
Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten
Conférence Suisse des Délégué-e-s à l'Égalité entre Femmes et Hommes
Conferenza Svizzera delle Delegate alla Parità fra Donne e Uomini

Madame la Conseillère fédérale
Simonetta Sommaruga
Office fédéral de la justice
Domaine de direction Droit privé
Bundesrain 20
3003 Berne

Par courriel:

emanuella.gramegna@bj.admin.ch

Lausanne, le 10 janvier 2011

**Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) -
procédure de consultation**

Madame la Conseillère fédérale,

Madame, Monsieur,

La Conférence suisse des délégué-e-s à l'égalité entre femmes et hommes (CSDE), qui regroupe l'ensemble des bureaux de l'égalité des cantons et principales villes de Suisse, vous remercie de l'invitation qu'elle a reçue à se prononcer dans le cadre de la consultation mentionnée en objet

La CSDE salue les principales modifications envisagées, en particulier l'augmentation du maximum des indemnités dues en cas de licenciement abusif (art. 336a, al. 2, CO), licenciement injustifié (art. 337c, al. 3, CO), licenciement discriminatoire (art. 5, al. 4, LEg) et harcèlement sexuel (art. 5, al. 4, LEg) de 6 à 12 mois.

En revanche, **la Conférence déplore que le maximum de l'indemnité pour discrimination à l'embauche (art. 5, al. 4, LEg) ne soit pas augmenté de 3 à 6 mois de salaire.**

Le fait de doubler toutes les indemnités spéciales prévues par l'art. 5 LEg à l'exception de l'indemnité pour discrimination à l'embauche affaiblit la portée d'une sanction qui est d'ores et déjà critiquée pour son manque d'efficacité.

L'indemnité pour refus d'embauche discriminatoire revêt une fonction à la fois punitive et réparatrice¹. Lors des travaux entourant l'adoption de la loi sur l'égalité, l'importance de cette indemnité a été réduite à double titre : d'une part, en plafonnant son montant à trois mois de salaire (contre six mois dans le projet du Conseil fédéral) et, d'autre part, en prévoyant que ce plafond vaut également en cas de pluralité de demandes d'indemnisation.

Comme le relève le Tribunal fédéral, une victime peut ainsi, selon les circonstances, n'être indemnisée que d'un montant très faible, notamment en cas de pluralité de demandes d'indemnisation et/ou lorsque le poste mis au concours porte sur une activité peu rémunérée². Le Tribunal ajoute : « sur ce point, il est d'ailleurs douteux que le système d'indemnisation voulu par le législateur suisse soit compatible avec la jurisprudence communautaire, comme la doctrine n'a pas manqué de le souligner »³. La directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail prévoit que « les *sanctions*, qui peuvent comprendre le versement d'indemnités à la victime, *doivent être effectives, proportionnées et dissuasives* » (art. 25).

¹ ATF 131 II 361, consid. 4.4.

² ATF 131 II 361, consid. 4.5.

³ ATF 131 II 361, consid. 4.5, avec les références doctrinales.

L'indemnité pour discrimination à l'embauche apparaît non seulement comme non conforme aux exigences communautaires en matière d'efficacité de la sanction, mais aussi comme insuffisante au regard de plusieurs traités internationaux ratifiés par la Suisse garantissant le droit à un recours effectif à une instance nationale (art. 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 13 de la Convention européenne des droit de l'homme, art. 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes)⁴.

La sanction prévue par le droit suisse est d'autant moins efficace qu'il n'existe en matière d'embauche aucun allègement du fardeau de la preuve au sens de l'art. 6 LEg. Le risque lié à l'ouverture d'une procédure judiciaire pour refus d'embauche discriminatoire apparaît comme disproportionné par rapport aux perspectives de réussite de l'action. Nombreuses sont les personnes discriminées à l'embauche qui renoncent à se plaindre. L'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité n'a permis de recenser que onze décisions judiciaires portant sur une discrimination à l'embauche pour la période 1996-2004. Sur ces onze cas, sept ont été tranchés totalement en défaveur de la demanderesse⁵.

Si les discriminations lors de l'accès au marché du travail demeurent impunies, c'est toute la loi sur l'égalité qui est affaiblie.

Pour ces motifs, la Conférence demande :

- **que le montant maximal de l'indemnité pour discrimination à l'embauche soit augmenté de 3 à 6 mois de salaire.** La différence entre ce maximum (6 mois) et celui prévu en cas de licenciement discriminatoire et de harcèlement sexuel (12 mois) permet de tenir compte, comme en droit actuel, du fait que les rapports de travail n'ont pas débuté.
- **que l'art. 5, al. 4, LEg soit modifié, dans le sens d'une suppression de la deuxième phrase de l'alinéa 4.**

En vous remerciant de l'attention que vous voudrez bien porter à notre demande, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, Madame et Monsieur, à l'expression de notre parfaite considération.

Pour la Conférence suisse des délégué-e-s à l'égalité entre femmes et hommes (CSDE):



Sylvie Durrer, présidente

Adresse de contact:

Bureau de l'égalité entre les femmes et les hommes (BEFH)
Département de la sécurité et de l'environnement - Rue Caroline 11 - 1014 Lausanne
Tél. : +41 (0)21 316 59 88 - Fax : +41 (0)21 316 59 87 - Courriel : sylvie.durrer@vd.ch

⁴ TOBLER CHRISTA, „Quoten zum Dritten: Gesetzliche Grundlagen für Frauenförderungsmassnahmen und Entschädigung für Diskriminierungen. Zur Entscheidung des Bundesgerichtes vom 14. März 2005 in der Rechtssache Tiziano Balmelli gegen Rekurskommission der Universität Freiburg im Üchtland, *Recht* 2005 220, 229 ss; RIEMER-KAFKA GABRIELA/ÜBERSCHLAG JAKOB, N 36 ss ad art. 5 LEg, in CLAUDIA KAUFMANN/SABINE STEIGER-SACKMANN (Edit.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2009, N 39 ad art. 5 LEg; ÜBERSCHLAG JAKOB, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG) Unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, Schulthess, Zürich, 2009, N 849 ss.

⁵ STUTZ HEIDI, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Befragung der zuständigen Gerichte und statistische Grobauswertung der Gerichtsurteile (Baustein 2), Einzelbericht im Auftrag des Bundesamts für Justiz, Bern, 2005, p. 13, 19.