

Loi sur l'égalité: mode d'emploi

Résumer la jurisprudence et les éléments de doctrine concernant la loi adoptée en 1995: tel est l'objet du commentaire publié conjointement par le Bureau fédéral de l'égalité et l'Université de Genève. Une première en langue française

Quels motifs peuvent justifier une différence de salaire entre hommes et femmes? A quelles conditions une administration peut-elle instaurer des quotas? Quelles mesures une entreprise doit-elle prendre pour prévenir le harcèlement sexuel? Quelle est la procédure à suivre en cas de discrimination à l'embauche? Trente ans après l'inscription du principe d'égalité dans la Constitution et quinze ans après l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'égalité, les professionnel-le-s du droit disposent désormais d'un nouvel outil pour répondre à ce type d'interrogations.

PREMIÈRE ROMANDE

Réalisé sous la direction de Gabriel Aubert (professeur au Département de droit du travail et de la sécurité sociale à la Faculté de droit) et de Karine Lempen, juriste au Bureau fédéral de l'égalité et chargée de cours en études genre à l'UNIGE, ce premier commentaire romand de la loi adoptée en 1995 est destiné avant tout à faciliter le travail d'interprétation d'un texte qui, malgré sa brièveté, soulève des questions juridiques complexes.

Il regroupe les contributions d'une dizaine de spécialistes romand-e-s du droit du travail (professeurs d'université, juristes expert-e-s auprès d'organisations internationales, magistrat-e-s ou avocat-e-s) qui présentent, pour les principaux articles du texte, les différents éléments de doctrine existants ainsi que les principaux jugements rendus. L'ou-

vrage tient par ailleurs compte des changements induits par l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile suisse, le 1^{er} janvier 2011.

UN TEXTE ENCORE PEU CONNU

L'initiative du projet revient à la Confédération. Il fait suite à l'évaluation de la loi sur l'égalité conduite entre 2004 et 2006 afin de vérifier l'efficacité de cette disposition. Une analyse qui a montré que si le texte législatif correspondait effectivement aux besoins, il restait relativement peu connu, non seulement du personnel et des responsables d'entreprise mais aussi des praticien-ne-s de la justice. Dix ans après l'entrée en vigueur de la loi, celle-ci avait en effet été utilisée dans moins de 200 affaires, chiffre qui est très largement inférieur au nombre de cas de discrimination existant réellement dans les entreprises.

«L'existence d'un texte de loi ne dit rien sur la manière dont celui-ci sera appliqué dans les faits, explique Karine Lempen. Ce travail de commentaire vise à présenter la jurisprudence existant depuis l'entrée en vigueur de la loi en 1996 de façon aussi pratique que possible. L'ouvrage est donc beaucoup plus succinct que son pendant allemand, dont une deuxième édition a été publiée il y a deux ans sous les auspices de la Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, du Bureau fédéral de l'égalité et de l'Union syndicale suisse. Il se concentre essentiellement sur les cas qui nous ont semblé les plus significa-

tifs, c'est-à-dire les jugements qui ont abouti à des décisions susceptibles d'être citées dans un mémoire de recours, par exemple.»

Globalement, ce sont les décisions concernant la discrimination salariale, le harcèlement sexuel et les licenciements abusifs qui ont fait l'objet des affaires les plus nombreuses au niveau national. La question de l'embauche a en revanche rarement été évoquée devant les tribunaux, alors même que la loi le permettrait.

Quant à la question des mesures positives (les quotas, par exemple), l'analyse de la jurisprudence montre que la position suisse est plutôt restrictive, le Tribunal fédéral ayant estimé qu'elles ne peuvent être mises en œuvre dans le secteur public qu'à des conditions bien définies.

«Ce qui complique sans doute le plus l'application de la loi sur l'égalité, c'est le fait que l'Etat n'ait pas choisi de la faire respecter d'office, résume Karine Lempen. Le Bureau fédéral de l'égalité n'a en effet aucune possibilité d'opérer des contrôles inopinés dans les entreprises. C'est une hypothèse qui a été discutée, mais qui n'a pas été retenue.»

DES SUCCÈS NOTABLES

Au final, c'est donc aux particuliers – voire à des syndicats ou à des associations qui peuvent agir en leur propre nom – qu'il revient de porter plainte contre l'employeur. La démarche est cependant souvent longue et lourde pour une issue qui reste le plus souvent aléatoire. Le tout pour obtenir au mieux entre

trois et six mois de salaire. Cependant, comme le montre l'ouvrage, quelques succès notables ont malgré tout été remportés en Suisse alémanique et dans le canton de Vaud, notamment lors du procès qui a abouti à reconnaître la méthode mise sur pied par le professeur Yves Fluckiger pour dépister les discriminations salariales (lire en page 21).

«Nous aurons atteint un de nos objectifs si cet ouvrage contribue à modifier la place que tient l'étude de la loi sur l'égalité dans l'enseignement du droit du travail, conclut Karine Lempen. Pour nous, le fait de recourir à des auteurs qui sont des spécialistes reconnus de cette problématique (dont trois professeurs des Universités de Genève, Lausanne et Neuchâtel), est aussi une manière de rappeler que la loi sur l'égalité fait partie du droit du travail au même titre que la loi sur le travail, la loi sur la participation ou la loi sur le travail à domicile. Elle mérite une place dans les enseignements généraux et ne doit pas rester uniquement une affaire de spécialistes comme c'est encore un peu le cas aujourd'hui.»

Signe que ce travail répond effectivement à un réel besoin, il a suffi de quelques heures pour écouler plus de 200 exemplaires de l'ouvrage lors de la Journée de droit du travail organisée par le professeur Gabriel Aubert à Palexpo le 5 mai dernier. ■

«Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité», par Gabriel Aubert et Karine Lempen (éd.), Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Université de Genève, Slatkine, 2011.