

PREAVIS DU CONSEIL D'ETAT
sur l'initiative Jean-Michel Dolivo et consorts - faciliter la lutte contre le harcèlement sexuel dans le cadre
du travail (17_INI_001)

et

EXPOSE DES MOTIFS ET PROJET DE DECRET
portant sur le dépôt de l'initiative cantonale « faciliter la lutte contre le harcèlement sexuel dans le cadre
du travail »

1. L'INITIATIVE LEGISLATIVE

1.1 Rappel de l'initiative

La lutte contre le harcèlement sexuel est actuellement à l'ordre du jour, et ce en particulier grâce au fait que de nombreuses femmes ont rendu public le fait qu'elles ont été victimes d'un comportement portant atteinte à leur dignité et violant gravement leur intégrité personnelle. Dans la majorité des cas, il s'agit de harcèlement dans le cadre de relations de travail. Ces femmes sortent de leur silence et reçoivent le soutien de nombreux mouvements féministes et de défense des droits des femmes, qu'ils soient composés de femmes et aussi d'hommes. La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) définit, à son article 4, le harcèlement sexuel, comme une discrimination et une atteinte à la dignité : Art 4 Harcèlement sexuel ; discrimination « Par comportement discriminatoire, on entend tout comportement importun de caractère sexuel ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle, qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail, en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle. » L'interdiction du harcèlement sexuel sur les lieux de travail donne les mêmes droits subjectifs que l'interdiction de discriminer. La LEg souligne par ailleurs qu'un travail de prévention ciblé est le moyen le plus efficace pour combattre le harcèlement sexuel. Rappelons que, dans la Loi sur l'égalité, l'interdiction de discriminer et ses effets juridiques s'adressent uniquement à l'employeur. Peu importe en conséquence qu'il soit ou non lui-même auteur du harcèlement. C'est la responsabilité directe de l'employeur, pour la protection de la personnalité, de l'intégrité physique et psychique ainsi que de la santé de ses employé-e-s qui est déterminante. L'article 5 alinéa 3 de la LEg fixe les limites de l'obligation d'agir de l'employeur. Pour éviter le harcèlement sexuel, il doit prendre les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut équitablement exiger de lui. L'employeur a la possibilité de s'exonérer en démontrant qu'il a pris toutes les mesures de prévention utiles : par exemple, traiter du problème du harcèlement sexuel dans les cours de formation et de perfectionnement propres à l'entreprise, le faire figurer dans les principes directeurs et les règlements d'entreprise, nommer des personnes de confiance. Le climat qui règne dans l'entreprise revêt une importance capitale. C'est l'employeur qui détermine si, par exemple, l'affichage de photos pornographiques est toléré. Afin d'alléger la charge de la partie qui entend obtenir la réalisation du principe d'égalité, la LEg prévoit l'allègement du fardeau de la preuve à son article 6. Cet article signifie que la personne victime d'une discrimination doit rendre vraisemblable la réalisation de cette discrimination et, dans ce cas, il appartient à l'employeur de prouver qu'une telle discrimination n'est pas avérée. Pour rendre un fait vraisemblable, une simple allégation ne suffit pas, mais une preuve stricte n'est pas non plus nécessaire. Ce qui est exigé, c'est un haut degré de probabilité. Cette disposition ne s'applique pas aux cas de harcèlement sexuel. Dans ce cas, c'est la partie demanderesse qui doit prouver les faits dont elle se prévaut (article 8 du Code civil). Si cette preuve échoue, les prétentions fondées sur l'article 5 alinéa 1 LEg, à savoir l'action en prévention, en cessation ou en constatation du harcèlement, seront rejetées. La rigueur et les difficultés qui en découlent pour la victime sont quelque peu atténuées par l'article 5 alinéa 3 LEg qui prévoit un déplacement du thème de la preuve si la victime exerce son droit à l'indemnité. Dans un rapport de recherche, paru en juin 2017, intitulé « Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre hommes et femmes (2004-2015) », Karine Lempen Prof. Dr. jur. et Aner Voloder, lic. jur. font notamment le constat suivant : « Sur l'ensemble des jugements analysés, 62,5 % sont majoritairement ou entièrement défavorables à la partie employée invoquant une discrimination. En particulier, la quasi-totalité (91,6 %) des plaintes pour congé de rétorsion (article 10 LEg) sont rejetées. Le taux de décisions défavorables à la partie salariée est aussi très élevé (82,8 %) lorsque la discrimination invoquée est un harcèlement sexuel (article 4 LEg). Les prétentions en versement d'une indemnité pour harcèlement sexuel (article 5 alinéa 3 LEg) sont rejetées dans une nette majorité des cas (76,6 %). La question de savoir si les mesures de prévention nécessaires ont été prises par la partie employeuse est rarement examinée par les tribunaux ». En vertu de l'article 160 alinéa 1 de la Constitution fédérale, les cantons peuvent soumettre une initiative à l'Assemblée fédérale. Une telle initiative n'est pas limitée à la Constitution, mais peut porter sur tout objet de la compétence de l'Assemblée fédérale. Le canton peut soumettre à l'Assemblée fédérale, soit un projet d'acte législatif, soit proposer l'élaboration d'un projet. Les député-e-s soussigné-e-s demandent au canton de Vaud d'exercer son droit d'initiative cantonale auprès de l'Assemblée fédérale, en application de l'article 109 alinéa 2 de la Constitution vaudoise. L'initiative cantonale a la teneur suivante : La Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg), à son article 6, est modifiée dans le sens d'inscrire le harcèlement sexuel dans la liste des discriminations auxquelles s'applique l'allègement du fardeau de la preuve.

*Renvoi à une commission avec au moins 20 signatures
(Signé) Jean-Michel Dolivo et 29 cosignataires*

Le Grand Conseil a décidé d'une prise en considération de l'initiative et l'a renvoyée au Conseil d'Etat par 73 voix pour, 52 avis contraires et 8 abstentions, lors de sa séance du 6 octobre 2020.

1.2 L'initiative du canton auprès de l'assemblée fédérale

L'initiative cantonale se fonde sur l'article 160, alinéa 1 de la Constitution fédérale, qui prévoit que tout membre de l'Assemblée fédérale, tout groupe parlementaire, toute commission parlementaire et tout canton peuvent soumettre une initiative à l'Assemblée fédérale. Tel qu'il en est le cas pour une motion ou une initiative de parlementaires fédéraux, une initiative cantonale impose aux autorités fédérales de légiférer lorsque les deux Chambres ont pris position en faveur de cet objet, conformément à la procédure définie aux articles 107 à 117 de la loi fédérale sur l'Assemblée fédérale (loi sur le Parlement ; LParl). Aux termes de l'article 160, alinéa 1 de la Constitution fédérale, l'initiative parlementaire peut porter sur tout objet de la compétence de l'Assemblée fédérale. Le canton peut soit soumettre à l'Assemblée fédérale un projet d'ordre législatif, soit proposer l'élaboration d'un projet.

Sur le plan cantonal, l'article 109 al. 2 de la Constitution vaudoise prévoit que le Grand Conseil exerce au nom du canton les droits réservés par l'article 160, alinéa 1, de la Constitution fédérale. Le Conseil d'Etat propose au Grand Conseil de faire usage de ce droit. Le présent exposé des motifs, destiné à soumettre au Grand Conseil l'adoption d'une initiative cantonale par laquelle le Canton de Vaud demande une modification de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, s'inscrit dans ce contexte normatif.

2. EXPOSE DES MOTIFS

2.1 Contexte

Depuis le mouvement *#Me Too*, de nombreuses femmes prennent la parole pour dénoncer le harcèlement sexuel dont elles font l'objet, en particulier dans leur environnement professionnel. La Suisse n'échappe pas à cette réalité et il importe que ces comportements qui portent atteinte à l'intégrité des personnes qu'ils visent soient réprimés.

L'année 2021 consacrera les 25 ans de l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (ci-après : LEg). Bien que cette loi ait conduit à des progrès significatifs en matière d'égalité entre femmes et hommes, il n'en demeure pas moins que les procédures judiciaires pour harcèlement sexuel révèlent encore d'importantes difficultés pour les victimes à apporter la preuve des agissements dont elles font l'objet.

L'efficacité de la loi a été évaluée une première fois sur mandat de l'Office fédéral de la justice, pour la période 2003-2006¹ puis, plus récemment, sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité en 2017², et enfin en 2021 au travers d'un rapport de recherche portant sur l'analyse de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral pour la période 2004-2020³. Il ressort notamment de ce dernier rapport que, dans 71% des arrêts relatifs au harcèlement sexuel, l'issue de la procédure est entièrement ou majoritairement défavorable à la partie salariée. Un tel résultat est notamment dû au fait que les actes retenus dans l'état de fait de l'arrêt cantonal ne sont pas considérés comme « importuns » au sens de l'art. 4 LEg. La façon dont les tribunaux interprètent cette condition les conduit souvent à nier l'existence d'un harcèlement sexuel. En outre, les procédures en la matière se heurtent à des difficultés de preuve, l'allègement prévu à l'art. 6 LEg ne trouvant pas application.⁴

Dans ses recommandations tendant à améliorer le fonctionnement de la justice et l'accès à celle-ci en cas de discrimination fondée sur le genre dans la vie professionnelle, les auteurs du rapport recommandent notamment d'alléger le fardeau de la preuve en cas de harcèlement sexuel et de discrimination à l'embauche, à l'instar de ce que prévoit le droit européen⁵. La directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, 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 dispose en effet à son article 19 un allègement général du fardeau de la preuve pour tous les types de discrimination.

2.2 Limitations de la législation fédérale actuelle

L'art. 6 de la LEg introduit, pour la majorité des discriminations, le principe de l'allègement du fardeau de la preuve en les termes suivants :

« L'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable; la présente disposition s'applique à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et à la formation continue, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail. » Ainsi, contrairement au principe consacré à l'art. 8 du Code civil (CC) selon lequel la partie qui invoque un droit doit en apporter la preuve, il suffit que le juge, sans devoir être convaincu, dispose d'indices suffisants pour que les faits allégués présentent une certaine vraisemblance. Le fardeau de la preuve est alors renversé. Il incombera ainsi à la partie défenderesse, en l'occurrence l'employeur ou l'employeuse, de prouver l'absence de discrimination.

Le harcèlement sexuel ne fait pas partie des situations énumérées à l'art. 6 LEg et pour lesquelles la partie demanderesse bénéficie de l'allègement du fardeau de la preuve. Par conséquent, la preuve du harcèlement sexuel doit être apportée conformément à l'art. 8 CC. Cela signifie que la preuve du fait doit être certaine, soit que le juge, en se basant sur des éléments objectifs, n'a pas de doutes sérieux quant à l'existence du fait dont la partie déduit son droit: si celle-ci ne réussit pas à apporter cette preuve, ses prétentions seront rejetées, toutefois, au vu des difficultés à prouver le harcèlement sexuel, les tribunaux admettent généralement dans la pratique un haut degré de vraisemblance et admettent également la preuve par le biais de témoignages indirects (faisceau d'indices concordants)⁶.

¹ Rapport du Conseil fédéral relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité du 15 février 2006

² Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2015), Rapport de recherche, Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, juin 2017

³ Analyse de la jurisprudence fédérale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2019), Rapport de recherche, Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, janvier 2021

⁴ Ibidem, p.41

⁵ Ibidem, p.42

⁶ Karine Lempen, Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 165 ss ; voir aussi Karine Lempen, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011, n. 35 ad 4 LEg

3. PREAVIS DU CONSEIL D'ETAT

Le Conseil d'Etat considère que cette situation n'est pas satisfaisante et qu'il convient d'y remédier en facilitant l'accès à la justice aux victimes de harcèlement sexuel, qui constitue une forme de discrimination au sens de la LEg. Par conséquent, il déclare être favorable à l'allègement du fardeau de la preuve lorsque la partie demanderesse invoque le harcèlement sexuel. Par ce biais, la personne qui se prétend victime de harcèlement sexuel devra rendre vraisemblable la réalisation de cette discrimination de sorte qu'il appartiendra à l'employeur ou à l'employeuse de prouver qu'une telle discrimination n'est pas avérée.

La modification de l'art.6 LEg constituera une amélioration procédurale et contribuera à une meilleure protection de la dignité et de l'intégrité des victimes. Par ailleurs, cette révision incitera probablement les employeurs et employeuses à intensifier les mesures de prévention et de lutte contre le harcèlement sexuel sur le lieu de travail, de manière à influencer positivement sur la culture d'entreprise.

4. CONSEQUENCES

4.1 Constitutionnelles, légales et réglementaires (y.c. eurocompatibilité)

Néant.

4.2 Financières (budget ordinaire, charges d'intérêt, autres)

Néant.

4.3 Conséquences en terme de risques et d'incertitudes sur les plans financier et économique

Néant.

4.4 Personnel

Néant.

4.5 Communes

Néant.

4.6 Environnement, développement durable et consommation d'énergie

Néant.

4.7 Programme de législature et PDCn (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

Néant.

4.8 Loi sur les subventions (application, conformité) et conséquences fiscales TVA

Néant.

4.9 Découpage territorial (conformité à DecTer)

Néant.

4.10 Incidences informatiques

Néant.

4.11 RPT (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

Néant.

4.12 Simplifications administratives

Néant.

4.13 Protection des données

Néant.

4.14 Autres

Néant.

5. CONCLUSION

Vu ce qui précède, le Conseil d'Etat a l'honneur

1. de présenter au Grand Conseil un préavis portant sur le dépôt d'une initiative cantonale auprès de l'Assemblée fédérale l'invitant à modifier l'art. 6 de la loi fédérale sur l'égalité afin que le fardeau de la preuve soit allégé pour les cas de harcèlement sexuel.
2. d'émettre un préavis positif quant à l'adoption de ce projet de décret.

PROJET DE DÉCRET

portant sur le dépôt d'une initiative cantonale « Faciliter la lutte contre le harcèlement sexuel dans le cadre du travail » auprès de l'Assemblée fédérale l'invitant à modifier la Loi sur l'égalité (LEg) afin que le fardeau de la preuve soit allégé en cas de harcèlement sexuel du 21 avril 2021

LE GRAND CONSEIL DU CANTON DE VAUD

vu l'article 160, alinéa 1 de la Constitution fédérale

vu l'article 109, alinéa 2 de la Constitution vaudoise

vu le projet de décret présenté par le Conseil d'Etat

décrète

Art. 1

¹ Conformément à l'article 160, alinéa 1 de la Constitution fédérale, le Canton de Vaud exerce le droit d'initiative du Canton au niveau fédéral en invitant l'Assemblée fédérale à modifier le cadre légal, en particulier la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (Loi sur l'égalité ; LEg ; RS 151.1) en modifiant l'article 6 dans le sens d'inscrire le harcèlement sexuel dans la liste des discriminations auxquelles s'applique l'allègement du fardeau de la preuve.

Art. 2

¹ Le Canton dépose l'initiative auprès de l'Assemblée fédérale dans un délai de trente jours dès l'entrée en vigueur du présent décret.

Art. 3

¹ Le Conseil d'Etat est chargé de la publication et de l'exécution du présent décret. Il en publiera le texte conformément à l'article 84, alinéa 2 lettre f) de la Constitution cantonale.