La création d'un poste et demi supplémentaire sera nécessaire pour le traitement des demandes d'aides financières et le contrôle des programmes de promotion. Quant aux cantons, ils doivent certes prévoir une procédure de conciliation: dans la mesure où les cantons peuvent confier cette tâche à des autorités existantes et compte tenu du fait que la plupart d'entre eux connaissent déjà une forme ou une autre de procédure de conciliation, il n'y a guère lieu d'attendre des dépenses supplémentaires dans ce domaine. En effet, il est peu probable que les cantons se voient confrontés à une avalanche de procès: le nombre des procès devrait quelque peu augmenter, mais pas de manière spectaculaire. Les cantons devront en outre prévoir la gratuité des procès dans les litiges relatifs au contrat de travail. S'il faut attendre des coûts supplémentaires dans ce domaine, ceux-ci ne doivent pas être surestimés. En dépit des facilités dont bénéficieront les travailleurs, les procès relevant du contrat de travail demeurent chose risquée, particulièrement en matière d'égalité entre femmes et hommes, ne fût-ce qu'en raison du risque pour la personne concernée de devoir quitter son emploi.

##### **42 Conséquences économiques pour la Suisse**

Suite aux préoccupations qui ont souvent été exprimées, le Département fédéral de justice et police a jugé nécessaire de faire procéder à une étude sur les incidences économiques d'une interdiction de discriminer à raison du sexe dans l'emploi et d'une protection accrue contre le licenciement<sup>115</sup>. Ainsi que le relève cette étude, les mesures envisagées par le projet de loi auront, d'un point de vue macro-économique, des effets essentiellement positifs.

<sup>114</sup> Arrêt du 15. 5. 1986, aff. n° 222/84, Marguerite Johnston, Rec. 1986 p. 1651 ss.

<sup>115</sup> Sabina Littmann-Wernli, Incidences d'une interdiction de discriminer et d'une protection accrue contre le congé, étude publiée dans *Législation d'aujourd'hui*, 1991/2; résumé publié dans la *Vie économique*, 10/91, p. 33 ss.

Après le rejet en votation populaire de l'Accord EEE, la nécessité de procéder à une réforme économique demeure. Il s'agit d'éliminer les distorsions de concurrence et d'améliorer le fonctionnement du marché, sans toutefois porter atteinte aux bases de la protection sociale. Il est particulièrement nécessaire d'agir au niveau du marché du travail. Aujourd'hui, en effet, les ressources sont gaspillées non seulement par une mauvaise affectation de la main-d'œuvre féminine, mais aussi, notamment, par le retard pris en matière de mutation structurelle et par la distorsion des investissements dans d'autres facteurs de production et en matière de perfectionnement professionnel. Lorsqu'à l'intérieur d'une branche les femmes subissent des discriminations, il y a distorsion de concurrence. Les entreprises qui ne discriminent pas les femmes et qui innovent voient leur accès au marché rendu plus difficile en raison des coûts de personnel plus élevés, ce qui a des répercussions négatives sur l'économie globale. Les entreprises hésitent à investir et à se développer, dès lors que les investissements nécessaires à cet effet ne sont pas générateurs de bénéfice.

La disparition des discriminations implique une meilleure utilisation du facteur «travail» et renforce les incitations à investir dans la formation. Si elle entend garder sa compétitivité sur le plan international, la Suisse doit miser sur ses ressources humaines, à savoir une bonne formation et un grand savoir-faire. L'économie passe à côté d'un énorme potentiel lorsque des femmes jouissant d'une bonne formation n'utilisent pas leurs connaissances ou les sous-utilisent en raison d'attitudes discriminatoires de la part des employeurs. A cela s'ajoute le fait que la collectivité doit supporter les coûts d'une mauvaise utilisation des investissements de formation financés par les deniers publics. Il est donc dans l'intérêt économique général de faire disparaître les discriminations à l'égard des femmes et de promouvoir une intégration aussi large que possible des femmes sur le marché du travail.

La compétitivité de la Suisse sur le plan international sera renforcée par les progrès faits en matière de productivité et par une meilleure efficacité sur le plan macro-économique. Il s'agit certes d'une intervention dans le marché, mais dans le sens de la suppression de distorsions de concurrence existantes: le bon fonctionnement du marché n'est pas perturbé, mais au contraire amélioré. Les mesures prévues par le projet de loi permettent donc non seulement à la Suisse d'être eurocompatible, mais lui offrent également une chance d'utiliser en sa faveur, dans la concurrence européenne, les effets positifs de l'interdiction de discriminer.

Il est possible que certaines entreprises dont la rentabilité est fonction des possibilités de discrimination subissent des coûts supplémentaires. D'un point de vue macro-économique, l'effet est toutefois jugé positif, car il contribue à libérer les ressources pour une meilleure affectation, ce qui élève la rentabilité globale de l'économie et améliore la compétitivité des entreprises suisses. Il apparaît, selon l'étude précitée, que la loi peut contribuer à réduire les discriminations. Si l'effet quantitatif mesurable est plutôt modeste, l'effet qualitatif, résultant d'un changement des conditions générales, est considérable. L'égalité des chances est améliorée, mais plutôt de manière indirecte, par un effet de signal. Les effets positifs l'emportent donc également pour ce qui est de la situation des travailleuses,

surtout si des mesures d'accompagnement sont prises, par exemple en matière de formation, de politique sociale, de politique familiale ou de politique fiscale.

Les conclusions de cette étude sont corroborées par celles d'un rapport d'experts de l'OCDE de 1991<sup>116</sup>). Selon ce rapport, il est nécessaire d'accorder aux femmes un rôle de premier plan dans la vie économique, si l'on veut assurer le bon fonctionnement de l'économie dans les années 90 et au-delà. Contrairement aux conceptions traditionnelles que l'on a pu avoir, l'égalité entre les sexes et l'efficacité économique ne constituent pas des objectifs inconciliables. Les femmes constituent une ressource essentielle pour l'économie, mais qui reste sous-exploitée en termes à la fois qualitatifs et quantitatifs. Selon le rapport de l'OCDE, la ségrégation des emplois selon le sexe est l'un des principaux facteurs de rigidité sur le marché du travail, ce qui a pour conséquence d'entraver la réaffectation harmonieuse de la main-d'œuvre des secteurs excédentaires vers les secteurs déficitaires, de contribuer ainsi au chômage et d'accentuer les déséquilibres à court terme entre l'offre et la demande de main-d'œuvre qualifiée avec, à long terme, le risque d'une pénurie de qualifications. Or, pour maintenir leur position concurrentielle dans les années 90, les pays de l'OCDE devront disposer d'une main-d'œuvre hautement qualifiée, mobile et présentant un fort degré de flexibilité fonctionnelle. A cet égard, le climat de changement structurel qui règne actuellement crée, de l'avis des experts de l'OCDE, une occasion idéale de remettre en cause les inefficacités et inégalités tenant de la ségrégation des emplois selon le sexe.

## **5 Programme de législature 1991–1995**

Le projet de loi est annoncé dans le programme de législature 1991–1995 (FF 1992 III 115).

## **6 Bases juridiques**

### **61 Le mandat de légiférer de l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution**

La deuxième phrase de l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution, charge le législateur de pourvoir «à l'égalité, en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail». Le mandat s'adresse aussi bien au législateur fédéral qu'aux législateurs cantonaux et communaux. Le législateur a ainsi le devoir d'éliminer de ses actes normatifs les dispositions ayant un effet discriminatoire. Mais ce mandat vise également, selon la doctrine dominante<sup>117</sup>), l'élimination des inégalités de fait. Dans ce sens, on peut dire que la notion d'«égalité» visée à

<sup>116</sup>) Conduire le changement structurel, le rôle des femmes, Rapport d'un groupe d'experts de haut niveau au Secrétaire général, OCDE, Paris, 1991.

<sup>117</sup>) Voir notamment Charles-Albert Morand, L'érosion jurisprudentielle du droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes, dans: L'égalité entre hommes et femmes, Bilan et perspectives, Lausanne, 1988, p. 85 ss; J. Paul Müller, Die Grundrechte der Schweizerischen Bundesverfassung, Bern, 1991, p. 231 et 232; Georg Müller, Quotenregelungen – Rechtssetzung im Spannungsfeld von Gleichheit und Verhältnismässigkeit, in: Zbl 7/1990 p. 308.

l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, deuxième phrase, de la constitution, va plus loin que la notion d'«égalité des droits» contenue dans la 1<sup>re</sup> phrase de cette disposition, dans la mesure où elle comprend non seulement l'égalité de traitement sur le plan juridique, mais aussi l'égalité de fait. Dès lors, le législateur doit veiller à prendre les mesures qui s'imposent afin de promouvoir l'égalité des chances là où les femmes sont fortement désavantagées, lorsque l'égalité juridique et formelle ne suffit pas à instaurer une véritable égalité. Le projet de loi sur l'égalité tient compte du mandat confié au législateur, car il vise à éliminer les discriminations de fait dont les femmes sont victimes dans le monde du travail.

## **62 La compétence du législateur fédéral en matière d'égalité des salaires**

Il est admis que la deuxième phrase de l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution, ne crée pas de nouvelle compétence législative en faveur de la Confédération. Pour adopter des mesures en matière d'égalité de salaire, le législateur fédéral doit donc se fonder sur les compétences particulières qui lui sont attribuées dans des domaines déterminés, par exemple en matière de protection des travailleurs (art. 34<sup>ter</sup>, 1<sup>er</sup> al., let. a) ou en matière de droit civil (art. 64).

La troisième phrase de l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution, consacre le droit des hommes et des femmes à un salaire égal pour un travail de valeur égale. Ce droit est d'application directe aussi bien dans les rapports horizontaux entre particuliers que dans les rapports verticaux avec l'Etat. Il déploie par conséquent ses effets sans qu'une législation d'exécution soit nécessaire.

L'effet direct du droit à l'égalité des salaires ne signifie toutefois pas que le législateur soit privé de la compétence de légiférer en la matière. Les travaux préparatoires démontrent au contraire que le constituant était parfaitement conscient du fait qu'il pouvait se révéler nécessaire de concrétiser par voie législative le droit à l'égalité des salaires. Ainsi, le message du Conseil fédéral précisait: «Le législateur est aussi amené à légiférer en matière de salaire en vertu de la deuxième phrase de la nouvelle disposition constitutionnelle dans la mesure où la réalisation du principe de l'égalité des salaires l'exige.»<sup>118)</sup> Il est toutefois nécessaire que le législateur fédéral dispose d'une compétence à raison de la matière. Dès lors qu'il fait usage de sa compétence, il doit prendre en compte les exigences de l'égalité entre femmes et hommes.

Une compétence du législateur fédéral à raison de la matière est donnée par l'article 34<sup>ter</sup>, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre a, de la constitution, lequel attribue à la Confédération la compétence de légiférer en matière de protection des travailleurs. Il s'agit là, selon la lettre de cette disposition et comme le confirment les travaux préparatoires, d'une compétence illimitée; le Conseil fédéral a déjà eu l'occasion de préciser, dans son message du 9 mai 1984 sur la protection des travailleurs contre les licenciements abusifs (FF 1984 II 574), que cette disposition constitutionnelle ne poursuit pas seulement un but de police, mais plus largement un but

<sup>118)</sup> FF 1980 I 148; cf. également Füg, rapporteuse devant le Conseil national, et Kopp, BO N 1980 651, 696 ss.

de politique sociale. Elle ne se limite donc pas à la protection de la santé et de l'intégrité corporelle. D'ailleurs, la protection des travailleurs, qu'il faut aujourd'hui interpréter à la lumière de l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution, comprend aussi la protection des droits de la personnalité, au rang desquels il faut compter le droit de ne pas subir de discrimination à raison du sexe en matière d'emploi<sup>119)</sup>.

Pour ce qui est des rapports de travail de droit privé, la Confédération a également la compétence de légiférer en matière de contrat de travail sur la base de l'article 64 de la constitution. Pour le personnel de la Confédération, elle est habilitée à légiférer en vertu de l'article 85, chiffre 3, de la constitution.

La question peut se poser, comme pour la protection contre les licenciements abusifs, de savoir si le législateur peut adopter une interdiction de discriminer qui limite la liberté du commerce et de l'industrie, laquelle protège notamment le droit de l'employeur de choisir librement ses travailleurs et de déterminer librement les rapports de travail. Les restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie en matière de protection des travailleurs sont en principe admises, pour autant qu'elles ne visent pas de manière prépondérante un but de politique économique et respectent le principe de proportionnalité. Or, la loi poursuit bien un but de politique sociale. Notons qu'en l'occurrence, elle ne nuit pas à la capacité concurrentielle des entreprises, mais au contraire, comme le démontre l'étude mandatée par le Département fédéral de justice et police, elle contribue à éliminer des distorsions de concurrence. En outre, si l'on considère les inégalités entre les sexes qui subsistent dans le domaine du travail et les difficultés auxquelles sont confrontées les femmes qui entendent faire valoir leurs droits, on doit admettre que les mesures prévues par la loi sont nécessaires et propres à atteindre leur but, même si elles ne suffisent pas à elles seules à réaliser l'égalité dans le domaine du travail.

### **63      Rapports entre compétences fédérales et compétences cantonales**

Le projet de loi sur l'égalité contient quelques dispositions en matière de procédure. Il s'agit des articles 11 et 12 sur la procédure de conciliation et la procédure civile, les dispositions sur le fardeau de la preuve étant en revanche de droit matériel. L'article 64, 3<sup>e</sup> alinéa, de la constitution, qui donne à la Confédération la compétence de légiférer dans le domaine du droit civil, réserve la compétence des cantons en matière d'organisation judiciaire, de procédure et d'administration de la justice. La question se pose donc de savoir dans quelle mesure la Confédération peut édicter des dispositions de procédure. Selon l'opinion dominante, la Confédération peut édicter des dispositions de droit civil en matière de procédure et d'organisation des tribunaux civils cantonaux, en tant que cela est nécessaire pour garantir l'application du droit civil fédéral<sup>120)</sup>.

<sup>119)</sup> Sur les discriminations sexuelles comme composante des droits de la personnalité, voir Gabriel Aubert, Discriminations salariales, protection de la personnalité et concurrence déloyale, in: PJA 5/92, p. 573; Herbert Trachsler, Das privatrechtliche Gleichbehandlungsgebot, Saint-Gall, 1991, p. 152.

<sup>120)</sup> Voir JAAC 1981 p. 284 ss et JAAC 1985 p. 220 ss et références bibliographiques.

Dès lors que la réalisation du droit à l'égalité entre hommes et femmes dans le domaine du travail est loin d'être réalisée et que l'exercice du droit à un salaire égal se heurte à de sérieuses difficultés, l'adoption de dispositions fédérales destinées à faciliter l'application du droit constitutionnel à l'égalité des salaires paraît justifiée. Les études réalisées dans le cadre du groupe de travail «Egalité des salaires» ont démontré que les mesures proposées en matière de procédure (procédure de conciliation, procédure écrite et droit de se faire représenter) représentent un moyen efficace de lutter contre les difficultés rencontrées dans l'application du droit à l'égalité des salaires.

Il s'agissait également d'examiner si la Confédération avait la compétence de légiférer pour les rapports de travail régis par le droit public cantonal et communal. L'article 34<sup>ter</sup>, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre a, de la constitution, donne à la Confédération la compétence d'adopter des dispositions en matière de protection des travailleurs, qui comprennent en particulier des dispositions de politique sociale. Contrairement à la compétence dont dispose la Confédération en matière de formation professionnelle et qui est régie par l'article 34<sup>ter</sup>, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre g, de la constitution, la compétence de légiférer en matière de protection des travailleurs n'est pas limitée à certains secteurs d'activité. De fait, la loi sur le travail du 13 mars 1964 (RS 822.11) ne s'applique pas seulement aux entreprises du secteur privé, mais aussi à certaines entreprises publiques, bien que dans une mesure assez limitée. Il y a donc lieu de constater que la compétence de l'article 34<sup>ter</sup>, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre a, de la constitution, n'est pas limitée aux travailleurs du secteur privé. Les travaux préparatoires relatifs à l'article 34<sup>ter</sup>, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre a, de la constitution, font eux aussi état d'une compétence étendue ne comportant aucune limite quant au champ d'application ou quant à la teneur de la protection visée. C'est pourquoi la Confédération est habilitée à adopter une interdiction de discrimination valant également pour la fonction publique cantonale et communale et s'accompagnant de dispositions permettant aux travailleurs lésés de faire valoir leurs droits en justice. Les cantons et les communes conservent d'ailleurs toute leur autonomie pour ce qui est de l'organisation des rapports de service de leur personnel, pour autant qu'ils veillent à respecter le principe de l'égalité entre femmes et hommes. D'ailleurs, ce principe est déjà postulé par la constitution et la loi ne fait que le concrétiser.

## **7           Forme de l'acte à adopter**

Le rang d'office ou de service attribué au Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes et son rattachement au Département fédéral de l'intérieur nécessitent une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale (RS 172.010.14). En effet, il appartient au Conseil fédéral, en vertu de l'article 60, 1<sup>er</sup> alinéa, de la loi sur l'organisation de l'administration, d'attribuer un office à un département. Selon l'article 60, 2<sup>e</sup> alinéa, de la loi sur l'organisation de l'administration, les décisions ainsi prises par le Conseil fédéral doivent être approuvées par le Parlement au moyen d'un arrêté fédéral de portée générale qui n'est pas soumis au référendum.

Afin de ne pas soumettre aux Chambres deux messages, l'un concernant les tâches du Bureau et son rang, l'autre concernant la modification de l'ordonnance concernant les attributions des offices, nous vous soumettons, avec le projet de loi sur l'égalité, un projet d'arrêté fédéral relatif à l'approbation d'une modification de l'ordonnance précitée.

35816

# **Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes**

**(Loi sur l'égalité, LEg)**

*Projet*

du

---

*L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,*

vu les articles 4, 2<sup>e</sup> alinéa, 34<sup>ter</sup>, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre a, 64 et 85, chiffre 3, de la constitution;

vu le message du Conseil fédéral du 24 février 1993<sup>1)</sup>,

*arrête:*

## **Section 1: But**

### **Article premier**

La présente loi a pour but de promouvoir l'égalité de fait entre femmes et hommes.

## **Section 2: Egalité dans les rapports de travail**

### **Art. 2 Principe**

Les dispositions de la présente section s'appliquent aux rapports de travail régis par le code des obligations<sup>2)</sup> et par le droit public fédéral, cantonal ou communal.

### **Art. 3 Interdiction de discriminer**

<sup>1</sup> Il est interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale ou, s'agissant de femmes, leur grossesse.

<sup>2</sup> L'interdiction de toute discrimination s'applique notamment aux offres d'emploi, à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnels, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail.

<sup>3</sup> Ne constituent pas une discrimination les mesures appropriées visant à promouvoir l'égalité de fait entre femmes et hommes.

<sup>1)</sup> FF 1993 I 1163

<sup>2)</sup> RS 220

#### **Art. 4** Droits des travailleurs

<sup>1</sup> Quiconque subit ou risque de subir une discrimination peut requérir le tribunal ou l'autorité administrative:

- a. d'interdire la discrimination ou d'y renoncer, si elle est imminente;
- b. de faire cesser la discrimination, si elle dure encore;
- c. de constater la discrimination, si le trouble qu'elle a créé subsiste;
- d. d'ordonner le paiement du salaire dû.

<sup>2</sup> Lorsque la discrimination porte sur un refus d'embauche ou la résiliation de rapports de travail régis par le code des obligations<sup>1)</sup>, la personne lésée ne peut prétendre qu'au versement par l'employeur d'une indemnité. Celle-ci est fixée compte tenu de toutes les circonstances, mais n'excédera pas le montant correspondant à six mois de salaire; elle est calculée sur la base du salaire auquel la personne discriminée avait droit ou aurait vraisemblablement eu droit.

<sup>3</sup> Sont réservés les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, de même que les prétentions découlant de dispositions contractuelles plus favorables aux travailleurs.

#### **Art. 5** Fardeau de la preuve

L'existence d'une discrimination est présumée, pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable.

#### **Art. 6** Qualité pour agir des organisations

<sup>1</sup> Les organisations qui sont constituées depuis deux ans au moins et qui ont pour tâche, en vertu de leurs statuts, de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes ou de défendre les intérêts des travailleurs ont qualité pour agir en leur propre nom en vue de faire constater une discrimination, lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail.

<sup>2</sup> Au demeurant, les dispositions qui régissent la qualité pour agir à titre individuel sont applicables par analogie.

#### **Art. 7** Harcèlement sexuel

<sup>1</sup> L'employeur veille, dans les rapports de travail, à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels agissements.

<sup>2</sup> Lorsque l'employeur n'a pas pris les mesures qui s'imposaient au vu des circonstances, le travailleur a les mêmes droits qu'en cas de discrimination. En outre, le tribunal ou l'autorité administrative peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité. Celle-ci est fixée conformément à l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa.

<sup>1)</sup> RS 220

### **Section 3:**

#### **Dispositions spéciales relatives aux rapports de travail régis par le code des obligations<sup>1)</sup>**

##### **Art. 8 Procédure en cas de discrimination à l'embauche**

<sup>1</sup> Le candidat qui n'est pas engagé et qui se prévaut d'une discrimination peut exiger de l'employeur qu'il motive sa décision par écrit.

<sup>2</sup> Le candidat qui entend faire valoir son droit à une indemnité au sens de l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, doit agir par voie d'action en justice dans les trois mois à compter du moment où le refus d'embauche lui a été communiqué, sous peine de péremption.

##### **Art. 9 Procédure en cas de discrimination dans la résiliation du contrat de travail**

En cas de discrimination dans la résiliation du contrat de travail, l'article 336b du code des obligations<sup>1)</sup> est applicable.

##### **Art. 10 Protection contre le congé**

<sup>1</sup> La résiliation du contrat de travail par l'employeur est annulable lorsqu'elle ne repose pas sur un motif justifié et qu'elle fait suite à une réclamation adressée à un supérieur ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise, à l'ouverture d'une procédure de conciliation ou à l'introduction d'une action en justice.

<sup>2</sup> Le travailleur est protégé contre le congé durant toute la durée des démarches effectuées au sein de l'entreprise, durant la procédure de conciliation et durant toute la durée du procès, de même que pendant le semestre qui suit la clôture des démarches ou de la procédure.

<sup>3</sup> Le travailleur qui entend contester la résiliation de son contrat de travail doit saisir le tribunal dans le délai du congé.

<sup>4</sup> Le travailleur peut renoncer, au cours du procès, à poursuivre les rapports de travail et demander une indemnité au sens de l'article 336a du code des obligations<sup>1)</sup> en lieu et place de l'annulation du congé.

<sup>5</sup> Le présent article est applicable par analogie lorsque le congé a été donné à la suite d'une action judiciaire intentée par une organisation au sens de l'article 6.

##### **Art. 11 Procédure de conciliation**

<sup>1</sup> Les cantons désignent des offices de conciliation. Ceux-ci ont pour tâche de conseiller les parties et des les aider à trouver un accord.

<sup>2</sup> La procédure de conciliation est facultative. Les cantons peuvent toutefois faire de la procédure de conciliation une condition préalable à l'action judiciaire.

<sup>1)</sup> RS 220

<sup>3</sup> Dans la mesure où la loi fixe un délai pour agir par voie d'action en justice, les parties doivent saisir l'office de conciliation dans ce délai. Le cas échéant, les parties doivent ouvrir action en justice dans les trois mois qui suivent la clôture de la procédure de conciliation.

<sup>4</sup> La procédure de conciliation est gratuite.

#### **Art. 12 Procédure civile**

<sup>1</sup> Pour les litiges portant sur une discrimination à raison du sexe dans les rapports de travail, les cantons ne peuvent exclure le droit des parties de se faire représenter et de recourir à la procédure écrite.

<sup>2</sup> L'article 343 du code des obligations<sup>1)</sup> est applicable indépendamment de la valeur litigieuse.

### **Section 4: Voies de droit en cas de rapports de travail de droit public**

#### **Art. 13**

<sup>1</sup> Les voies de droit en cas de rapports de travail de droit public sont régies par les dispositions générales sur la procédure fédérale. L'article 58 du statut des fonctionnaires<sup>2)</sup> est applicable s'agissant des recours contre les décisions portant sur les rapports de service du personnel fédéral.

<sup>2</sup> En cas de discrimination lors de la création initiale de rapports de travail, l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa, est applicable. Les personnes dont la candidature n'a pas été retenue peuvent faire valoir leur droit à une indemnité en recourant directement contre la décision de refus d'embauche.

<sup>3</sup> Sur requête du recourant, une commission spécialisée rend un avis sur les recours dirigés contre les décisions de première instance portant sur les rapports de service du personnel fédéral.

<sup>4</sup> L'article 103, lettre b, de l'organisation judiciaire<sup>3)</sup> n'est pas applicable aux décisions prises en dernière instance par des autorités cantonales.

<sup>5</sup> La procédure est gratuite, sous réserve des cas téméraires.

### **Section 5: Aides financières**

#### **Art. 14 Programmes d'action**

<sup>1</sup> La Confédération peut allouer des aides financières à des organisations publiques ou privées qui mettent sur pied des programmes visant à favoriser la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle. Elle peut elle-même mettre sur pied de tels programmes.

<sup>1)</sup> RS 220

<sup>2)</sup> RS 172.221.10

<sup>3)</sup> RS 173.110

- <sup>2</sup> Les programmes peuvent porter notamment sur:
- a. la formation et le perfectionnement professionnels, en cours d'emploi ou non;
  - b. une meilleure représentation des deux sexes dans les différentes activités professionnelles, à toutes les fonctions et à tous les niveaux;
  - c. des mesures permettant de mieux concilier les tâches professionnelles avec les tâches familiales;
  - d. la mise en place dans l'entreprise d'une forme d'organisation du travail ou d'une infrastructure favorisant l'égalité entre les sexes.
- <sup>3</sup> Les aides financières sont accordées en priorité pour des programmes ayant un caractère exemplaire ou innovateur.

#### **Art. 15 Services de consultation**

La Confédération peut allouer des aides financières à des organisations privées:

- a. qui informent et conseillent les femmes dans la vie professionnelle;
- b. qui assistent, en matière de réinsertion professionnelle, les femmes et les hommes ayant interrompu leur activité lucrative pour se consacrer à des tâches familiales.

### **Section 6: Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes**

#### **Art. 16**

<sup>1</sup> Le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes encourage la réalisation de l'égalité entre les sexes dans tous les domaines et s'emploie à éliminer toute forme de discrimination directe ou indirecte.

- <sup>2</sup> A cet effet, il assume notamment les tâches suivantes:
- a. informer la population;
  - b. conseiller les particuliers et les autorités;
  - c. procéder à des études et émettre des recommandations à l'intention des autorités et des particuliers;
  - d. participer, le cas échéant, à des projets d'intérêt national;
  - e. participer à l'élaboration des actes normatifs édictés par la Confédération, dans la mesure où ils sont pertinents pour la réalisation de l'égalité;
  - f. traiter les demandes d'aides financières visées aux articles 14 et 15 et contrôler la mise en œuvre des programmes de promotion.

### **Section 7: Dispositions finales**

#### **Art. 17 Disposition transitoire**

L'exercice d'une prétention en paiement du salaire dû, en vertu de l'article 4, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre d, est régie par le nouveau droit, pour autant que l'action de droit civil ait été introduite après l'entrée en vigueur de la présente loi, ou qu'au

moment de cette entrée en vigueur, l'autorité compétente de première instance n'ait pas encore rendu sa décision.

**Art. 18** Référendum et entrée en vigueur

<sup>1</sup> La présente loi est sujette au référendum facultatif.

<sup>2</sup> Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

35816

## **Modification de lois fédérales**

### **1. Loi sur l'organisation de l'administration<sup>1)</sup>**

*Art. 58, 1<sup>er</sup> al., let. C*

*C. Offices et services*

La Chancellerie fédérale et les départements comprennent les offices et services ci-après:

*Ajouter:*

Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes  
Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann  
Ufficio federale per l'uguaglianza fra donna e uomo

### **2. Organisation judiciaire<sup>2)</sup>**

*Art. 100, 1<sup>er</sup> al., phrase introductive, et 2<sup>e</sup> al. (nouveau)*

<sup>1</sup> En outre, le recours de droit administratif n'est pas recevable contre:

...

<sup>2</sup> Le 1<sup>er</sup> alinéa ne s'applique pas:

- a. Aux décisions en matière de protection des données;
- b. Aux décisions relatives à l'égalité des sexes en matière de rapports de service du personnel fédéral.

<sup>1)</sup> RS 172.010

<sup>2)</sup> RS 173.110

## relatif à l'approbation d'une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale

du

---

*L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,*  
vu l'article 60, 2<sup>e</sup> alinéa, de la loi sur l'organisation de l'administration<sup>1)</sup>;  
vu le message du Conseil fédéral du 24 février 1993<sup>2)</sup>,  
*arrête:*

### Article premier

La modification du 24 février 1993<sup>3)</sup> apportée à l'ordonnance du 24 février 1982<sup>4)</sup> concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale est approuvée (appendice).

### Art. 2

<sup>1</sup> Le présent arrêté, qui est de portée générale, n'est cependant pas soumis au référendum en vertu de l'article 60, 2<sup>e</sup> alinéa, de la loi sur l'organisation de l'administration.

<sup>2</sup> Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

35816

<sup>1)</sup> RS 172.010

<sup>2)</sup> FF 1993 I 1163

<sup>3)</sup> RO ...

<sup>4)</sup> RS 172.010.14

# Ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale

Appendice

Modification du 24 février 1993

Approuvée par l'Assemblée fédérale le ...<sup>1)</sup>

---

*Le Conseil fédéral suisse*

*arrête:*

## I

L'ordonnance du 24 février 1982<sup>2)</sup> concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale est modifiée comme il suit:

*Art. 1<sup>er</sup>, let. b, ch. 2<sup>bis</sup> (nouveau)*

Les subdivisions des départements de l'administration fédérale sont les suivantes:

b. *Département fédéral de l'intérieur*

2.<sup>bis</sup> Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes

## II

<sup>1)</sup> La présente modification est soumise à l'approbation de l'Assemblée fédérale.

<sup>2)</sup> Elle entre en vigueur en même temps que la modification de l'article 58, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre C, de la loi sur l'organisation de l'administration (annexe de la loi fédérale du ...<sup>3)</sup> sur l'égalité entre femmes et hommes) relative au Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes.

24 février 1993

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Ogi

Le chancelier de la Confédération, Couchepin

35816

<sup>1)</sup> RO ...

<sup>2)</sup> RS 172.010.14

<sup>3)</sup> RO ...

**Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédéral...**

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	1993
Année	
Anno	
Band	1
Volume	
Volume	
Heft	16
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	93.024
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	27.04.1993
Date	
Data	
Seite	1163-1248
Page	
Pagina	
Ref. No	10 107 325

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.