

L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail
1996-2016: 20 ans d'application de la LEg

Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt
1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz



Jean-Philippe Dunand
Karine Lempen
Pascal Mahon

Volume 7

Jean-Philippe Dunand | Karine Lempen |
Pascal Mahon (éds/Hrsg.)

L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail

1996-2016: 20 ans d'application de la LEg

Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt

1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz

*Préface de Monsieur le Conseiller fédéral Alain Berset
Vorwort von Herrn Bundesrat Alain Berset*



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement des Innern EDI
Département fédéral de l'intérieur DFI
Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG
Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG

Schulthess § 2016
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage : JEAN-PHILIPPE DUNAND, KARINE LEMPEN, PASCAL MAHON (éds/Hrsg.) L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, Collection CERT, Genève/Zurich 2016, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8577-9

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2015
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine, 119, avenue Milcamps, 1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek : La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Avant-propos

Le 1^{er} juillet 1996 entrait en vigueur la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (Loi sur l'égalité, LEg). Vingt ans plus tard, il s'agit de retracer ses fondements et d'examiner la jurisprudence qui lui a été consacrée. Alors qu'un avant-projet de modification de la loi sur l'égalité obligeant les entreprises à analyser leur pratique salariale est en cours de consultation, il convient aussi de s'interroger sur l'efficacité de cette loi, notamment dans le domaine de la discrimination salariale.

Pour tenter de répondre aux principales questions concernant l'application de la LEg, un colloque a été organisé le 11 février 2016 à l'Université de Neuchâtel conjointement par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), la Chambre neuchâteloise du commerce et de l'industrie (CNCI) et le Centre d'étude des relations de travail (CERT). Le présent ouvrage comprend les actes du colloque rédigés par des contributrices et contributeurs actifs dans la recherche, l'enseignement, la pratique et la promotion de l'égalité au travail. Il est préfacé par Monsieur le Conseiller fédéral Alain Berset, chef du Département fédéral de l'intérieur.

Nos remerciements vont en premier lieu aux auteur-e-s qui ont confectionné des contributions de qualité malgré leur emploi du temps chargé. Ils s'adressent aussi à Mesdames Joanna David (cheffe de projet auprès de Schulthess éditions romandes), Leticia Boni (avocate), Sylvia Staehli (assistante de direction à l'Université de Neuchâtel) et Anouk Gillibert (collaboratrice administrative à l'Université de Neuchâtel) pour leur collaboration diligente et efficace à l'édition de l'ouvrage.

Neuchâtel, février 2016

Prof. Jean-Philippe Dunand

Prof. Pascal Mahon

Co-directeurs du CERT, Faculté de droit,
Université de Neuchâtel

Prof. Karine Lempen

Faculté de droit, Université de Genève

Einleitung

Am 1. Juli 1996 trat das Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) in Kraft. Zwanzig Jahre später sollen die ursprüngliche Idee dargelegt und die bisher ergangene Rechtsprechung reflektiert werden. Des Weiteren soll die Wirksamkeit dieses Gesetzes, insbesondere im Bereich der Lohndiskriminierung, hinterfragt werden, dies umso mehr, als aktuell ein Vorentwurf zur Änderung des Gleichstellungsgesetzes in der Vernehmlassung ist. Demgemäss sollen Unternehmen verpflichtet werden, ihre Lohnpraxis zu analysieren.

Um auf die wesentlichen Fragen zur Anwendung des GlG Antworten zu finden, haben das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), die Chambre neuchâteloise du commerce et de l'industrie (CNCI) und das Centre d'étude des relations de travail (CERT) gemeinsam am 11. Februar 2016 an der Universität Neuenburg eine Tagung veranstaltet. Die vorliegende Publikation enthält die Beiträge der in der Forschung, Lehre, Praxis und der Förderung der Gleichstellung in der Arbeitswelt tätigen Referentinnen und Referenten. Eingeleitet werden die Beiträge durch das Vorwort von Bundesrat Alain Berset, Vorsteher des Eidgenössischen Departements des Innern.

Unser Dank geht in erster Linie an die Autorinnen und Autoren, die trotz ihrer zeitlichen Belastung qualitativ hochstehende Beiträge verfasst haben. Wir danken auch Joanna David (Projektleiterin bei Schulthess Éditions romandes), Leticia Boni (Rechtsanwältin), Sylvia Staehli (Direktionsassistentin Universität Neuenburg) und Anouk Gillabert (administrative Mitarbeiterin Universität Neuenburg) für ihre sorgfältige und effiziente Mitarbeit bei der Herausgabe dieser Publikation.

Neuenburg, im Februar 2016

Prof. Jean-Philippe Dunand

Prof. Pascal Mahon

Co-Direktoren des CERT,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Universität Neuenburg

Prof. Karine Lempen

Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Universität Genf

Préface

L'égalité professionnelle entre femmes et hommes, en général, et l'égalité salariale, en particulier, est une longue histoire, une histoire qui concerne la société dans son ensemble.

Quand une femme n'arrive pas à s'insérer dans le marché du travail faute de structures d'accueil pour les enfants, ce sont aussi les entreprises qui sont prétéritées.

Quand une femme ne peut pas obtenir les responsabilités auxquelles ses compétences devraient la destiner, c'est aussi la société qui perd.

Quand une femme n'obtient pas le salaire auquel elle a droit, c'est aussi son couple, sa famille, les assurances sociales à court et long terme qui sont défavorisés.

Le principe de l'égalité salariale est inscrit dans la Constitution fédérale depuis 35 ans et a été concrétisé dans la loi sur l'égalité. Les personnes des deux sexes doivent recevoir une rémunération égale pour un travail équivalent. Et pourtant, les écarts de salaire restent importants en Suisse.

Pour faire progresser l'égalité, la Confédération a soutenu des actions telles que le Dialogue sur l'égalité des salaires. Le but était d'inciter les entreprises à vérifier, sur une base volontaire, les écarts de salaires entre hommes et femmes et à corriger les discriminations éventuelles. Malheureusement cette action n'a pas donné les résultats escomptés.

Pour le Conseil fédéral, il est essentiel que les entreprises soient amenées à faire une analyse de leur pratique salariale au regard de l'égalité. Un projet de loi prévoit ainsi d'obliger les employeurs occupant au moins 50 collaboratrices et collaborateurs à effectuer tous les quatre ans une analyse des salaires. Pour les y aider, les entreprises peuvent recourir à l'instrument d'analyse *Logib*, développé par la Confédération, et qui inspire plusieurs pays.

De même, la lutte contre la discrimination salariale doit être une tâche prioritaire du secteur public, de la Confédération comme des cantons et des communes. Ils doivent vérifier que ce principe est appliqué au sein de leur administration ainsi que dans le cadre des marchés publics. Certains cantons et communes sont aussi en train de se doter de dispositions pour vérifier le respect de l'égalité salariale dans le cadre des subventions et des contrats de prestation. Le sujet est donc résolument à l'agenda politique.

Nul doute que les contributions scientifiques réunies dans cet ouvrage sauront apporter de la clarté dans les débats autour d'un principe aussi simple et nécessaire que « l'égalité de salaire pour un travail égal ou de valeur égale ».

Alain Berset, conseiller fédéral

Chef du Département fédéral de l'intérieur

Vorwort

Die Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben im Allgemeinen und die Lohngleichheit zwischen Frau und Mann im Besonderen ist eine lange Geschichte. Es ist eine Geschichte, die unsere Gesellschaft als Ganzes betrifft.

Wenn eine Frau nicht in den Arbeitsmarkt eintreten kann, weil die Betreuungsstrukturen für die Kinder fehlen, ist dies auch für die Unternehmen ein Nachteil.

Wenn eine Frau nicht die Verantwortung übernehmen kann, für die sie qualifiziert ist, verliert auch die Gesellschaft.

Wenn eine Frau nicht den Lohn erhält, auf den sie Anspruch hat, sind über kurz oder lang auch ihr Partner, ihre Familie und die Sozialversicherungen benachteiligt.

Der Grundsatz der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann ist seit 35 Jahren in der Bundesverfassung verankert und im Gleichstellungsgesetz konkretisiert. Beide Geschlechter müssen für gleichwertige Arbeit den gleichen Lohn erhalten. Und trotzdem bleiben die Lohnunterschiede in der Schweiz gross.

Um die Gleichstellung voranzubringen, hat der Bund Massnahmen wie den Lohngleichheitsdialog unterstützt. Das Ziel war es, die Unternehmen dazu zu motivieren, auf freiwilliger Basis die Lohnunterschiede zwischen Männern und Frauen zu überprüfen und allfällige Diskriminierungen zu korrigieren. Leider hat diese Massnahme nicht das gewünschte Resultat gebracht.

Für den Bundesrat ist es wesentlich, dass die Unternehmen dazu gebracht werden, ihre Lohnpraxis in Bezug auf die Gleichstellung zu analysieren. Ein Gesetzesentwurf sieht daher vor, Arbeitgeber, die mehr als 50 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigen, zu verpflichten, alle vier Jahre eine Lohnanalyse durchzuführen. Dabei können sich die Unternehmen auf das vom Bund entwickelte Lohnanalyseinstrument *Logib* stützen, das in ähnlicher Form auch in anderen Ländern erprobt wird.

Die Bekämpfung der Lohndiskriminierung muss auch eine prioritäre Aufgabe von Bund, Kantonen und Gemeinden sein. Sie müssen sicherstellen, dass dieser Grundsatz in ihren Verwaltungen und im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens umgesetzt wird. Einzelne Kantone und Gemeinden sind auch daran, Bestimmungen zu erarbeiten, um die Einhaltung der Lohngleichheit im Rahmen der Subventionen und Leistungsvereinbarungen zu überprüfen. Die Lohngleichheit steht somit weit oben auf der politischen Agenda.

Zweifellos werden die wissenschaftlichen Beiträge dieser Publikation dazu beitragen, Klarheit in die Debatte rund um den einfachen, aber notwendigen Grundsatz «gleicher Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit» zu bringen.

Alain Berset, Bundesrat

Vorsteher des Eidgenössischen Departements des Innern

Table des matières/Inhaltsverzeichnis

Table des abréviations/Verzeichnis der Abkürzungen.....	XIII
---	------

Première partie – La loi sur l'égalité : cadre général et mise en œuvre

Erster Teil – Das Gleichstellungsgesetz : Allgemeiner Rahmen und Umsetzung

Les fondements de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes.....	1
---	----------

Pascal Mahon

Docteur en droit, professeur et vice-recteur de l'Université de Neuchâtel

Federica Steffanini

Master en droit, assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel

L'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité (LEg).....	35
---	-----------

Jean-Philippe Dunand

Docteur en droit, avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel

La protection contre les discriminations fondées sur la maternité selon la LEg.....	73
--	-----------

Stéphanie Perrenoud

Docteure en droit, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg.....	95
---	-----------

Florence Aubry Girardin

Docteure en droit, juge fédérale

Gleichstellungsgesetz wird es noch lange brauchen.....119

Susy Stauber-Moser

Dr. iur., Rechtsanwältin und Mediatorin SAV/SDV-FSM, Vorsitzende der Schlichtungsbehörde nach Gleichstellungsgesetz im Kanton Zürich

Aner Voloder

Lic. iur., Projektleiter, Fachstelle für Gleichstellung der Stadt Zürich

Fraudiskriminierung? Eine Beleidigung.....123

Rosemarie Weibel

Rechtsanwältin

Deuxième partie – La discrimination salariale devant les tribunaux

Zweiter Teil – Die Lohndiskriminierung vor Gericht

La discrimination salariale au regard de la jurisprudence récente (2011-2015).....135

Karine Lempen

Docteure en droit, professeure à l'Université de Genève

Die «objektiven» Rechtfertigungsgründe für eine Lohndiskriminierung und ihr Beweis.....159

Thomas Geiser

Docteur en droit, professeur à l'Université de St-Gall

Lohndiskriminierungen will man häufig nicht wahrhaben.....175

Elisabeth Freivogel

Lic. iur. LL.M. Rechtsanwältin und Mediatorin SAV

Aner Voloder

Lic. iur., Projektleiter, Fachstelle für Gleichstellung der Stadt Zürich

Réflexions sur l'action judiciaire individuelle pour discrimination salariale.....179

Christian Bruchez

Avocat, spécialiste FSA en droit du travail

La discrimination salariale dans le canton de Vaud : problèmes choisis.....191

Christine Sattiva Spring

Docteure en droit, avocate, spécialiste FSA en droit du travail, chargée de cours à l'UNIL

Troisième partie – La mesure de la discrimination salariale et les contrôles

Dritter Teil – Die Messung von Lohndiskriminierung und die Kontrollen

Expertise en matière de discrimination salariale : le point de vue économique201

Yves Flückiger

Docteur en économie, professeur et recteur de l'Université de Genève

Egalité salariale entre femmes et hommes : état des lieux.....223

Claudio Marti Whitebread

Advokat, Wissenschaftlicher Mitarbeiter Fachbereich Recht, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), Bern

Lohngleichheitskontrollen im Beschaffungswesen des Bundes.....239

Oliver Schröter

Dr. rer. pol., Ökonom, Fachbereich Arbeit, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), Bern

Claudio Marti Whitebread

Advokat, Wissenschaftlicher Mitarbeiter Fachbereich Recht, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), Bern

Des mesures incitatives aux mesures contraignantes : analyse des instruments de contrôle étatiques pour instaurer l'égalité.....267

Cesla Amarelle

Docteure en droit, professeure à l'Université de Neuchâtel, conseillère nationale

Quatrième partie – Les mesures d’encouragement

Vierter Teil – Die Fördermassnahmen

Egalité des sexes et mesures positives : la voie difficile de l’égalité effective.....279

Christine Sattiva Spring

Docteure en droit, avocate, spécialiste FSA en droit du travail, chargée de cours à l’UNIL

Le *topsharing* : un moyen pour briser le plafond de verre ?.....305

Régine Delley

Avocate, CNCI, responsable du conseil juridique aux entreprises i-lex

Table des abréviations/Verzeichnis der Abkürzungen

a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
a.M.	anderer Meinung / (Frankfurt) am Main
aArt.	alter Artikel (frühere Fassung)
Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
aBV	(alte) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
ACV	Administration cantonale vaudoise
ad	à
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle
al.	alinéa(s)
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (NR: Nationalrat / SR: Ständerat)
Anm.	Anmerkung
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
art.	article(s)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATA	Arrêt du Tribunal administratif genevois
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
ATSG	Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts
Aufl.	Auflage
Bd./Bde.	Band/Bände
BASS	Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BEFH	Bureau de l'égalité entre femmes et hommes (Vaud)
BFS	Bundesamt für Statistik
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BKB	Beschaffungskonferenz des Bundes

BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (SR 172.056.1)
bspw.	beispielweise
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
c.	contre
CA	Cour d'appel (abréviation française)
CAPH	Cour d'appel des prud'hommes
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CCMES	Commission spéciale de conciliation en matière d'égalité des sexes dans les rapports de travail (Fribourg)
CCT	Convention collective de travail
CE	Comité d'entreprise (abréviation française)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101
CF	Conseil fédéral
cf.	confer
CGA	Conditions générales des assurances
ch.	chiffre(s)
CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (abréviation française)
CIM	Classification internationale des maladies/Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Code des obligations), RS 220
consid.	considérant (s)
contra	d'un avis contraire
COPIL	Comité de pilotage (Vaud)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
d.h.	das heisst
DDPS	Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports
ders./dies.	derselbe (Autor) / dieselbe (Autorin)
DFF	Département fédéral des finances

Diss.	Dissertation
DP	Délégués du personnel (abréviation française)
DTA	Revue de Droit du travail et assurance-chômage, Zurich
E-	Entwurf zu
E.	Erwägung
EBG	Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartements
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
etc.	et cetera
f./ff.	und folgende (Seite[n], Randziffer[n] etc.)
FER-Ge	Fédération des entreprises romandes, Genève
FF	Feuille fédérale
FN	Fussnote(n)
FSM	Fédération suisse des médiateurs
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) (SR 151.1)
gl.M.	gleicher Meinung
Hrsg./hrsg.	Herausgeber(in) / herausgegeben
i.e.S.	im engeren Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
ibidem	renvoie à la note précédente
ICD	International Statistical Classification of diseases and Related Health Problem
ICF	International coach federation
IFAGE	Fondation pour la formation des adultes, Genève
ILO	International Labour Organization
in fine	à la fin
infra	plus bas
IRP	Institutions représentatives du personnel
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, Berne
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, Berne
JdT	Journal des Tribunaux, Lausanne
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981, RS 832.20
LAFam	Loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006, RS 836.2
LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959, RS 831.20
LAM	Loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992, RS 833.1

LAPG	Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952, RS 834.1
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946, RS 831.10
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908, RS 221.229.1
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (Loi sur l'égalité), RS 151.1
let.	lettre(s)
LGD	Lohngleichheitsdialog
LInfo	Loi sur l'information (cantonale)
lit.	Litera
LIPAD	Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (cantonale)
LOGA	Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997, RS 172.010
Loi sur la participation	Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993, RS 822.14
LPAC	Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements public médicaux (cantonale)
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000, RS 172.220.1
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000, RS 830.1
LSE	Schweizerische Lohnstrukturhebung
LSt	Loi sur le statut de la fonction publique, RS NE 152.510
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail), RS 822.11
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	note(s) marginale(s) et numéro (s)
N	Nummer(n)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OACI	Ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983, RS 837.02
OFJ	Office fédéral de la justice
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz) vom 16. Dezember 1943 (aufgehoben per 31. Dezember 2005)
OIT	Organisation Internationale du Travail
OLAA	Ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982, RS 832.202

OLOGA	Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998, RS 172.010.1
OLT 1	Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail, RS 822.111
OLT 3	Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (Hygiène), RS 822.113
OPers	Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001, RS 172.220.111.3.
OPFER	Office fédéral du personnel
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
p.	page(s)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, RS 172.021
PAE	Programme d'aide aux Employés (abréviation canadienne)
P-CO	Message du Conseil fédéral sur la révision partielle du code des obligations (Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur), FF 2013 8547 ss (Projet)
Pra	Die Praxis (bis 1990: Die Praxis des Bundesgerichts)
PRK	Personalrekurskommission
RCTH	Règlement vaudois relatif à la gestion des conflits au travail et à la lutte contre le harcèlement du 9 décembre 2002, RSV 172.31.7
RDS	Revue de droit suisse
REAS	Responsabilité et Assurances (revue), Zurich
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
réf.	référence(s)
Rés.	résumé
RFA	Regulierungsfolgenabschätzung
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RPPers	Règlement relatif à la protection de la personnalité (cantonal)
RS	Recueil systématique des lois fédérales (ou cantonales)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence, Zurich
Rz.	Randziffer(n)
s.	suivant
S.	Seite(n)
SAE	Service d'aide aux employés (abréviation canadienne)
SAP HR	Systems, Applications, and Products for data processing – Human Resources
SCRIS	Service statistique sur les conditions de travail et l'égalité dans l'administration vaudoise
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie

SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
sic!	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence, Zurich
SJ	La Semaine judiciaire, Genève
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ss	suijvants
supra	plus haut
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TPH	Tribunal des Prud'hommes
TRIPAC	Tribunal de prud'hommes de l'administration cantonale (Vaud)
u.a.	unter anderen
VGer	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
vol.	volume(s)

**Première partie – La loi sur l'égalité :
cadre général et mise en œuvre**

**Erster Teil – Das Gleichstellungsgesetz :
Allgemeiner Rahmen und Umsetzung**

Les fondements de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes

Sommaire	Page
I. Introduction	2
II. Un regard vers le passé : les origines et la genèse de la loi sur l'égalité	2
A. Remarques liminaires	2
B. L'égalité entre les sexes dans la Constitution	3
1. Une très lente évolution	3
2. Une soudaine accélération	5
3. L'article 8 alinéa 3 de la Constitution	6
C. La genèse de la loi sur l'égalité	8
1. Une disposition constitutionnelle importante, mais d'une efficacité limitée	8
a) La réalisation de l'égalité juridique : le programme législatif « Egalité des droits entre hommes et femmes »	8
b) La réalisation de l'égalité de fait : un chantier inachevé	9
2. Un besoin de protection accru dans tout le domaine du travail	10
3. L'adoption de la loi sur l'égalité	11
D. Excursus : l'influence du droit international	12
1. Généralités	12
2. La compatibilité avec le droit international général	13
3. L'harmonisation avec le droit de l'Union européenne	15
III. Le contenu de la LEg : quelques innovations et audaces	17
A. Remarques liminaires	17
B. Un champ d'application très large	18
C. Les principales innovations	21
D. Une loi devenue une référence en la matière	25
IV. Retour vers le futur : révision de la loi sur l'égalité et améliorations envisageables	27
V. Conclusion	30
VI. Bibliographie	31

I. Introduction

Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1996, la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité, LEg ; RS 151.1) fête cette année ses 20 ans. Cette loi, qui trouve son origine dans le mandat inscrit à l'art. 8 al. 3 de la Constitution fédérale, représente depuis lors l'instrument phare de la revendication égalitaire entre les sexes induite par l'adoption de la disposition constitutionnelle, en 1981, puis de la législation appelée à la concrétiser.

En ouverture de l'ouvrage appelé à marquer ce vingtième anniversaire, la présente contribution a pour but de porter un regard critique sur la loi, ses apports et ses carences. Elle entend, tout d'abord, retracer ses origines et rappeler sa genèse, en mettant en exergue ses sources d'inspiration. Elle aura ensuite pour objet de décrire brièvement quelques-unes des mesures mises en place par la loi, dont certaines présentaient à l'époque un caractère novateur et original dans le contexte du droit suisse du travail. Finalement, elle saisira l'occasion de faire le point sur la situation vingt ans après, en mettant l'accent sur les points forts et les points faibles du dispositif, comme point de départ de la réflexion dans le sens d'une future amélioration qui permette de progresser sur le chemin de l'égalité entre femmes et hommes.

II. Un regard vers le passé : les origines et la genèse de la loi sur l'égalité

A. Remarques liminaires

En Suisse, pendant longtemps, les différences de traitement entre femmes et hommes ont occupé le devant de la scène dans le débat sur la discrimination¹. La prééminence des revendications liées à l'égalité entre les sexes par rapport aux autres formes de discrimination prend tout son sens dans la perspective historique d'une Suisse marquée, d'un côté, par un mouvement féministe très engagé tout au long du XX^e siècle et, de l'autre côté, par une évolution relativement lente vers la reconnaissance officielle et institutionnelle d'une égalité des droits des femmes, évolution qui a néanmoins connu une phase d'accélération après l'introduction du suffrage féminin au plan fédéral en 1971.

¹ KIENER/KÄLIN, p. 444.

Signe de l'importance de cette préoccupation pour la réalité suisse², le principe de l'égalité entre les sexes fait l'objet d'une disposition constitutionnelle spécifique depuis 1981, l'alors article 4 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874. Cette disposition, reprise ensuite, pratiquement telle quelle, à l'article 8 alinéa 3 de la nouvelle Constitution, du 18 avril 1999, « va servir de base au développement progressif de l'égalité juridique »³ et sociale. Par conséquent, elle est également à l'origine du projet législatif qui a mené à l'adoption, en 1995, de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes.

Dans cette première partie, il s'agira essentiellement de revenir sur les étapes les plus saillantes qui ont conduit à l'introduction de la loi sur l'égalité dans notre ordre juridique, dans le but d'en dégager les fondements historiques, politiques, sociaux et juridiques.

B. L'égalité entre les sexes dans la Constitution

1. Une très lente évolution

Dans sa conception originaires, le principe général d'égalité entre les Suisses qui avait été inscrit à l'art. 4 de la Constitution fédérale depuis 1848 visait avant tout à combattre les privilèges (politiques) instaurés par la société de l'Ancien Régime⁴ et n'était pas d'un grand secours dans les affaires concernant des différences de traitement entre femmes et hommes⁵. Les hommes représentaient la norme sociale (et juridique) et l'idée du statut inégalitaire des femmes était assez généralement acceptée.

La jurisprudence fédérale de l'époque est du reste assez représentative du rôle essentiel que jouaient les conceptions sociales dominantes du moment. Ainsi, dans le premier procès pour inégalité de traitement entre femmes et hommes jugé par le Tribunal fédéral, datant de 1887⁶, celui-ci avait rejeté le recours déposé par Emilie Kempin, première juriste suisse, qui s'était vu refuser le droit de pratiquer le barreau par un tribunal de district zurichois, au motif qu'elle ne disposait pas de la citoyenneté active, c'est-à-dire du droit de vote et d'éligibilité, comme l'exigeait la loi cantonale applicable. L'argumentation de la recourante consistant à dire que l'art. 4 aCst. garantissait également l'égalité entre femmes et hommes avait été jugée aussi nouvelle qu'audacieuse (« eben so neu als kühn ») et avait été écartée sur la base des considérations suivantes : « d'après les conceptions juridiques actuellement dominantes, le traitement inégal des deux sexes en matière de droit public

² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, n° 1113.

³ SCHULZ, p. 120.

⁴ WALDMANN, Basler Kommentar, Art. 8 BV, n° 3. Voir également SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Art. 8 BV, n° 1.

⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, n° 1113 ; WALDMANN, Basler Kommentar, Art. 8 BV, n° 95.

⁶ ATF 13 I, *Kempin*, du 29 janvier 1887, JdT 1887 136 (trad.).

[...] ne paraît nullement dénué de tout fondement intrinsèque. On ne saurait, dès lors, voir une violation de l'art. 4 de la Constitution fédérale dans le fait qu'une loi cantonale exclut les femmes du droit de représenter les parties en justice»⁷. Il faudra attendre presque 40 ans, jusqu'en 1923⁸, pour que le Tribunal fédéral revienne sur cette jurisprudence. Dans une affaire analogue, portant sur la conformité à la Constitution d'une loi cantonale excluant les femmes de l'exercice du barreau, les juges fédéraux ont alors dû constater que « l'idée dont s'inspire [l']arrêt Kempin n'est plus en harmonie avec les conditions actuelles ». Ils ont finalement admis le recours au motif que « [s]i les droits politiques continuent très généralement en Suisse à être refusés aux femmes, par contre dans la vie économique les mœurs et les lois qui en sont le reflet ont consacré l'égalité des sexes. La différence de sexe n'est donc plus en elle-même une raison suffisante pour refuser aux femmes l'accès à telle profession ».

L'égalité entre les sexes n'était pas acquise pour autant, tant s'en faut. Dans un arrêt de 1957⁹, le Tribunal fédéral confirmait la décision des instances cantonales vaudoises de ne pas donner suite à la demande d'inscription au registre électoral de leurs communes de plus d'un millier de femmes (1414, précisément). En privilégiant une interprétation des dispositions constitutionnelles et légales pertinentes conforme à la pratique constante, il retenait que le mot « Suisses » utilisé dans la Constitution fédérale (et dans la constitution cantonale) pour définir les citoyens actifs visait incontestablement les hommes seulement, à l'exclusion des femmes, lesquelles pouvaient donc être privées de l'exercice des droits politiques¹⁰. Le 1^{er} février 1959, la première votation populaire fédérale sur le suffrage féminin s'était d'ailleurs soldée par un échec, les hommes (et les cantons) suisses ayant rejeté, dans une proportion d'environ deux contre un, l'introduction du droit de vote des femmes¹¹. Douze ans plus tard, le 7 février 1971, le peuple et les cantons changeaient d'avis et, dans une proportion à peu près identique, mais inversée, de deux contre un, acceptaient l'introduction du suffrage féminin au plan fédéral¹². Le fait qu'en Suisse, contrairement aux autres pays, c'est le corps électoral (masculin) qui a été appelé à décider

⁷ ATF 13 I, précité (note 6), JdT 1887 139 (trad.). Pour un portrait d'EMILIE KEMPIN-SPYRI (1853-1901), l'une des premières pionnières de l'égalité en Suisse, et les conséquences de cette décision sur son parcours de vie, voir la rubrique « Personnalités de l'histoire de l'égalité en Suisse », sur le site du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (<http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00220/00269/index.html?lang=fr>).

⁸ ATF 49 I 14, *Mme Dr Roeder*, du 24 février 1923.

⁹ ATF 83 I 173, *Quinche et consorts*, du 26 juin 1957.

¹⁰ ATF 83 I 173, précité (note 9), consid. 5, p. 181.

¹¹ Pour le résultat du scrutin, voir l'arrêt du Conseil fédéral, FF 1959 I 564.

¹² Pour le résultat du scrutin, voir l'arrêt du Conseil fédéral, FF 1971 I 502. Voir aussi, sur l'évolution qui était intervenue dans l'intervalle, durant ces douze ans, en matière cantonale, MAHON, Droit constitutionnel I, n° 124.

du droit de vote et d'éligibilité des femmes explique en partie cette reconnaissance tardive en comparaison internationale. Toujours est-il que l'aboutissement tant attendu de l'égalité des droits politiques des femmes (au plan fédéral¹³) allait incontestablement donner un nouveau souffle et un important coup d'accélérateur à la cause de l'égalité des sexes en général¹⁴.

2. Une soudaine accélération

Quelques années après seulement, en effet, voit le jour l'initiative populaire fédérale « pour l'égalité des droits entre hommes et femmes », « la première que les femmes avaient le droit de signer »¹⁵. Lancée en 1975 sous l'impulsion du Congrès féminin suisse, réuni à l'occasion de l'Année internationale de la femme, et déposée le 15 décembre 1976, l'initiative réclamait une nouvelle disposition constitutionnelle instituant l'égalité des droits entre femmes et hommes, plus particulièrement dans quelques domaines (famille, rémunération, éducation, formation scolaire et professionnelle, embauche et exercice d'une profession)¹⁶. Considérée par les autorités comme formulant des prétentions justifiées, dont le bien-fondé devait être reconnu, mais jugée inappropriée dans sa forme et sa teneur¹⁷, l'initiative a finalement été retirée en faveur d'un contre-projet du Conseil fédéral¹⁸.

C'est ainsi que le 14 juin 1981, par un vote favorable au contre-projet, le peuple et les cantons ont accepté de compléter l'ancien article 4 de la Constitution fédérale d'un second alinéa consacrant l'égalité entre les sexes¹⁹, devenu par la suite l'alinéa 3 de l'article 8 de la nouvelle Constitution fédérale.

¹³ Sur l'évolution ultérieure de la question des droits politiques au plan cantonal, après le 7 février 1971, voir notamment MAHON, Droit constitutionnel I, n° 124.

¹⁴ Pour une vue d'ensemble de l'histoire des femmes et de l'égalité en Suisse, voir le dossier édité par la Commission fédérale pour les questions féminines (CFQF), Femmes Pouvoir Histoire. Histoire de l'égalité en Suisse de 1848 à 2000, Berne 2001, publié uniquement sur internet (<http://www.ekf.admin.ch/dokumentation/00444/index.html?lang=fr>).

¹⁵ SCHULZ, p. 120.

¹⁶ Le texte de l'initiative est reporté en particulier dans le Message du 14 novembre 1979 sur l'initiative populaire « pour l'égalité des droits entre hommes et femmes », FF 1980 I 76 (ci-après : message sur l'égalité entre hommes et femmes).

¹⁷ Message sur l'égalité entre hommes et femmes, précité (note 16), FF 1980 I 74 s.

¹⁸ FF 1980 III 787. Le texte du contre-projet figure dans le message sur l'égalité entre hommes et femmes, précité (note 16), FF 1980 I 145.

¹⁹ Pour le résultat du scrutin, voir l'arrêté du Conseil fédéral, FF 1981 II 1216.

3. L'article 8 alinéa 3 de la Constitution

La teneur de cette disposition est la suivante : « L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale »²⁰.

Les trois phrases ont chacune une signification juridique particulière et se complètent l'une l'autre²¹. La première interdit à l'Etat d'opérer des distinctions entre femmes et hommes dans et devant la loi (obligation négative), sauf pour des motifs impératifs de nature biologique ou fonctionnelle²². Elle fonde un droit constitutionnel individuel, directement applicable et justiciable à l'égalité juridique (formelle et matérielle²³) entre les sexes.

En vertu de la deuxième phrase, « [l]e législateur doit [...] faire plus »²⁴. Cette phrase donne en effet aux autorités politiques fédérales, cantonales et communales le mandat de rendre effective l'égalité de droit consacrée par la première phrase, « en faisant disparaître dans l'ensemble de la législation les discriminations fondées sur [le sexe] »²⁵, mais aussi – et surtout – de réaliser l'égalité de fait, à travers la création d'une égalité des chances²⁶ dans l'ensemble de la réalité sociale (obligation positive). Ceci implique, dans la mesure du nécessaire, de prendre des mesures de promotion du groupe désavantagé²⁷. En ce sens,

²⁰ L'art. 8 al. 3 Cst. reprend l'art. 4 al. 2 aCst., du moins pour ce qui est du contenu (WALDMANN, Basler Kommentar, Art. 8 BV, n° 6). Dans sa lettre, le constituant de 1999 s'est limité à préciser, dans la deuxième phrase, que la loi pourvoit à l'égalité « de droit et de fait », même si, selon la conception dominante, « [c]ette précision [...] résultait déjà implicitement de l'ancien art. 4 » (MAHON, Petit Commentaire, Art. 8 Cst., n° 18). Cf. aussi ATF 137 I 305, *Alternative – die Grünen Kanton Zug und Mitb.*, consid. 3.1, p. 317, JdT 2012 I 47 (trad.) ; 116 Ib 270, *Gewerkschaft Textil Chemie Papier*, consid. 7a, p. 283.

²¹ Cf. notamment le Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 145 (ci-après : message Cst.), ATF 125 I 21, *Grüne Bewegung Uri*, consid. 3a, p. 24, JdT 2000 I 343 (trad.), ainsi que AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, n°s 1114 ss ; BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar, Art. 8 BV, n° 99 ; MAHON, Petit Commentaire, Art. 8 Cst., n°s 19 ss.

²² Voir, entre autres, ATF 129 I 265, *X.*, consid. 3.2, p. 269. Pour des exemples et une discussion de ces deux exceptions, voir notamment KIENER/KÄLIN, p. 445, et WALDMANN, Basler Kommentar, Art. 8 BV, n°s 99 s.

²³ BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar, Art. 8 BV, n°s 103 ss ; WALDMANN, Basler Kommentar, Art. 8 BV, n° 98 ; WALDMANN, *Das Diskriminierungsverbot*, p. 263 s.

²⁴ MAHON, Petit Commentaire, Art. 8 Cst., n° 20.

²⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, n° 1118.

²⁶ Selon l'ATF 123 I 152, *G. und Mitbeteiligte*, consid. 5b, p. 165, JdT 1999 I 282 (trad.), par égalité des chances on entend « la possibilité juridique et pratique de tout un chacun de modeler sa position dans la société, sans l'influence d'obstacles spécifiques relatifs au sexe ».

²⁷ L'art. 8 al. 3, deuxième phrase, constitue la base constitutionnelle pour l'adoption de mesures positives visant à l'égalité des sexes. Cf. ATF 125 I 21, précité (note 21), consid. 3a, p. 25, JdT 2000 I 343

la disposition renferme un véritable mandat d'aménagement social, « visant à ré-aménager les rapports sociaux » par l'adoption de « mesures ciblées », « nécessaires afin de lutter contre les rôles stéréotypés, contre les modèles de comportements sociaux institutionnalisés et contre les discriminations qui en résultent, et amorcer une réorientation des mentalités »²⁸. Parmi les domaines d'application considérés comme les plus importants, car particulièrement concernés²⁹, sont mentionnés, à titre d'exemple, la famille, la formation et le travail. Puisqu'elle s'adresse au législateur, auquel « il appartient [...] de choisir parmi les diverses mesures entrant en considération »³⁰, cette deuxième phrase a une nature programmatique et ne confère pas, en elle-même, un droit fondamental justiciable³¹.

La troisième phrase énonce quant à elle « une règle particulière au droit du travail »³², à savoir le droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. Comme la première, elle garantit un droit individuel justiciable, c'est-à-dire susceptible d'être invoqué directement devant les tribunaux. Cette règle se distingue cependant des autres droits constitutionnels en ce qu'elle est directement applicable non seulement dans les rapports avec l'Etat, mais aussi dans les rapports entre particuliers (elle a un effet horizontal direct). Elle « déploie par conséquent ses effets sans qu'une législation d'exécution soit nécessaire »³³ et elle fonde ainsi une obligation directe également à l'égard des employeurs du secteur privé. Les raisons d'être de cette règle atypique sont expliquées dans le message du Conseil fédéral relatif à l'initiative. Selon celui-ci, contrairement aux autres objectifs mentionnés dans la disposition constitutionnelle, qui doivent être réalisés en premier lieu par le législateur, au vu de leur caractère indéterminé, le principe de l'égalité des salaires peut très bien être exprimé sous forme de garantie individuelle, car il correspond à un droit que l'on peut facilement chiffrer et qui se prête donc à être concrétisé et réalisé directement par les autorités administratives et judiciaires³⁴. Par ailleurs, partant du double constat que « l'égalité de rémunération correspond à une exigence généralement reconnue au niveau international » et que ce même principe avait déjà « trouvé largement son expression dans

(trad.) ; 123 I 152, précité (note 26), consid. 3b, p. 158, JdT 1999 I 282 (trad.). Pour plus de détails, voir KIENER/KÁLIN, p. 442-443 ; MÜLLER/SCHEFER, p. 704 ss, avec les références, et SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Art. 8 BV, n^{os} 58 ss.

²⁸ ATF 137 I 305, précité (note 20), consid. 3.1, p. 317, JdT 2012 I 47 (trad.).

²⁹ Message Cst., précité (note 21), FF 1997 I 145. BIGLER-EGGENBERGER/KÁGI-DIENER, St. Galler Kommentar, Art. 8 BV, n^o 110.

³⁰ ATF 137 I 305, précité (note 20), consid. 3.1, JdT 2012 I 58 (trad.).

³¹ WALDMANN, Basler Kommentar, Art. 8 BV, n^o 103.

³² Message Cst., précité (note 21), FF 1997 I 145.

³³ Message du 24 février 1993 concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, FF 1993 I 1236 (ci-après : message LEg).

³⁴ Message sur l'égalité entre hommes et femmes, précité (note 16), FF 1980 I 137.

le droit applicable au personnel de la Confédération et des cantons », alors que « les salaires féminins [restaient] encore nettement inférieurs à ceux des hommes dans le secteur privé »³⁵, le Conseil fédéral a considéré que le moment était venu de « garantir explicitement dans la constitution l'égalité de rémunération entre hommes et femmes »³⁶. En définitive, en inscrivant cette disposition unique en son genre dans la Constitution fédérale, le constituant voulait donc souligner l'importance de la question de l'égalité salariale dans le processus de mise en place d'une égalité de fait et plus particulièrement faciliter la mise en œuvre judiciaire de ce droit³⁷.

C. La genèse de la loi sur l'égalité

1. Une disposition constitutionnelle importante, mais d'une efficacité limitée

a) La réalisation de l'égalité juridique : le programme législatif « Egalité des droits entre hommes et femmes »

Bien que l'article constitutionnel de 1981 ne fixât pas de délai pour la concrétisation du mandat législatif en matière d'égalité des sexes inscrit dans sa deuxième phrase, dans les années qui ont suivi son adoption, de nombreuses modifications législatives ont vu le jour, afin de répondre aux préoccupations de l'initiative « pour l'égalité des droits entre hommes et femmes ».

En parallèle au contre-projet, les Chambres fédérales avaient d'ailleurs également adopté une motion destinée à « garantir que des travaux législatifs soient entrepris sans retard pour éliminer les dispositions comportant encore des discriminations »³⁸. Ainsi, sur la base d'un vaste rapport, publié en février 1986³⁹, qui fournissait notamment une vue d'ensemble des normes du droit fédéral qui traitaient encore inégalement l'homme et la femme, le Conseil fédéral formulait des propositions de révision et précisait le délai dans lequel les adaptations nécessaires pourraient être réalisées. Un véritable programme législatif visant la réalisation de l'égalité en droit entre les sexes a ainsi été mis sur pied.

³⁵ D'après le message sur l'égalité entre hommes et femmes, précité (note 16), FF 1980 I 84, en moyenne, le salaire d'une femme était inférieur d'un quart, voire d'un tiers, à celui d'un homme, à qualification égale et à situation professionnelle égale.

³⁶ Message sur l'égalité entre hommes et femmes, précité (note 16), FF 1980 I 137 ss.

³⁷ K GIG-KAUFMANN, Hintergrund und Entstehung des Gesetzes, n° 5.

³⁸ Rapport du Conseil fédéral du 26 février 1986 sur le programme législatif « Egalité des droits entre hommes et femmes », FF 1986 I 1135 (ci-après : rapport égalité des droits entre hommes et femmes).

³⁹ Rapport égalité des droits entre hommes et femmes, précité (note 38), FF 1986 I 1132 ss.

Dans le cadre de ce programme « Egalité des droits entre hommes et femmes », le législateur fédéral a donc entrepris de s'acquitter de la tâche que lui avait confiée le constituant à l'art. 4 al. 2 de l'ancienne Constitution par des adaptations législatives ponctuelles. Les révisions les plus importantes ont concerné le droit civil (1988 : nouveau droit matrimonial ; 2000 : nouveau droit du divorce ; 2013 : nouveau droit du nom et nouveau droit de cité), le droit de la nationalité (1990) et la loi sur l'assurance vieillesse et survivants (1995)⁴⁰.

La mise en conformité de la législation existante revêtait indiscutablement une importance primordiale en vue de la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes. Compte tenu de l'obligation négative faite à l'Etat de s'abstenir d'opérer des distinctions fondées sur le sexe, les modifications législatives mentionnées représentaient le point de départ nécessaire vers l'application de ce principe. Elles ne sauraient toutefois suffire, dans la mesure où elles permettent uniquement de réaliser une égalité juridique entre les sexes. La seule égalité de droit ne permet cependant pas d'atteindre l'égalité de fait. Il faut le dire, les autorités helvétiques n'ont jamais prétendu ne pas en être conscientes⁴¹.

b) La réalisation de l'égalité de fait : un chantier inachevé

Le mandat que l'ancien art. 4 al. 2, deuxième phrase, et, aujourd'hui, l'art. 8 al. 3 Cst. adresse au législateur comporte – nous l'avons dit – deux volets distincts et complémentaires. Pour que l'égalité soit effectivement réalisée, il faut que ce principe trouve application non seulement sur le plan juridique, mais aussi dans la réalité sociale, c'est-à-dire dans tous les domaines de la vie en société. Réaliser l'égalité de fait suppose d'aller plus loin et implique dès lors une obligation positive pour l'Etat, lequel est appelé à intervenir en adoptant les mesures appropriées.

A cet égard, force était de constater que l'objectif de l'égalité de fait restait, à côté et en dépit du programme législatif de 1986, un défi à relever. L'introduction d'une disposition constitutionnelle spécifique n'avait pas apporté de changements notables au niveau des comportements et des mentalités ; les différences de traitement entre femmes et hommes dans les rapports régis par le droit privé étaient encore une réalité diffuse.

Surtout en ce qui concerne le domaine du travail, et plus précisément la question des salaires, et malgré l'effet horizontal direct attribué à la disposition sur l'égalité de rémunération, les améliorations observées étaient relativement modestes⁴². Non seulement les écarts entre les salaires des femmes et des hommes pour un travail de valeur égale, dans le secteur privé mais aussi dans le secteur public, continuaient à être importants, mais, en

⁴⁰ Pour plus de précisions, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, n° 1120 ; SCHULZ, p. 120 s.

⁴¹ Cf. notamment le rapport égalité des droits entre hommes et femmes, précité (note 38), FF 1986 I 1186.

⁴² MAHON, Petit Commentaire, Art. 8 Cst., n° 21.

plus, le droit individuel introduit par cette disposition constitutionnelle n'était que très peu revendiqué. « Rares ont été les cas où les tribunaux ont été saisis de requêtes fondées sur le principe constitutionnel de l'égalité des salaires »⁴³, si bien que « le droit [...] garanti par l'article 4 al. 2 aCst. était resté à peu près lettre morte »⁴⁴.

Dans la plupart des cas, l'inefficacité de la protection constitutionnelle était liée à l'existence de nombreuses barrières objectives (p. ex. coûts, durée et risques de la procédure) et subjectives (p. ex. crainte d'être exposé publiquement, peur d'affronter une procédure judiciaire) qui dans les faits entravaient l'accès à la justice⁴⁵.

2. Un besoin de protection accru dans tout le domaine du travail

Etant donné le rôle déterminant de l'emploi dans la perspective de l'intégration d'une personne dans la société, il paraissait logique d'admettre que la position de la femme dans la vie professionnelle est de première importance pour la réalisation de l'égalité des sexes en général. Malgré la mention explicite dans la Constitution du domaine du travail parmi ceux considérés comme prioritaires pour la réalisation de l'égalité effective, comme on vient de le voir, « la situation réelle des femmes, sur le marché du travail tout particulièrement, [avait] peu progressé depuis l'introduction du nouvel article constitutionnel »⁴⁶. S'agissant du droit à l'égalité des salaires, les travaux préparatoires indiquent en outre que « le constituant était bien conscient du fait que des dispositions d'application pourraient se révéler nécessaires pour concrétiser ce droit »⁴⁷.

L'ensemble de ces considérations a incité le Conseil national à accepter, le 4 octobre 1985, un postulat⁴⁸ qui, reconnaissant que l'application du principe constitutionnel du salaire égal pour un travail de valeur égale se heurtait manifestement à de graves difficultés (lacunes concernant notamment la détermination de la valeur du travail, la légitimation active des personnes et organisations et la répartition du fardeau de la preuve), 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 versés aux hommes et aux femmes pour un travail de valeur égale ». C'est ainsi qu'un groupe de travail interdisciplinaire et interdépartemental, chargé de formuler des propositions en vue de réaliser le postulat, a

⁴³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, n° 1131.

⁴⁴ CLEg-COSSALI SAUVAIN, *ad* art. 1 n° 1.

⁴⁵ K GIG-KAUFMANN, Hintergrund und Entstehung des Gesetzes, n° 10.

⁴⁶ Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1166 et 1184.

⁴⁷ COSSALI SAUVAIN, La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, p. 58. Voir le message sur l'égalité entre hommes et femmes et le message LEg, précités (note 16), FF 1980 I 148, et (note 33), FF 1993 I 1236.

⁴⁸ Postulat Jaggi Yvette (83.962) du 12 décembre 1983 « Egalité des salaires. Application du principe ». Voir, en particulier, BO 1985 CN 1809 s.

présenté en octobre 1988 un rapport final faisant état d'une série de conclusions générales⁴⁹. Suite au constat de la persistance d'inégalités salariales dans la réalité suisse, ce groupe de travail a tout d'abord relevé le fait que le droit à l'égalité de salaire n'était pas exercé en justice par les femmes qui pourraient s'en prévaloir et estimé que ce constat s'expliquait par « 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 »⁵⁰. D'autre part, il a reconnu « 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 »⁵¹.

3. L'adoption de la loi sur l'égalité

« La loi fédérale sur l'égalité est issue de ces réflexions »⁵². L'avant-projet de loi mis en consultation le 16 janvier 1991 s'appuyait en effet largement sur les conclusions formulées dans le rapport final du groupe de travail « Egalité des salaires »⁵³. « Le législateur aurait [...] pu se contenter de prévoir des mesures en matière d'égalité salariale. Son objectif, plus général, était toutefois de concrétiser le mandat législatif de pourvoir à l'égalité dans le domaine de l'emploi »⁵⁴.

La nécessité de faciliter l'application du principe constitutionnel par une concrétisation au niveau de la loi ayant toujours été reconnue, se posait la question de la forme qu'auraient pu ou dû revêtir les nouvelles dispositions légales. L'avant-projet prévoyait d'ailleurs deux variantes : la première proposait l'adoption d'une loi unique régissant l'ensemble des rapports de travail de droit privé et de droit public, la deuxième se limitait à la révision du Code des obligations, d'une part, et du Statut des fonctionnaires de la Confédération, d'autre part⁵⁵. Les deux variantes avaient quasiment le même contenu, mais leur champ d'application différait⁵⁶. La deuxième variante avait un champ d'application plus limité,

⁴⁹ Conclusions résumées dans le message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1186, et détaillées également par K GIG-KAUFMANN, *Hintergrund und Entstehung des Gesetzes*, n^{os} 16 s. La version intégrale du rapport final du groupe de travail « Egalité des salaires », institué par le Département fédéral de justice et police (DFJP), d'octobre 1988, est disponible sur le site internet du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (www.ebg.admin.ch).

⁵⁰ Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1186.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² COSSALI SAUVAIN, *La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes*, p. 58.

⁵³ K GIG-KAUFMANN, *Hintergrund und Entstehung des Gesetzes*, n^o 16.

⁵⁴ CLEg-COSSALI SAUVAIN, *ad art.* 1 n^o 2.

⁵⁵ Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1188.

⁵⁶ K GIG-KAUFMANN, *Hintergrund und Entstehung des Gesetzes*, n^o 22.

puisqu'elle s'appliquait aux rapports de travail de droit privé et aux rapports de service du personnel fédéral, mais ne couvrait pas le personnel du secteur public cantonal et communal⁵⁷. Le Conseil fédéral a finalement retenu la première variante⁵⁸.

Sur cette base, le Conseil fédéral soumettait au Parlement, le 24 février 1993, son projet de loi accompagné de son message. Les débats parlementaires ont duré presque deux ans, notamment à cause de quelques points très discutés. Lors de la procédure d'élimination des divergences, les deux Chambres ont par exemple dû trouver un compromis sur la question de la réglementation du fardeau de la preuve⁵⁹. Le 24 mars 1995, soit presque treize ans après l'inscription de l'égalité entre les sexes au niveau constitutionnel, la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes a finalement été adoptée par l'Assemblée fédérale à une large majorité ; elle est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1996.

D. Excursus : l'influence du droit international

1. Généralités

Au sens de l'art. 1^{er} LEg, la loi a pour but général de promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes. Elle vise par conséquent avant tout à faire en sorte que l'égalité des sexes soit réalisée dans les relations entre particuliers et devienne ainsi une réalité sociale. Autrement dit, face au constat que l'art. 4 al. 2 de l'ancienne Constitution n'avait, à lui seul, pas permis de rendre véritablement efficace le droit à l'égalité, la loi devait constituer un moyen d'assurer une correspondance réelle entre dispositif normatif et vie en société⁶⁰.

Déjà à l'époque de l'adoption de la disposition constitutionnelle, en comparaison avec les efforts entrepris à l'étranger et au plan international, la Suisse paraissait ne pas avoir fait le nécessaire pour se doter de tous les moyens juridiques permettant d'atteindre le but égalitaire. Le Conseil fédéral lui-même était d'ailleurs arrivé à la conclusion que, en matière d'égalité entre les sexes, « la Suisse n'atteint pas le niveau du standard du droit international, tel qu'il se dégage des nombreux accords, déclarations, recommandations et résolutions des organisations universelles et européennes »⁶¹. Lors des travaux parlementaires qui ont conduit à l'adoption de la loi, le Conseil fédéral n'a dès lors pas manqué de réaffirmer la nécessité d'une prise en compte des textes pertinents relevant du

⁵⁷ Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1207 ; CLEg-COSSALI SAUVAIN, *ad* art. 1 n° 4.

⁵⁸ Pour les raisons à l'origine de ce choix et une appréciation globale du champ d'application de la LEg, voir le ch. III.B.

⁵⁹ K GIG-KAUFMANN, *Hintergrund und Entstehung des Gesetzes*, n° 92 ss.

⁶⁰ BO 1994 CE 815.

⁶¹ Message sur l'égalité entre hommes et femmes, précité (note 16), FF 1980 I 114.

droit international et du droit européen dans la conception de la future législation, en tant qu'objectif propre à permettre d'atteindre le but de promotion de l'égalité effective⁶².

Ainsi, au moment d'élaborer la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, les conventions n^{os} 100 et 111 de l'OIT, la Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, du 18 décembre 1979, ainsi que le droit de l'Union européenne ont été d'importantes références.

2. La compatibilité avec le droit international général

Le respect des engagements internationaux auxquels la Suisse avait souscrit et plus généralement la compatibilité avec les textes internationaux pertinents ont donc été un des soucis manifestes du législateur dans l'œuvre de concrétisation du principe constitutionnel de l'égalité entre femmes et hommes dans le domaine professionnel⁶³.

A l'époque de l'adoption de la LEg, la Suisse était avant tout liée par deux conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT) figurant « au nombre des traités les plus importants en matière d'égalité des droits dans les relations de travail »⁶⁴. La Convention n^o 100, du 29 juin 1951, concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale⁶⁵, ratifiée par la Suisse le 25 octobre 1972 avec effet au 25 octobre 1973, oblige notamment les Etats membres à encourager et à assurer l'application du principe de l'égalité de rémunération, dans la mesure du possible à travers la législation interne (art. 2). La Convention n^o 111, du 25 juin 1958, concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession⁶⁶ a pour sa part été ratifiée par la Suisse le 13 juillet 1961 et est entrée en vigueur le 13 juillet 1962. Son champ d'application est 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 ». En particulier, l'art. 2 de cette « [c]onvention 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 »⁶⁷.

⁶² Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1164 et 1201 ss ; BO 1994 CN 248 s. ; K GIG-KAUFMANN, Hintergrund und Entstehung des Gesetzes, n^o 44, ainsi que *ad art.* 1 n^o 11.

⁶³ Cf. Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1206 s., BO 1994 CN 249, ainsi que WALDMANN, Basler Kommentar, Art. 8 BV, n^o 96.

⁶⁴ Message sur l'égalité entre hommes et femmes, précité (note 16), FF 1980 I 113-114.

⁶⁵ RS 0.822.720.0.

⁶⁶ RS 0.822.721.1.

⁶⁷ Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1206.

L'art. 3 let. b précise en outre l'obligation pour les Etats membres de promulguer des lois propres à assurer l'acceptation et l'application de cette politique.

En même temps, en 1995, au moment de l'adoption de la LEg, la Convention des Nations Unies du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁶⁸ avait déjà été signée par la Suisse, mais n'avait pas encore été ratifiée. Une partie importante des dispositions de cette Convention ayant un caractère de programme, le Conseil fédéral avait en effet voulu attendre que celles-ci soient ancrées dans la législation par les révisions législatives engagées dans le cadre du programme « Egalité des droits entre hommes et femmes »⁶⁹. Après avoir constaté, en 1991⁷⁰, que sur le plan législatif la situation suisse répondait désormais largement aux critères de la Convention, il avait jugé opportun de procéder à sa ratification, ce qui a été fait le 27 mars 1997, après que les Chambres fédérales l'eurent approuvée, le 4 octobre 1996⁷¹. Ainsi, lors de l'élaboration de la LEg, la perspective concrète de la ratification de cette Convention et la volonté de se conformer aux exigences du droit international ont naturellement influencé l'approche du législateur.

En particulier, la Convention exige, à son art. 2 let. b, que les Etats parties arrêtent, en premier lieu par des mesures législatives, une interdiction générale de discrimination à l'égard des femmes. Parmi les autres « mesures appropriées » pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes au sens de la lettre f du même article, il y aurait aussi, selon le Conseil fédéral, « la création d'institutions qui se consacrent à la problématique de l'égalité et ont pour tâche de promouvoir celle-ci dans les rapports entre femmes et hommes »⁷², tel le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes que la loi sur l'égalité venait d'instituer. L'art. 4 al. 1 déclare en outre admissible, à certaines conditions, l'adoption de mesures spéciales (ou positives) visant à accélérer l'instauration d'une égalité effective entre les sexes. Dans le contexte de la LEg, l'art. 11 de la Convention, qui « 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

⁶⁸ RS 0.108. Pour un commentaire récent de la Convention, voir l'ouvrage édité par SCHLÄPPI/ULRICH/WYTENBACH, publié en 2015.

⁶⁹ Voir le Message du 23 août 1995 relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, FF 1995 IV 869, spéc. 880 s. (ci-après : message Convention contre la discrimination à l'égard des femmes). Au sujet du programme législatif « Egalité des droits entre hommes et femmes », voir également le ch. II.C.1.a ci-dessus.

⁷⁰ Cf. la réponse à la motion Stocker (92.3243) du 21 juin 1991 « Ratification de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes », BO 1991 CN 1962.

⁷¹ Sur la base du message du Conseil fédéral du 23 août 1995, précité (note 69).

⁷² Message Convention contre la discrimination à l'égard des femmes, précité (note 69), FF 1995 IV 902.

matière de promotion, de stabilité de l'emploi, de prestations et de conditions de travail, de formation et de perfectionnement professionnels, de même qu'en matière d'égalité de rémunération »⁷³ et oblige par conséquent les Etats à prendre les mesures appropriées afin de garantir ces droits, assume un rôle central. En s'y référant, le Conseil fédéral relève par ailleurs que « certaines formes de violence liées à l'appartenance sexuelle, telles que le harcèlement sexuel sur le lieu de travail, peuvent porter gravement atteinte à l'égalité entre hommes et femmes en matière d'emploi »⁷⁴ et doivent donc être dûment combattues. Le paragraphe 2 lettre a de l'article 11 de la Convention exige quant à lui la mise en place d'une protection contre le licenciement en raison d'une grossesse, d'un congé maternité ou d'un mariage.

Comme nous le verrons encore plus avant dans le détail, on retrouve un nombre considérable de ces éléments, appliqués au domaine spécifique du droit du travail, dans la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes⁷⁵. Le Conseil fédéral était en effet arrivé à la conclusion que non seulement le projet de loi allait dans le sens des conventions internationales ratifiées par la Suisse, mais qu'il permettait également de faire « 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 »⁷⁶.

La loi sur l'égalité s'est donc inspirée du droit international, tout en représentant en même temps, de par son adoption et son existence même, un élément qui a permis à la Suisse d'adhérer à ladite Convention de l'ONU.

3. L'harmonisation avec le droit de l'Union européenne

Initialement, les travaux législatifs relatifs à la LEg avaient cependant aussi été menés dans l'optique de permettre au droit suisse de remplir les exigences liées à la reprise de l'acquis communautaire en matière d'égalité des sexes en cas d'acceptation de l'Accord sur l'espace économique européen (EEE). Après le refus signifié par le peuple suisse, le 6 décembre 1992, d'adhérer à l'EEE, et malgré ce refus, la volonté de rendre l'ordre juridique suisse « eurocompatible » dans le domaine couvert par la future loi sur l'égalité entre femmes et hommes est restée un des objectifs avoués du Conseil fédéral⁷⁷.

⁷³ Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1206-1207.

⁷⁴ Message Convention contre la discrimination à l'égard des femmes, précité (note 69), FF 1995 IV 924.

⁷⁵ Voir en particulier le ch. III.C.

⁷⁶ Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1207.

⁷⁷ Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1164 et 1204. Cf. aussi K GIG-KAUFMANN, *ad art. 1 n° 17 ss.*

Pendant les années de préparation de la loi, la question de l'harmonisation de la législation suisse avec le droit communautaire a été abondamment discutée⁷⁸, jusqu'à s'imposer comme une nécessité. D'une part, du point de vue de la politique économique, il a été considéré comme « primordial d'éviter qu'un décalage ne s'installe durablement avec l'Europe »⁷⁹. D'autant plus que « [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 »⁸⁰. D'autre part, aux yeux de la Suisse les instruments législatifs mis en place par l'Union européenne depuis la moitié des années 1970 déjà représentaient des moyens efficaces permettant une application effective du principe de l'égalité entre femmes et hommes et donc méritant d'être repris.

Dans son message, le Conseil fédéral se réfère au reste abondamment au droit communautaire et en faisait la mesure de la compatibilité de son projet de loi. Il citait en particulier deux directives communautaires⁸¹, adoptées « [a]fin d'assurer l'application concrète du principe de l'égalité de rémunération » consacré par l'ancien art. 119 du Traité de Rome (actuel art. 141 TFUE). Il s'agit de la directive 75/117/CEE⁸² et de la directive 76/207/CEE⁸³. Visant toutes les deux à garantir l'égalité entre les femmes et les hommes sur le lieu de travail, elles obligeaient notamment « 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 [...], de même qu'une protection contre les licenciements de rétorsion »⁸⁴. Le Conseil fédéral s'en inspirait notamment pour façonner l'interdiction de toute discrimination directe et indirecte fondée sur le sexe dans le domaine de l'emploi, ancrée à l'art. 3 LEG, ainsi que la protection contre les congés de repréailles, consacrée à l'art. 10 LEG. En ce qui concerne le droit d'action des travailleurs et les sanctions correspondantes (art. 5 LEG) et la réglementation du fardeau de la preuve (art. 6 LEG), en revanche, il s'appuyait essentiellement sur la jurisprudence établie de la Cour de justice

⁷⁸ Pour les débats parlementaires, voir en particulier BO 1994 CN 247 ss et BO 1994 CE 808 ss.

⁷⁹ BO 1994 CE 814 (*Martin*).

⁸⁰ Message LEG, précité (note 33), FF 1993 I 1164.

⁸¹ Depuis 2006, ces deux directives sont reprises dans la directive 2006/54/CE 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 (refonte), JO L 204 du 26.07.2006.

⁸² Directive du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, JO L 45 du 19.2.1975.

⁸³ Directive du Conseil du 9 février 1976 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, JO L 39 du 14.2.1976.

⁸⁴ Message LEG, précité (note 33), FF 1993 I 1203.

des Communautés européennes⁸⁵. De plus, il concluait d'une manière générale que la future loi fédérale remplissait l'exigence de conformité au droit communautaire « 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 »⁸⁶.

Ainsi, il va sans dire que « [l]'influence européenne sous-tend le projet de loi et le message du Conseil fédéral »⁸⁷ et que les emprunts concrets à la législation et à la pratique européennes marquent d'une empreinte profonde le texte de la loi sur l'égalité, tel qu'il a été adopté par le Parlement en 1995.

Il y a cependant lieu de rappeler que les dispositions du droit européen n'ont pas valeur de droit positif pour la Suisse et, dans ce sens, le législateur de la LEg n'a pas entrepris un travail de mise en œuvre ou de transposition à proprement parler⁸⁸. Jugeant opportun et nécessaire de porter un regard attentif et clairvoyant sur la situation au-delà de nos frontières, dans la mesure où elle pouvait servir pour l'appréciation de sa propre situation de fait et de droit, il a finalement opté pour une harmonisation matérielle avec le droit communautaire, parce qu'il considérait que cela pouvait servir ses besoins. Voilà pourquoi la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes se limite à s'inscrire dans la tendance internationale et européenne⁸⁹. A travers elle, il s'agissait en particulier « pour la Suisse de combler son retard par rapport aux pays qui l'entourent, mais aussi [...] d'être en adéquation avec les notions élémentaires de justice et de dignité humaine reconnues au-delà de nos frontières »⁹⁰.

III. Le contenu de la LEg : quelques innovations et audaces

A. Remarques liminaires

Avec la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes, l'ordre juridique suisse s'enrichissait d'un élément nouveau et unique en son genre, dont les effets

⁸⁵ KLETT, p. 136-137.

⁸⁶ Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1205.

⁸⁷ COSSALI SAUVAIN, La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, p. 58.

⁸⁸ KLETT, p. 135.

⁸⁹ BO 1994 CN 249 (*Koller*).

⁹⁰ CLÉg-COSSALI SAUVAIN, *ad art.* 1 n° 3.

vont se faire ressentir même au-delà du domaine des relations de travail et des discriminations entre femmes et hommes.

Nous l'avons vu, l'objectif du Conseil fédéral était celui de créer les bases légales nécessaires pour permettre aux victimes de discrimination de faire valoir leurs droits en justice et donc de faire en sorte que le principe constitutionnel sur l'égalité puisse trouver une correspondance effective dans la réalité sociale, c'est-à-dire avant tout dans les relations entre particuliers et plus particulièrement celles relevant de l'activité professionnelle.

Conçue dans cette perspective, à la fois précise et ambitieuse, la loi fédérale sur l'égalité contenait donc, pour l'époque – et cela vaut toujours aujourd'hui – « quelques sensibles innovations, aussi bien sous l'angle de la procédure que du droit matériel »⁹¹, dont l'importance mérite d'être soulignée. Nous chercherons dans cette deuxième partie à mettre en exergue les principales caractéristiques et les apports de la LEG, notamment à travers une brève analyse de certaines des mesures mises en place par le législateur.

B. Un champ d'application très large

Avant d'entrer dans le détail des dispositions de fond de la loi sur l'égalité, une première considération d'ordre général s'impose. L'art. 2 LEG, qui définit son champ d'application, indique que la loi s'applique « aux rapports de travail régis par le code des obligations et par le droit public fédéral, cantonal ou communal ». Cela signifie que dans le domaine du travail elle transcende en quelque sorte les compétences et offre une protection tous azimuts : elle s'étend à toutes les situations liées à la vie professionnelle (art. 3 al. 2) et couvre l'ensemble des relations de travail, que celles-ci relèvent du droit privé ou du droit public et même, dans celui-ci, du droit fédéral, cantonal ou communal.

A noter néanmoins que la LEG ne s'applique qu'aux rapports de travail salariés, les personnes exerçant une activité indépendante ne bénéficient donc pas d'une protection spéciale contre les éventuels comportements discriminatoires de leurs clients ou collègues⁹².

On se rappelle que la loi correspond à la première des deux variantes proposées dans l'avant-projet⁹³, à savoir celle d'une loi unique, couvrant l'ensemble des domaines, plutôt que celle de plusieurs révisions simultanées des lois existantes (Code des obligations et Statut des fonctionnaires fédéraux). Dans la procédure de consultation, la première

⁹¹ MAHON, Evolution récente du droit du travail, n° 19.

⁹² K GIG-FREIVOGEL, *ad* art. 2 n° 22 ; PÄRLI/STUDER, n° 335.

⁹³ Voir le ch. II.C.3 ci-dessus.

variante avait convaincu la plupart des organismes consultés⁹⁴, « notamment en raison de son champ d'application plus large »⁹⁵ qui répondait également aux exigences de conformité au droit communautaire⁹⁶. D'après le Conseil fédéral, la solution de la loi spéciale unique présentait « l'avantage d'une meilleure lisibilité, d'une systématique plus claire et d'un meilleur effet de sensibilisation et de dynamique » et assurait « une interprétation plus unifiée et plus globale des dispositions »⁹⁷. Pour finir, « [i]l ne faut pas non plus négliger la dimension symbolique et politique particulière attachée à l'adoption d'une nouvelle loi »⁹⁸.

Il n'en demeure pas moins que cette « vocation transdisciplinaire (elle mêle, on l'a dit, le droit privé et le droit public) et – si l'on peut oser l'expression – transfédérale (elle mêle en outre le droit [public] fédéral et le droit cantonal) »⁹⁹ de la LEG, en particulier, tranchait avec la pratique législative de l'époque et représentait même une innovation assez audacieuse, dans la mesure où la loi englobait aussi les rapports de travail des fonctionnaires cantonaux et communaux, pour lesquels la question de la compétence législative de la Confédération pouvait légitimement se poser. Jusque-là, en effet, à chaque domaine ou branche du droit (droit privé et droit public respectivement droit fédéral et droit cantonal) correspondait généralement un texte différent. Les rapports de travail de droit privé étaient régis par le Code des obligations et les rapports de service du personnel fédéral par la loi fédérale sur les fonctionnaires, par exemple. De plus, il était généralement admis – et il l'est d'ailleurs toujours – que les dispositions de la Constitution fédérale garantissant des droits fondamentaux ne comportaient ou ne comportent pas une attribution de compétence en faveur de la Confédération, de sorte que le mandat de légiférer de l'article 4 al. 2 de l'ancienne Constitution – comme celui de l'article 8 al. 3 de la nouvelle – s'adressait aussi bien aux législateurs cantonaux et communaux qu'au législateur fédéral¹⁰⁰. En d'autres termes, la volonté des autorités fédérales de concrétiser cette garantie constitutionnelle ne pouvait et ne saurait se fonder sur cette seule disposition, mais devait ou doit pouvoir trouver un fondement dans une (autre) disposition attributrice de compétence en faveur de la Confédération¹⁰¹.

⁹⁴ Les résultats de la procédure de consultation sont détaillés par K GIG-KAUFMANN, *Hintergrund und Entstehung des Gesetzes*, n° 23 s.

⁹⁵ Message LEG, précité (note 33), FF 1993 I 1207.

⁹⁶ Sur la question de l'influence du droit européen et international, voir le ch. II.D.

⁹⁷ Message LEG, précité (note 33), FF 1993 I 1207.

⁹⁸ CLEGG-COSSALI SAUVAIN, *ad art. 1* n° 4.

⁹⁹ MAHON, *Evolution récente du droit du travail*, n° 19.

¹⁰⁰ Cf. notamment Message LEG, précité (note 33), FF 1993 I 1235.

¹⁰¹ Message LEG, précité (note 33), FF 1993 I 1236.

A ce propos, par exemple, la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)¹⁰², à peine plus ancienne que la loi sur l'égalité, adoptait certes une approche analogue à celle-ci, mais faisait preuve de beaucoup moins d'audace. Plus concrètement, cette loi peut, d'une part, être définie comme une législation de la même génération que la LEg, puisqu'elle fonde une réglementation commune au secteur public et au secteur privé. D'après le Conseil fédéral, la solution de la loi unique s'imposait car « le but du législateur, à savoir la protection de la personnalité contre les atteintes imputables au traitement de données personnelles, [était] identique ». « De surcroît, [...] les principes fondamentaux du droit de la protection des données s'appliquent aussi bien au secteur public qu'au secteur privé. Ce n'est qu'en réglant dans une même loi les problèmes inhérents à ces deux secteurs que l'on pourra garantir au mieux le développement harmonieux et coordonné de la protection des données en droit public et en droit privé »¹⁰³. D'autre part, cependant, la LPD n'allait et ne va (toujours) pas aussi loin que la LEg, puisqu'elle « ne régit pas les traitements de données effectués par des organes cantonaux »¹⁰⁴. Alors que « [l]e projet mis en consultation en 1983 prévoyait que la loi fédérale sur la protection des données était, exceptionnellement, applicable aux cantons dépourvus de législation suffisante sur la protection des données, lorsqu'ils exécutaient des lois fédérales », dans le but premier d'« harmoniser le droit suisse de la protection des données », le Conseil fédéral a finalement écarté cette possibilité essentiellement pour des raisons de praticabilité et de difficulté d'application¹⁰⁵.

Quelques années plus tard, lors des travaux préparatoires relatifs à la loi sur l'égalité, lorsque la question de la compétence de la Confédération pour légiférer en matière de rapports de travail régis par le droit public cantonal et communal s'est posée, la discussion a trouvé une issue favorable. Estimant que « [l]'article 34ter, 1er alinéa, lettre a, de la constitution [correspondant à l'actuel art. 110 al. 1 let. a] donne à la Confédération la compétence d'adopter des dispositions en matière de protection des travailleurs » et que cette compétence « n'est pas limitée à certains secteurs d'activité », le Conseil fédéral a en effet conclu que « 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 »¹⁰⁶.

Il s'ensuit que la LEg représentait et représente encore, sur ce point, une véritable nouveauté. Ce caractère novateur ne s'arrêtait d'ailleurs pas au seul champ d'application

¹⁰² RS 235.1.

¹⁰³ Message du 23 mars 1988 concernant la loi fédérale sur la protection des données, FF 1988 II 439 (ci-après : message LPD).

¹⁰⁴ Message LPD, précité (note 103), FF 1988 II 489.

¹⁰⁵ Message LPD, précité (note 103), FF 1988 II 440 s.

¹⁰⁶ Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1238.

de la loi, mais s'étendait aussi à son contenu matériel et aux mesures et instruments qu'elle introduisait et mettait en place.

C. Les principales innovations

La loi fédérale sur l'égalité propose en effet, dans un texte concentré, de 18 articles, toute une série d'instruments juridiques, de nature aussi bien matérielle que procédurale, destinés d'une part à renforcer la protection des potentielles victimes de discriminations fondées sur le sexe et, d'autre part, à favoriser la revendication des droits qui leur sont reconnus et donc à rendre cette même protection efficace, pour, finalement, réaliser le but général de la loi et garantir aux femmes et aux hommes des chances égales dans tous les aspects de leur vie professionnelle.

Avant l'entrée en vigueur de la loi, bien que souvent discutés, les moyens juridiques nécessaires à abattre les nombreuses barrières objectives (p. ex. coûts, durée et risques de la procédure) et subjectives (p. ex. crainte d'être exposé publiquement, peur d'affronter une procédure judiciaire) exerçant de fait un effet dissuasif quant à l'accès à la justice en cas de discrimination n'étaient inscrits dans aucun texte de loi. La loi sur l'égalité innove donc également en explicitant ces diverses mesures jusque-là encore inconnues du droit antidiscriminatoire suisse. On donnera ici un bref aperçu des principales d'entre elles¹⁰⁷.

Pour commencer, il sied de relever que les procédures engagées en vertu de la LEg sont en principe gratuites (art. 114 let. a CPC et 13 al. 5 LEg).

Parmi les dispositions qui fondent le changement de paradigme caractéristique de la LEg, figure avant tout l'article 3. Disposition centrale de la loi sur l'égalité¹⁰⁸, cet article fixe, en son alinéa 1, une interdiction générale de discriminer à raison du sexe dans l'ensemble des rapports de travail. Il s'agit du premier et unique texte suisse explicitant que cette interdiction s'applique à la discrimination directe comme à la discrimination indirecte. L'alinéa 2 énumère les situations sur lesquelles porte l'interdiction de discriminer de l'alinéa 1, à savoir « toute la relation d'emploi, de l'embauche à la résiliation des rapports de travail »¹⁰⁹. Enfin, l'alinéa 3 réserve aux employeurs la possibilité de prendre des mesures positives. En effet, « [l]a nécessité de promouvoir l'égalité effective peut justifier l'adoption de mesures destinées à avantager [surtout] les femmes dans les professions et

¹⁰⁷ Pour une étude plus détaillée de ces mesures, voir STEFFANINI, spéc. p. 101 ss, dont s'inspirent du reste largement les paragraphes qui suivent.

¹⁰⁸ MÜLLER/SCHEFER, p. 747.

¹⁰⁹ CLEg-LEMPEN, *ad* art. 3 n° 13.

[les] postes de travail où elles sont encore fortement sous-représentées »¹¹⁰. Ces mesures positives ne constituent pas une discrimination à condition d'être « appropriées »¹¹¹.

Autre innovation, l'article 4 LEg introduit, pour la première fois dans le droit des relations de travail¹¹², une disposition explicite traitant du harcèlement sexuel, considéré comme une forme spécifique de discrimination¹¹³. La disposition définit la discrimination et, en particulier, le harcèlement comme suit : « 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, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle ». La victime d'un tel comportement peut se prévaloir des moyens accordés par l'article 5 LEg en cas de discrimination, à savoir les actions en interdiction, en cessation et en constatation, ainsi qu'une action tendant au versement, par l'employeur, d'une indemnité, « à moins que l'employeur ne prouve qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut équitablement exiger de lui pour prévenir ces actes ou y mettre fin » ; l'indemnité, qui peut aller jusqu'à six mois de salaire au maximum, est « fixée compte tenu de toutes les circonstances et calculée sur la base du salaire moyen suisse » (art. 5 al. 1, 3 et 4 *in fine* LEg).

L'article 6 LEg implique pour sa part une troisième innovation en prévoyant l'allègement du fardeau de la preuve et prend ainsi en compte la difficulté de produire des preuves, propre aux situations de discrimination. Selon la règle de base en matière de répartition du fardeau de la preuve, inscrite à l'article 8 du Code civil, il appartient à celui qui invoque un droit d'apporter la preuve des faits qu'il allègue. Or, en matière de discrimination, la preuve porte sur des faits qui relèvent de la sphère d'influence de l'employeur, voire de son for intérieur, et qui ne sont donc connus que de lui, de sorte qu'il sera le plus souvent très difficile, sinon impossible, pour une victime de discrimination de la rapporter¹¹⁴. Aussi la règle spéciale prévue par la LEg allège-t-elle et renverse-t-elle le fardeau de la preuve :

¹¹⁰ Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1212.

¹¹¹ *Ibidem*. Sur le concept de discrimination positive, l'admissibilité de telles mesures et les conditions auxquelles elles sont soumises, voir SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Art. 8 BV, n^{os} 58 ss, KIENER/KÄLIN, p. 442-443, MÜLLER/SCHEFER, p. 704 ss, avec les références, ainsi que KÄGI-DIENER, CEDAW Kommentar, *ad* art. 4, p. 315 ss.

¹¹² Après qu'une révision du Code pénal du 21 juin 1991 eut déjà réprimé, dans le cadre des 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 (art. 198, resp. 189 du Code pénal) ; cf. Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1219.

¹¹³ Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1219-1220.

¹¹⁴ Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1215 ; CLEg-WYLER, *ad* art. 6 n^o 2.

le travailleur n'a qu'à rendre vraisemblable l'existence d'une discrimination liée au sexe, il appartiendra ensuite à l'employeur de rapporter la preuve complète que la différence de traitement repose sur des facteurs objectifs (formation, qualification, expérience) et non sur une caractéristique personnelle ; dans le cas contraire, c'est lui qui supportera les conséquences de l'absence de preuve et donc le risque de perdre le procès. Selon la jurisprudence, pour qu'une discrimination soit considérée comme vraisemblable « [l]e juge n'a pas à être convaincu du bien-fondé des arguments du travailleur ; il doit simplement disposer d'indices objectifs suffisants »¹¹⁵. Le régime favorable de l'article 6 LEg ne s'applique toutefois pas à tous les cas de discrimination : il ne s'applique notamment pas en cas de refus d'embauche pour des motifs liés au sexe ni en cas de harcèlement sexuel¹¹⁶. Cette restriction, qui ne figurait pas dans le projet du Conseil fédéral, a été introduite par les Chambres et la solution retenue l'a été à la suite de la procédure d'élimination des divergences ; elle représente, selon Claudia Kaufmann, qui la juge regrettable, le tribut politique qu'il a fallu payer pour éviter que le champ d'application de l'art. 6 LEg ne soit réduit encore davantage¹¹⁷.

Parallèlement à l'action individuelle (art. 5 LEg), l'article 7 LEg reconnaît à certaines organisations de promotion de l'égalité ou de défense des intérêts des travailleuses et des travailleurs, et à certaines conditions, le droit d'agir par voie judiciaire en leur nom propre. Pour Monique Cossali Sauvain, cette disposition apporte un correctif aux inconvénients de l'approche fondée sur l'autonomie privée qui caractérise la LEg¹¹⁸. Selon cette conception « privatiste » ou « individualiste », la lutte contre les discriminations liées au sexe est en premier lieu l'affaire des individus concernés¹¹⁹, ce qui « ne permet pas de garantir une application systématique de la loi, ni une protection à large spectre contre les discriminations »¹²⁰. Autre solution novatrice, le droit d'action des organisations de promotion de l'égalité ou de défense des intérêts des travailleuses et des travailleurs évite que la potentielle victime de discrimination doive s'exposer personnellement, sans parler du fait que parfois une personne n'est tout simplement pas en mesure d'affronter un procès.

¹¹⁵ ATF 130 III 145, X. SA, consid. 4.2, p. 162. Pour une analyse plus approfondie de l'appréciation de la vraisemblance, voir K GIG-STEIGER-SACKMANN, *ad art.* 6 n^{os} 124 ss et CLEg-WYLER, *ad art.* 6 n^{os} 8 ss.

¹¹⁶ K GIG-STEIGER-SACKMANN, *ad art.* 6 n^o 13.

¹¹⁷ K GIG-KAUFMANN, *Hintergrund und Entstehung des Gesetzes*, n^o 98. Cf. aussi K GIG-STEIGER-SACKMANN, *ad art.* 6 n^{os} 9 ss.

¹¹⁸ CLEg-COSSALI SAUVAIN, *ad art.* 1 n^o 5.

¹¹⁹ C'est dans cette optique que lors des travaux parlementaires ont finalement renoncé à étendre la qualité pour agir aux autorités, p. ex. le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes. Cf. K GIG-FREIVOGEL, *ad art.* 7 n^{os} 2 et 13.

¹²⁰ CLEg-COSSALI SAUVAIN, *ad art.* 1 n^o 5. Voir aussi K GIG-FREIVOGEL, *ad art.* 7 n^o 12, et K GIG-KAUFMANN, *ad art.* 1 n^o 15.

Ce droit d'action permet en outre de défendre l'intérêt collectif de toute une catégorie de personnes¹²¹. Notons néanmoins que, contrairement à l'action individuelle par laquelle on peut requérir également l'interdiction ou la cessation de l'atteinte, voire le versement d'une indemnité, l'action des organisations se limite à la constatation de la discrimination. Selon le Conseil fédéral, « [c]ette 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 »¹²².

L'article 10 LEg offre enfin une protection particulière contre les congés dits de rétorsion, prononcés au titre de représailles suite à l'ouverture d'une procédure pour discrimination à raison du sexe. Cette disposition garantit la possibilité d'exercer valablement ses droits aussi pendant les rapports de travail, sans craindre de perdre son emploi. Elle permet en effet de demander l'annulation judiciaire d'un congé de ce type, avec effet rétroactif au jour du licenciement¹²³. Elle permet autrement dit la réintégration de la personne victime d'une résiliation illicite à son poste de travail. L'article 10 LEg vient donc, en fin de compte, renforcer la protection de l'art. 336 CO¹²⁴, qui certes déclare abusif un congé donné précisément en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel (al. 1 let. b), mais ne prévoit que le droit à une indemnité (art. 336a CO), le congé restant de fait valable¹²⁵. Or, comme l'indiquait le Conseil fédéral dans son message, si le congé ne peut pas être invalidé, il n'est pas possible de garantir l'égalité de salaire et de traitement au cours des rapports de travail¹²⁶. En ce sens, l'article 10 LEg représentait et représente toujours une innovation considérable dans le droit privé suisse du travail. En consacrant l'institution de la réintégration, cette disposition mettait fin ou, du moins, instituait pour la première fois une exception, dans le domaine spécifique du congé-représailles en matière d'égalité entre les sexes, au sacro-saint principe de la liberté de résilier, considéré comme une caractéristique essentielle du droit privé suisse du travail. Aujourd'hui encore, la portée pratique de cette solution de la réintégration reste discutée et cristallise le conflit entre organisations de travailleurs et organisations d'employeurs. Alors que les premiers revendiquent son élargissement à d'autres cas, au titre de l'amélioration de la protection contre le licenciement en général, les seconds en contestent et en refusent, de manière catégorique, toute extension. Comme le relève souvent la doctrine, « l'expérience démontre que l'art. 10 LEg n'est guère appliqué en pratique et que l'annulabilité du congé n'a pas suffi à inciter les victimes de discriminations à les dénoncer en cours d'emploi, la

¹²¹ Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1216. Voir aussi K GIG-FREIVOGEL, *ad art. 7 n° 12*.

¹²² Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1218.

¹²³ CLEg-AUBERT, *ad art. 10 n° 38* ; PÄRLI/STUDER, n° 391.

¹²⁴ DUNAND et al., n° 375 ss, spéc. n° 378.

¹²⁵ Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1222. Voir également CLEg-AUBERT, *ad art. 10 n° 3*.

¹²⁶ Message LEg, précité (note 33), FF 1993 I 1222.

crainte d'un congé-représailles demeurant prépondérante »¹²⁷. Les milieux patronaux se fondent d'ailleurs sur les statistiques montrant que l'article 10 LEg a somme toute peu été invoqué pour en déduire que cette disposition est inutile et inefficace. On peut cependant également se demander si, au contraire, le fait qu'elle soit peu utilisée et invoquée – ou qu'elle doive peu l'être – n'est pas justement le signe que sa seule existence pourrait avoir un effet dissuasif ; donc que la disposition pourrait avoir une certaine efficacité¹²⁸.

Quoi qu'il en soit, force est de constater que la LEg était porteuse, au moment de son entrée en vigueur, de plusieurs solutions ou institutions novatrices pour l'ordre juridique suisse.

D. Une loi devenue une référence en la matière

La loi sur l'égalité a joué un rôle précurseur également au regard de la législation antidiscriminatoire en général, à savoir les règles du droit ordinaire concrétisant la protection constitutionnelle notamment contre les atteintes émanant de particuliers. En effet, avant elle, d'une part, il n'y avait pas de véritable législation assurant la mise en œuvre de la protection constitutionnelle contre la discrimination. D'autre part, dans les rares cas où le législateur avait fait œuvre de concrétisation, il s'agissait uniquement de dispositions spéciales isolées, à l'exemple de l'art. 261bis du Code pénal, qui interdit expressément la discrimination raciale dans les rapports entre privés, depuis le 1^{er} janvier 1995, date de son entrée en vigueur. Or, comme nous venons de le voir, et ce n'est pas là l'un de ses moindres mérites, le choix d'une loi spéciale unique offre la possibilité de mettre en place les instruments procéduraux qui facilitent l'application et la concrétisation des droits reconnus¹²⁹. Par rapport à la variante des modifications isolées, intégrées dans les textes existants, elle présente en outre une série d'avantages d'ordre technico-juridique et, finalement, un fort caractère symbolique¹³⁰.

D'un point de vue pratique, comme le reconnaît la doctrine, la loi sur l'égalité « a insufflé une nouvelle dynamique au contentieux dans ce domaine »¹³¹. Elle a en effet su prouver son utilité : le nombre de cas portés devant les tribunaux a « considérablement » augmenté depuis son entrée en vigueur, sans pour autant « engendr[er] l'avalanche de procédures que craignaient les députés lors de la délibération du projet de loi au Parlement ». C'est ce qui ressort notamment du rapport relatif à l'évaluation de l'efficacité de la LEg conduite

¹²⁷ DUNAND et al., n° 386.

¹²⁸ La question mériterait au moins de faire l'objet d'une étude approfondie, plutôt que de donner lieu à des réponses empreintes d'*a priori*.

¹²⁹ Dans ce sens, cf. MARTENET, p. 453.

¹³⁰ A ce propos, voir les considérations du Conseil fédéral, déjà mentionnées au ch. III.B.

¹³¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, n° 1132.

sur initiative du Conseil fédéral entre 2004 et 2005¹³². D'une manière générale, dix ans après son adoption, une légère progression de l'égalité des chances entre femmes et hommes dans le monde du travail avait effectivement été constatée et les milieux concernés considéraient que la loi était « utile, adéquate et applicable »¹³³.

La loi sur l'égalité peut donc se prévaloir d'un caractère novateur, dynamique et stimulant. Ainsi, elle a par exemple servi de modèle à la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (loi sur l'égalité pour les handicapés, LHand)¹³⁴, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004 afin de mettre en œuvre le mandat conféré au législateur par l'art. 8 al. 4 Cst. Non seulement l'adoption de cette loi se base sur les mêmes considérations que celle de la LEg, à savoir essentiellement les difficultés liées à l'application des prétentions juridiques fondées directement sur la Constitution et la conséquente nécessité d'une concrétisation légale propre à favoriser l'égalité effective¹³⁵, mais encore la loi sur l'égalité pour les handicapés en elle-même s'inspire du contenu de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes¹³⁶.

De surcroît, comme on le sait, le débat porte aujourd'hui sur la question de la protection contre les discriminations *en général*, ou plus précisément les discriminations de toutes sortes, et les voix qui se lèvent pour alléguer l'inefficacité et l'insuffisance de la protection offerte par le droit suisse contre ces discriminations et réclamer des réformes législatives se font de plus en plus insistantes. Or, dans ce débat, l'exigence de reprendre les importants acquis de la LEg revient régulièrement dans la réflexion sur les différentes solutions envisageables. Dans l'hypothèse où l'on déciderait de compléter la législation ordinaire par une série de lois spéciales portant sur un domaine spécifique, voire par une loi-cadre sur la protection contre toutes les formes de discrimination, le souhait est clairement que

¹³² Rapport du Conseil fédéral du 15 février 2006 relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité en exécution de la motion Vreni Hubmann 02.3142, transmise par le Conseil national sous forme de postulat le 21 juin 2002, FF 2006 3061 ss, spéc. 3089 (ci-après : rapport sur l'évaluation de l'efficacité de la LEg).

¹³³ Rapport sur l'évaluation de l'efficacité de la LEg, précité (note 132), FF 2006 3088.

¹³⁴ RS 151.3.

¹³⁵ Message du 11 décembre 2000 relatif à l'initiative populaire fédérale « Droits égaux pour les personnes handicapées » et au projet de loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées, FF 2001 1605 ss, spéc. 1654 (ci-après : message LHand).

¹³⁶ Pour des exemples concrets, cf. message LHand, précité (note 135), FF 2001 1671, ainsi que CLEg-COSSALI SAUVAIN, *ad* art. 1 n° 13. Il faut toutefois souligner une différence notable : le fait que la LHand ne s'applique pas aux employeuses et employeurs du secteur privé.

l'on s'inspire de l'outil prometteur¹³⁷ qu'incarne la loi sur l'égalité et des instruments spécifiques qu'il met en place¹³⁸.

IV. Retour vers le futur : révision de la loi sur l'égalité et améliorations envisageables

Si l'évaluation de la LEg a montré que la loi a, au moins en partie, atteint son but, à savoir celui de faciliter la revendication des droits constitutionnels, elle a aussi mis en évidence quelques lacunes, montrant que la loi sur l'égalité reste un dispositif perfectible.

Tout d'abord, il faut rappeler que, comme son titre « neutre » ou très général ne l'indique pas, la loi sur l'égalité entre femmes et hommes concerne exclusivement les relations de travail. Elle ne touche pas les autres secteurs de la vie sociale et, de ce fait, elle ne réalise que partiellement le mandat législatif de l'art. 8 al. 3, deuxième phrase¹³⁹.

De plus, même dans le domaine particulier des relations de travail, la protection n'est pas sans faille¹⁴⁰. Comme nous l'avons vu, certaines situations sont exclues de son champ d'application. La LEg ne s'applique par exemple pas aux personnes qui exercent une activité lucrative indépendante. En outre, certaines des mesures qu'elle propose ne s'appliquent que de manière limitée. Ainsi, l'allègement du fardeau de la preuve ne s'applique pas à l'embauche, ni au harcèlement sexuel. A travers l'instrument de l'action collective, les organisations peuvent requérir uniquement un jugement en constatation de l'atteinte, qui « n'a d'effets que pour l'organisation et l'employeur concerné, [mais] pas pour le salarié »¹⁴¹. L'action individuelle permet en revanche de demander également l'interdiction ou la cessation de l'atteinte, voire le versement d'une indemnité. Enfin, les autorités publiques ne disposent pas d'un droit d'action correspondant, ni d'une quelconque compétence d'investigation et d'intervention, ce qui a pour résultat de continuer à placer la charge de l'application de l'égalité sur les seules épaules de la victime de discrimination¹⁴².

¹³⁷ Cf. le texte de l'initiative parlementaire Rechsteiner (07.422) du 23 mars 2007 « Loi sur l'égalité de traitement ».

¹³⁸ CAPLAZI/NAGUIB, n^{os} 86 ss ; WALDMANN, *Das Diskriminierungsverbot*, p. 422.

¹³⁹ CLEg-COSSALI SAUVAIN, *ad art.* 1 n^o 14 ; K GIG-FREIVOGEL, *ad art.* 2 n^o 11.

¹⁴⁰ BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, *St. Galler Kommentar*, Art. 8 BV, n^o 117 ; MÜLLER/SCHEFER, p. 747.

¹⁴¹ Rapport sur l'évaluation de l'efficacité de la LEg, précité (note 132), FF 2006 3091.

¹⁴² Cf. rapport sur l'évaluation de l'efficacité de la LEg, précité (note 132), FF 2006 3081 s. et 3091 s., ainsi que K GIG-FREIVOGEL, *ad art.* 2 n^{os} 2 et 13.

Plus généralement, « [m]algré les progrès que la loi sur l'égalité a permis de réaliser, un certain nombre de problèmes subsistent »¹⁴³. D'un côté, les obstacles procéduraux restent de taille, surtout à cause des craintes liées à l'introduction d'une action en discrimination¹⁴⁴. De l'autre, et surtout, les statistiques montrent que, malgré l'ancrage constitutionnel du principe de l'égalité salariale pour un travail de valeur égale et l'existence de la loi sur l'égalité, les différences de rémunération entre femmes et hommes persistent, même si l'écart salarial diminue petit à petit. D'après l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique, en 2012 la différence de salaire dans l'économie privée était de 18,9% (2008 : 19,4%) et de 13,6% dans le secteur public¹⁴⁵. Cette différence ne se laisse qu'en partie expliquer par des facteurs objectifs, « comme, d'une part, l'âge, la formation et les années de services (critères liés à la personne), d'autre part, par le poste et l'activité au sein de l'entreprise (critères liés au poste) »¹⁴⁶. Or, la part qui repose sur des facteurs inexpliqués, qui est donc « considérée comme de la discrimination salariale à raison du sexe », s'élevait à 40,9% de la différence salariale dans le secteur privé¹⁴⁷ et à 38,8% dans l'ensemble du secteur public (Confédération, cantons et communes)¹⁴⁸.

Dans ce contexte, le Conseil fédéral a décidé, le 22 octobre 2014, que des mesures supplémentaires devaient être prises pour assurer une mise en œuvre plus efficace du principe de l'égalité salariale entre hommes et femmes dans les entreprises. Le 18 novembre 2015, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a ainsi mis en consultation un projet de révision de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, accompagné de son rapport explicatif¹⁴⁹. La réglementation proposée prévoit d'introduire une obligation, pour les employeurs occupant au moins 50 travailleurs, d'effectuer tous les quatre ans une analyse des salaires de l'entreprise et de la faire contrôler par un organe externe, lequel devra produire un rapport à l'intention des organes dirigeants de l'entreprise. Après avoir reçu le rapport, les employeurs auront un an pour informer les travailleurs du résultat du contrôle, « [l]es informations fournies [devant] aider les

¹⁴³ Rapport sur l'évaluation de l'efficacité de la LEg, précité (note 132), FF 2006 3089.

¹⁴⁴ Voir entre autres BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar, Art. 8 BV, n° 130.

¹⁴⁵ L'enquête suisse sur la structure des salaires 2012 – Résultats commentés, Office fédéral de la statistique (édit.), Neuchâtel 2015, p. 16 ss (<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/22/publ.html?publicationID=6541>).

¹⁴⁶ Rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité, LEg), p. 4 (ci-après : rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la LEg), publié dans le cadre de la procédure de consultation lancée le 18 novembre 2015 (<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/lohngleichheit.html>).

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ Pour plus de détails, voir les explications de l'OFS, publiées sur son site Internet (<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/00/10/blank/ind30.indicator.30000102.700.html>).

¹⁴⁹ FF 2015 7838.

travailleurs à former des recours individuels s'ils s'estiment discriminés »¹⁵⁰. Comme la version d'origine de la loi sur l'égalité, la révision proposée s'applique aussi bien aux employeurs privés qu'aux employeurs publics, qu'ils soient fédéraux, cantonaux ou communaux¹⁵¹.

Même dans sa variante, qui consiste à obliger les organes de contrôle à signaler à l'autorité compétente les employeurs qui n'auraient pas effectué d'analyse dans le délai imparti ou qui ne l'auraient pas fait contrôler, et à faire inscrire les entreprises signalées sur une liste accessible au public, le projet du Conseil fédéral reste prudent et modéré, dans la mesure où il ne prévoit pas de sanction en cas de non-respect de ces obligations. L'analyse des salaires et son contrôle par un tiers assurera certes une meilleure transparence du système de rémunération, mais « il incombera [encore] entièrement aux employeurs d'éliminer les discriminations constatées, sans intervention de l'Etat »¹⁵², et donc, à défaut d'action de l'employeur, aux travailleurs de prendre l'initiative d'introduire une action en justice en vertu de la loi sur l'égalité.

Pourtant, malgré le caractère peu intrusif de la révision proposée, les milieux patronaux ont déjà réagi de manière négative à l'annonce du projet de réforme. En particulier, ils réfutent l'interprétation selon laquelle les entreprises suisses discriminent les femmes en pratiquant des salaires plus bas et estiment, au contraire, que « [l]es différences de salaire entre femmes et hommes doivent [...] être imputées à des préférences et à des décisions différentes dans le choix du métier et de la carrière, ainsi qu'aux dotations en capital humain différentes qui en découlent »¹⁵³. Autrement dit, l'écart salarial entre femmes et hommes s'expliquerait par des décisions individuelles ; il est par exemple fait valoir que les femmes choisissent plus souvent de travailler à temps partiel et tendent à s'orienter vers les professions non techniques, pratiques professionnelles qui seraient déterminantes en matière de salaire. Dans cette optique, la décision du Conseil fédéral reposerait sur un

¹⁵⁰ Rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la LEg, p. 15.

¹⁵¹ Sur la question du champ d'application de la LEg, voir le ch. III.B ci-dessus ; sur celui de la révision, qui se fonde elle aussi sur les articles 122 (pour le secteur privé), 173 al. 2 (pour la fonction publique fédérale) et 110 al. 1 let. a de la Constitution (pour la fonction publique cantonale et communale), voir le rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la LEg, p. 19-20.

¹⁵² Rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la LEg, p. 10.

¹⁵³ Voir la récente publication d'Avenir Suisse « Parité salariale – Le marché du travail n'est pas défaillant », novembre 2015, p. 27, pour qui « le résultat est une "ségrégation par le sexe" professionnelle ».

fondement contestable, car seule une vraie défaillance du marché du travail justifierait des interventions réglementaires, telles que le projet de contrôle systématique des salaires¹⁵⁴.

Une telle argumentation est discutable à plusieurs égards. Tout d'abord, en ce qui concerne le travail à temps partiel, l'argument tombe à faux, dans la mesure où les statistiques intègrent et prennent en compte le facteur du taux d'occupation¹⁵⁵, de sorte que la différence de salaire ne saurait lui être attribuée. Pour ce qui est de l'orientation des femmes vers les professions non techniques, la question est plus délicate, mais l'argument pourrait tout aussi bien être renversé : on peut en effet se demander si ce n'est justement pas le fait que les femmes s'orientent plutôt vers certaines professions ou disciplines (le droit social ou la magistrature plutôt que le droit de la finance, la médecine générale plutôt que les spécialisations, etc.) – et qu'en conséquence ces professions ou disciplines se féminisent – qui entraîne une baisse ou une moins forte progression des salaires dans ces professions ou disciplines.

Quoi qu'il en soit, la réforme proposée n'est pas non plus accueillie de manière enthousiaste par les milieux syndicaux, qui l'estiment trop peu ambitieuse, notamment parce que l'obligation faite aux employeurs est, on l'a dit, dépourvue de toute sanction et qu'une possibilité d'intervention de l'Etat n'est pas prévue¹⁵⁶.

Même assez modeste, la révision proposée par le Conseil fédéral ne fait donc pas l'unanimité. L'avenir nous dira ce qu'il adviendra de ce projet de réforme.

V. Conclusion

Pour en revenir à la version actuelle de la loi sur l'égalité, et pour conclure, on peut constater que cette loi, dont l'origine se situe dans la volonté de rendre plus effective la protection contre la discrimination garantie par la Constitution, tout en s'inspirant des apports du droit international et du droit européen, a marqué dans une certaine mesure un changement de paradigme dans plusieurs des conceptions fondamentales de l'ordre juridique suisse. Elle a, à certains égards au moins, introduit des solutions innovantes et,

¹⁵⁴ Dans le même sens, voir aussi le communiqué de presse de l'Union patronale suisse, du 18 novembre 2015 (<http://www.arbeitgeber.ch/fr/marche-du-travail/justification-tres-vaporeuse-dun-controle-etatique-des-salaires/>).

¹⁵⁵ L'enquête suisse sur la structure des salaires 2012, précitée (note 145), p. 15.

¹⁵⁶ Voir à cet égard le communiqué de presse de l'Union syndicale suisse, du 18 novembre 2015, qui estime que la révision proposée « est un pas dans la bonne direction », mais qu'« elle se situe en dessous des attentes » et est insuffisante (<http://www.uss.ch/themes/egalite-des-sexes/article/details/egalite-salariale-un-premier-pas-mais-ca-ne-suffit-pas-encore/>).

pour quelques-unes d'entre elles, relativement audacieuses. Il sied partant de relever, comme le faisait déjà le rapport d'évaluation globale rendu public par le Conseil fédéral au moment des dix ans d'existence de la loi, que les apports de celle-ci sont incontestables : la loi « met à la disposition des personnes concernées par une discrimination des instruments leur permettant de faire valoir leurs droits »¹⁵⁷. Comme le souligne aussi la doctrine, elle a su prouver son utilité et une certaine efficacité, en ce sens qu'elle « a insufflé une nouvelle dynamique au contentieux » en matière d'égalité salariale¹⁵⁸. La loi constitue ainsi un instrument essentiel dans la réalisation de l'égalité effective entre les sexes¹⁵⁹.

La loi sur l'égalité présente toutefois aussi quelques points faibles ou quelques lacunes. Elle n'a notamment pas permis de rendre effective l'égalité salariale, objectif qui a pourtant marqué son adoption. Les différences de rémunération entre femmes et hommes persistent, les dernières statistiques le confirment. Afin de résoudre ce problème, le Conseil fédéral vient de mettre en consultation un projet de modification de la loi imposant aux employeurs une obligation d'analyse périodique des salaires de l'entreprise. De part et d'autre, ce projet a toutefois été critiqué par les milieux concernés. La loi – et cela même si la réforme proposée par le Conseil fédéral devait aboutir – n'apporte également aucun remède à une autre des principales lacunes constatées, à savoir qu'elle fait peser la charge de la lutte contre la discrimination essentiellement sur les seules épaules des victimes de discrimination.

VI. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

AUBERT GABRIEL, Art. 10 LEg, *in* : Aubert/Lempen (édit.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, p. 223 ss (cité : CLEg-AUBERT, *ad* art. 10).

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, t. 2, Les droits fondamentaux, 3e éd., Berne 2013.

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/KÄGI-DIENER REGULA, Art. 8 BV, *in* : Ehrenzeller et al. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3e éd., Zurich 2014, p. 236 ss (cité : BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar, Art. 8 BV).

CAPLAZI ALEXANDRA/NAGUIB TAREK, Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit – Ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Notwendigkeit,

¹⁵⁷ Rapport sur l'évaluation de l'efficacité de la LEg, précité (note 132), FF 2006 3088.

¹⁵⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, n° 1132.

¹⁵⁹ Rapport sur l'évaluation de l'efficacité de la LEg, précité (note 132), FF 2006 3089.

Nutzlichkeit und der inhaltlichen Ausgestaltung eines verstärkten Schutzes vor und bei ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt, *in* : Jusletter 7 février 2005.

COSSALI SAUVAIN MONIQUE, Art. 1 LEg, *in* : Aubert/Lempen (édit.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, p. 17 ss (cité : CLEg-COSSALI SAUVAIN, *ad art.* 1).

COSSALI SAUVAIN MONIQUE, La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, *in* : Aubert (édit.), Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1999, p. 57 ss (cité : COSSALI SAUVAIN, La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/BOUVERAT CATHERINE/BRÜGGER NICOLAS/HASSISSENE INÈS/MADER MÉLANIE, Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs, Centre d'étude des relations de travail (CERT), Université de Neuchâtel, Berne/Neuchâtel, 2015 (cité : DUNAND et al.).

FREIVOGEL ELISABETH, Art. 2 GIG, *in* : Kaufmann/Steiger-Sackmann (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e éd., Bâle 2009, p. 39 ss (cité : K GIG-FREIVOGEL, *ad art.* 2).

FREIVOGEL ELISABETH, Art. 7 GIG, *in* : Kaufmann/Steiger-Sackmann (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e éd., Bâle 2009, p. 248 ss (cité : K GIG-FREIVOGEL, *ad art.* 7).

KÄGI-DIENER REGULA, *in* : Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (édit.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich, Berne 2015, p. 315 ss (cité : KÄGI-DIENER, CEDAW Kommentar).

KAUFMANN CLAUDIA, Art. 1 GIG, *in* : Kaufmann/Steiger-Sackmann (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e éd., Bâle 2009, p. 30 ss (cité : K GIG-KAUFMANN, *ad art.* 1).

KAUFMANN CLAUDIA, Hintergrund und Entstehung des Gesetzes, *in* : Kaufmann/Steiger-Sackmann (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e éd., Bâle 2009, p. 1 ss (cité : K GIG-KAUFMANN, Hintergrund und Entstehung des Gesetzes).

KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2e éd., Berne 2013.

KLETT KATHRIN, Inspiration des Bundesgerichts durch das EU-Recht im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter, *in* : Epiney/von Danckelmann (édit.), L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, Zurich 2004, p. 133 ss.

LEMPEN KARINE, Art. 3 LEg, *in* : Aubert/Lempen (édit.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, p. 29 ss (cité : CLEg-LEMPEN, *ad art.* 3).

MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, volume I, Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3e éd., Bâle/Neuchâtel 2014 (cité : MAHON, Droit constitutionnel I).

MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, volume II, Droits fondamentaux, 3e éd., Bâle/Neuchâtel 2015 (cité : MAHON, Droit constitutionnel II).

MAHON PASCAL, Art. 8 Cst., *in* : Aubert/Mahon, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 72 ss (cité : MAHON, Petit Commentaire, Art. 8 Cst.).

MAHON PASCAL, L'évolution récente du droit du travail en Suisse – une appréciation critique, *in* : Aspects de la sécurité sociale, Genève 2000, p. 9 ss (cité : MAHON, Evolution récente du droit du travail).

MARTENET VINCENT, La protection contre les discriminations émanant de particuliers, RDS 2006, p. 419 ss.

- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz : im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4e éd., Berne 2008.
- PÄRLI KURT/STUDER MELANIE, Arbeit und Existenzsicherung, *in* : Naguib et al., Diskriminierungsrecht. Handbuch für Juristinnen, Beraterinnen und Diversity-Expertinnen, Berne 2014, p. 121 ss.
- SCHLÄPPI ERIKA/ULRICH SILVIA/WYTENBACH JUDITH (édit.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich, Berne 2015.
- SCHULZ PATRICIA, Droit de l'égalité en Suisse : point de la situation et perspectives, *in* : Epiney/von Danckelmann (édit.), L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, Zurich 2004, p. 117 ss.
- SCHWEIZER RAINER J., Art. 8 BV, *in* : Ehrenzeller et al. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3e éd., Zurich 2014, p. 206 ss (cité : SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Art. 8 BV).
- STEFFANINI FEDERICA, L'interdiction des discriminations au sens de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale et sa mise en œuvre législative : constats, besoins, perspectives, mémoire de master, Université de Neuchâtel, juin 2015.
- STEIGER-SACKMANN SABINE, Art. 6 GlG, *in* : Kaufmann/Steiger-Sackmann (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e éd., Bâle 2009, p. 201 ss (cité : K GIG-STEIGER-SACKMANN, *ad* art. 6).
- WALDMANN BERNHARD, Art. 8 BV, *in* : Waldmann/Belser/Epiney (édit.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Bâle 2015, p. 174 ss (cité : WALDMANN, Basler Kommentar, Art. 8 BV).
- WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz : unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Berne 2003 (cité : WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot).
- WYLER RÉMY, Art. 6 LEg, *in* : Aubert/Lempen (édit.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, p. 145 ss (cité : CLEg-WYLER, *ad* art. 6).

L'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité (LEg)

Sommaire	Page
I. Introduction	36
II. Notion de discrimination à l'embauche (art. 3 LEg)	37
A. Eléments constitutifs	37
1. Traitement différencié fondé sur le sexe	38
2. Absence de motif justificatif	40
B. Processus de sélection	42
1. Offre d'emploi	43
2. Entretien d'embauche	43
C. Pratique judiciaire	45
1. Refus d'embauche discriminatoires	46
2. Refus d'embauche non discriminatoires	46
III. Preuve	47
A. Principes généraux	47
B. Preuve de la discrimination à l'embauche	50
IV. Procédure	53
A. Rapports de travail régis par le Code des obligations (art. 8 LEg)	54
1. Motivation écrite du refus d'embauche (art. 8 al. 1 LEg)	54
a) Requête de la personne non engagée	54
b) Motivation écrite	55
2. Action en justice dans les trois mois (art. 8 al. 2 LEg)	56
a) Communication du refus d'embauche	57
b) Calcul du délai de péremption	58
c) Dépôt de l'action	59
B. Rapports de travail de droit public (art. 13 al. 2 LEg)	59
V. Action en paiement d'une indemnité (art. 5 al. 2 et al. 4 LEg)	60
A. Nature de l'indemnité	61
B. Montant de l'indemnité	62
1. Une seule personne réclame l'indemnité	62
2. Plusieurs personnes réclament l'indemnité	64
C. Autres actions possibles ?	65
1. Les autres actions prévues dans la LEg	65
2. Les actions générales du droit commun	66
VI. Qualité pour agir des organisations (art. 7 LEg)	67

VII. Conclusion	69
VIII. Bibliographie	70

I. Introduction

La loi sur l'égalité entre femmes et hommes s'applique à l'ensemble des rapports de travail, que ceux-ci relèvent du droit privé ou du droit public fédéral, cantonal ou communal (cf. art. 2 LEg). Selon l'art. 3 al. 1 LEg, 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, de leur grossesse ». L'art. 3 al. 2 LEg précise que l'interdiction de toute discrimination s'applique également à l'embauche. Comme l'a relevé le Conseil fédéral, il n'est « 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 »¹.

La protection légale contre ce type de discrimination est relativement peu connue. Un arrêt récent du Tribunal cantonal des Grisons nous donne l'occasion de nous pencher sur la question. Dans cette affaire, une femme avait postulé par courriel à un poste de « Réceptionniste (h/f) » dans un hôtel. Le lendemain, le directeur avait répondu par courriel qu'entre-temps la société avait déjà engagé suffisamment de femmes pour travailler à la réception et qu'elle ne cherchait désormais plus qu'un homme. Saisie par la personne non engagée, l'autorité cantonale de première instance a considéré que la demanderesse avait été l'objet d'une discrimination à l'embauche et a condamné l'employeur à lui verser une indemnité d'un montant de 1'000 frs. Le Tribunal cantonal a confirmé cette décision².

Nous traiterons de la discrimination à l'embauche dans la LEg en répondant, dans l'ordre, aux cinq questions suivantes :

- En quoi consiste une discrimination à l'embauche ?
- Qui supporte la charge de la preuve ?
- La loi prévoit-elle une procédure particulière ?
- Quels sont les droits de la victime ?
- Les organisations peuvent-elles agir en justice ?

¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1212.

² Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons du 16 septembre 2014, *in* : JAR 2015 503.

Nous devons limiter notre analyse d'un triple point de vue en renvoyant les lecteurs à des contributions plus spécifiques. Ainsi, nous ne traiterons pas des sources internationales relatives à la discrimination à l'embauche³. Par ailleurs, nous nous concentrerons sur la discrimination à l'embauche à raison du sexe et n'examinerons pas d'autres types de discrimination à l'embauche (à raison de la race, par exemple)⁴. Enfin, nous ne ferons qu'aborder, sous l'angle de la procédure applicable, la discrimination à l'embauche dans les rapports de travail de droit public⁵, étant entendu que la loi sur l'égalité a créé, dans son champ d'application, un droit du travail matériel unifié pour les secteurs privé et public⁶.

II. Notion de discrimination à l'embauche (art. 3 LEg)

Il s'agit ici de décrire les éléments constitutifs d'une discrimination à l'embauche (**section A**) et de déterminer comment se concrétise la protection lors du processus de sélection (**section B**). Nous donnerons également quelques exemples tirés de la pratique judiciaire (**section C**).

A. Eléments constitutifs

Il y a discrimination à l'embauche au sens de l'art. 3 LEg lorsqu'une personne n'est pas engagée à un poste pour lequel elle s'est portée candidate, en raison de son sexe **(1)**, et sans que l'employeur ne puisse invoquer un motif justificatif **(2)**. Notons toutefois que lorsqu'une personne déjà employée dans une entreprise est candidate à un autre poste auprès du même employeur et que sa candidature n'est pas retenue pour une raison discriminatoire, elle est victime dans la plupart des cas d'une discrimination à la promotion, également prohibée par l'art. 3 LEg, et non d'une discrimination à l'embauche.

³ Sur les sources du droit européen en matière d'interdiction de la discrimination à l'embauche à raison du sexe, cf. l'étude d'UEBERSCHLAG, citée dans notre bibliographie. Voir aussi PÄRLI, p. 51 ss.

⁴ Sur les divers types de discrimination dans les rapports de travail de droit privé, cf. l'ouvrage de PÄRLI, cité dans notre bibliographie, ainsi que PÄRLI/HUG/PETRIK, N 131 ss, p. 65 ss. Pour des exemples jurisprudentiels de discrimination à l'embauche en raison de la race, cf. jugement du Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne du 1^{er} juin 2005, *in* : JAR 2006 531 et jugement du Tribunal des prud'hommes de Zurich du 13 janvier 2006, *in* : JAR 2007 509.

⁵ Sur l'application de la loi sur l'égalité aux rapports de travail de droit public, cf. la monographie d'ARIOLI et de FURRER ISELI, citée dans notre bibliographie.

⁶ CLEg-BRUCHEZ, N 3 *ad* art. 13 LEg, p. 279.

La distinction est loin d'être académique puisque les règles sur le fardeau de la preuve et les conséquences de la discrimination ne sont pas les mêmes⁷.

1. Traitement différencié fondé sur le sexe

La loi sur l'égalité interdit tout traitement différencié à raison du sexe, qui repose notamment sur l'état civil, la situation familiale ou, s'agissant des femmes, la grossesse de la victime (art. 3 al. 1 LEg). Une personne ne peut être exclue de l'accès à un emploi ou être défavorisée dans l'accès à un emploi en raison de son sexe (art. 3 a. 2 LEg)⁸.

L'interdiction de discriminer instaurée par la LEg présente un caractère absolument impératif. Toute disposition d'une convention collective ou d'un contrat individuel de travail qui contreviendrait à cette interdiction serait nulle de plein droit⁹. Il est sans importance que l'employeur démontre avoir agi sans intention discriminatoire¹⁰. En effet, une faute n'est pas requise, de sorte que l'interdiction s'applique aussi bien aux discriminations non intentionnelles qu'aux discriminations intentionnelles¹¹.

La loi interdit toute différence de traitement injustifiée entre travailleuses et travailleurs¹². Même si la situation est rare en pratique, un homme peut donc également se plaindre d'une discrimination à l'embauche au sens de l'art. 3 LEg¹³. Pour qu'une discrimination soit admise, il n'est pas nécessaire que toutes les femmes ou tous les hommes soient discriminés par rapport au sexe opposé. Il suffit, en effet, qu'une partie du groupe des femmes ou une partie du groupe des hommes soit discriminée¹⁴. Ainsi, une femme discriminée en raison d'une grossesse ou de sa situation familiale est désavantagée non seulement par rapport aux hommes, mais aussi par rapport aux femmes sans enfants¹⁵.

La loi sur l'égalité ne s'applique, en revanche, pas aux discriminations entre femmes ou entre hommes¹⁶. La question de savoir si la LEg vise aussi l'élimination des inégalités fondées sur les préférences sexuelles ou l'identité de genre (homosexualité, transidentité)

⁷ Sur ces questions, cf. K GIG-FREIVOGEL, N 23 *ad* art. 3 LEg, p. 63 s ; UEBERSCHLAG, N 17 ss, p. 7 s.

⁸ CLEg 2000-FREIVOGEL, N 34 *ad* art. 3 LEg, p. 61 ; K GIG-FREIVOGEL, N 22 *ad* art. 3 LEg, p. 62.

⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1212. Voir aussi, TAF A-1782/2006 du 24 mai 2007, consid. 2.1.

¹⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1212.

¹¹ WYLER/HEINZER, p. 869.

¹² CLEg-LEMPEN, N 2 *ad* art. 3 LEg, p. 34.

¹³ Pour un exemple concret, cf. autorité de conciliation du canton de Zurich, 5 mars 2004, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/110 (place réservée à une femme dans un « *Frauenteam* »).

¹⁴ CLEg-LEMPEN, N 2 *ad* art. 3 LEg, p. 34.

¹⁵ CLEg-LEMPEN, N 2 *ad* art. 3 LEg, p. 34.

¹⁶ WYLER/HEINZER, p. 867.

est délicate¹⁷. En principe, les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ne relèvent pas de l'art. 3 LEg¹⁸. Les préférences sexuelles sont toutefois pertinentes lorsqu'elles mettent en évidence une différence entre les femmes et les hommes. Constitue en ce sens un comportement discriminatoire le traitement différencié des travailleurs homosexuels de sexe féminin par rapport aux travailleurs homosexuels de sexe masculin, ou vice-versa¹⁹. Notons que, dans un cas zurichois, il a été considéré qu'il était discriminatoire et contraire à la loi sur l'égalité de demander à un postulant s'il était homosexuel (« *schwul* »)²⁰.

La discrimination peut être directe ou indirecte. Une discrimination est dite « directe » lorsqu'elle se fonde directement ou 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 objectivement²¹. L'interdiction de la discrimination directe à l'embauche signifie qu'un refus d'embauche ne peut en principe se fonder explicitement sur le critère du sexe ou de la grossesse²². Il est, par exemple, discriminatoire d'exclure par principe les femmes d'un poste de surveillant dans un établissement d'exécution des peines destiné aux hommes²³. Il est évidemment aussi discriminatoire de ne pas engager une femme qui a indiqué ou déclaré lors du processus de recrutement (dossier de candidature, conversation téléphonique, entretien d'embauche), être mère d'enfants, enceinte, ou qui a fait part de son souhait d'avoir des enfants. Il s'agit d'ailleurs des cas les plus fréquents de discrimination à l'embauche²⁴.

La discrimination est qualifiée d'« indirecte » lorsque le critère utilisé, qui s'applique apparemment de manière indifférente à l'un et l'autre sexe, a ou peut avoir pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans justification objective, de sorte qu'il n'est pas neutre s'agissant des effets de son application entre les groupes considérés²⁵. Ainsi, l'on se trouvera en présence d'une

¹⁷ CLEg-COSSALI SAUVIN, N 17 *ad* art. 1 LEg, p. 26.

¹⁸ CLEg-LEMPEN, N 4 *ad* art. 3 LEg, p. 35.

¹⁹ CLEg-COSSALI SAUVIN, N 19 *ad* art. 1 LEg, p. 26.

²⁰ Autorité de conciliation du canton de Zurich, 22 mars 2002, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/71.

²¹ TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, consid. 5.1 ; Conseil fédéral, FF 1993 I 1210.

²² CLEg-LEMPEN, N 14 *ad* art. 3 LEg, p. 43.

²³ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel du 4 avril 2001, www.leg.ch/NE/02.

²⁴ CLEg 2000-BIGLER-EGGENBERGER, N 6 *ad* art. 8 LEg, p. 212. Pour des cas d'application, cf. autorité de conciliation du canton de Nidwald, 10 janvier 2008, www.gleichstellungsgesetz.ch/NW/1 ; autorité de conciliation du canton de Zurich, 12 mai 2009, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/189 ; autorité de conciliation du canton de Berne, 10 juin 2010, www.gleichstellungsgesetz.ch/BE/78 ; autorité de conciliation du canton de Zurich, 16 mars 2012, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/238 ; autorité de conciliation du canton de Bâle-Ville, 16 mars 2012, www.gleichstellungsgesetz.ch/BS/52.

²⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1210.

discrimination indirecte à l'embauche lorsque l'accès à l'emploi dépend d'un critère neutre au premier abord mais qui a pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans justification objective²⁶. Constitueront le plus souvent des critères de sélection (indirectement) discriminatoires au détriment des femmes les exigences de taille (les femmes sont en moyenne moins grandes que les hommes), d'âge limite (les femmes ont généralement besoin, pour des raisons familiales, de plus de temps que les hommes pour accomplir le même parcours d'études ou professionnel), ou relatives à la situation familiale (conception traditionnelle des rôles féminins et masculins, selon laquelle une femme qui a des enfants en bas âge est censée par exemple ne pas être en mesure d'effectuer des heures supplémentaires)²⁷.

2. Absence de motif justificatif

Le critère du sexe, qui se fonde notamment sur l'état civil, la situation familiale ou la grossesse, est potentiellement discriminatoire et donc en principe prohibé²⁸. Toutefois, le caractère discriminatoire d'une mesure disparaît si celle-ci est justifiée objectivement²⁹. 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 travail³⁰.

La loi ne contient pas une énumération des motifs objectifs pertinents. La liste de motifs est donc ouverte et soumise à l'appréciation des tribunaux³¹. Peuvent par exemple entrer en ligne de compte, dans certaines circonstances, des motifs de nature biologique ou des considérations de politique sociale, comme le souhait de favoriser des personnes qui ont des charges de famille³². Pour qu'une différence de traitement soit justifiée, il ne suffit évidemment pas que l'employeur invoque n'importe quel motif : il doit au contraire démontrer qu'il poursuit un but objectif qui répond à un véritable besoin de l'entreprise et que les mesures discriminatoires adoptées sont propres à atteindre le but recherché sous l'angle de la proportionnalité³³. En tous les cas, lorsqu'une femme n'a pas été engagée pour une raison discriminatoire liée au sexe, par exemple parce qu'elle a déclaré lors de

²⁶ CLEg-LEMPEN, N 20 *ad* art. 3 LEg, p. 46.

²⁷ CLEg-LEMPEN, N 20 *s ad* art. 3 LEg, p. 46 s.

²⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1211.

²⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1211.

³⁰ WYLER/HEINZER, p. 870.

³¹ CLEg-WYLER, N 29 *ad* art. 6 LEg, p. 167.

³² CLEg-LEMPEN, N 11 *ad* art. 3 LEg, p. 40 s ; MILANI, p. 51 ss.

³³ ATF 130 III 145, consid. 5.2 ; Conseil fédéral, FF 2003 I 1211.

l'entretien d'embauche qu'elle envisageait d'avoir des enfants, le fait que l'employeur ait embauché une (autre) femme ne constitue pas un motif justificatif pertinent³⁴.

Un motif justificatif peut être invoqué pour tout traitement potentiellement discriminatoire (discrimination directe ou indirecte). Ainsi, dans certains cas, le sexe ou la grossesse sont susceptibles de représenter des critères déterminants pour l'exécution du travail et donc la sélection des candidats lors de la procédure de recrutement. En effet, par leur nature et le contexte dans lequel ils s'exercent, certains emplois ne peuvent être occupés que par une personne d'un sexe donné³⁵. Dans son Message de 1993, le Conseil fédéral a mentionné les trois exemples suivants : les raisons d'authenticité dans les métiers du spectacle ou de la mode (acteurs, chanteurs, mannequins, modèles, etc.) ; le cadre d'une institution sociale destinée aux personnes de l'un des deux sexes (par exemple, un centre pour les femmes victimes de violence³⁶) ; ou des motifs religieux (engagement d'un prêtre catholique, par exemple)³⁷.

Alors qu'elle constitue en principe un critère clairement discriminatoire, la grossesse peut, paradoxalement, aussi justifier parfois la décision de non-embauche³⁸. Un refus d'embauche fondé sur la grossesse s'avèrera, par exemple, admissible lorsqu'il apparaît d'emblée que le travail n'est pas susceptible d'être effectué par une femme enceinte (activité de mannequin, par exemple)³⁹. Plus délicate est la question de savoir si un employeur peut rejeter la candidature d'une femme enceinte en se fondant sur les dispositions de droit public qui visent à protéger les femmes enceintes et les enfants à naître (cf. art. 35 LTr, 62, 64 et 65 OLT1, ordonnance sur la protection de la maternité⁴⁰)⁴¹. Certains auteurs ont relevé de manière non contestable que ces dispositions ont pour but la protection des femmes enceintes, et non la limitation de leur engagement⁴². Ainsi, selon une partie de la doctrine, l'employeur ne devrait pouvoir invoquer la grossesse comme motif justificatif que lorsqu'il cherche à engager une employée pour une période de temps limité, que l'interdiction d'occuper l'employée couvrira une grande partie de la durée des

³⁴ MILANI, p. 51. Pour un cas concret, cf. autorité de conciliation du canton de Zurich, 6 avril 1998, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/24.

³⁵ CLEg-LEMPEN, N 15 *ad* art. 3 LEg, p. 44.

³⁶ Pour un cas d'application dans lequel un avocat a postulé pour travailler en qualité de conseiller dans un centre accueillant des femmes victimes de violence, cf. autorité de conciliation du canton de Zurich, 20 mars 2009, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/185.

³⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1212.

³⁸ PERRENOUD, p. 768 s.

³⁹ CLEg-LEMPEN, N 15 *ad* art. 3 LEg, p. 44.

⁴⁰ Ordonnance du DEFR sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité du 20 mars 2001, RS 822.111.52.

⁴¹ Pour un résumé de la problématique, cf. GIAUQUE, p. 157 s.

⁴² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 8 *ad* art. 320 CO, p. 47.

rapports de travail, et que l'on ne peut attendre raisonnablement de l'employeur qu'il affecte l'employée à un poste équivalent ne présentant aucun danger⁴³.

Enfin, rappelons que l'art. 3 al. 3 LEg contient une réserve en ce sens que les mesures appropriées visant à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes ne constituent pas une discrimination. Il s'agit d'éviter que les mesures prises par un employeur en vue d'améliorer la représentation des femmes dans l'entreprise ne soient qualifiées de discriminatoires au sens de l'art. 3 al. 1 et al. 2 LEg⁴⁴. Parmi les mesures positives envisageables en matière d'accès à l'emploi on peut mentionner une offre d'emploi encourageant les candidatures du sexe sous-représenté ou l'adoption de quotas pour le recrutement de personnel⁴⁵. Dans un cas zurichois, une entreprise a par exemple souhaité recruter une femme comme « *Personalassistentin* » pour une filiale active dans le secteur de la construction dans laquelle ne travaillaient que des hommes⁴⁶.

B. Processus de sélection

L'interdiction de la discrimination à l'embauche déploie ses effets durant tout le processus de sélection des candidates et candidats, du dépôt de la première candidature au refus définitif d'engagement⁴⁷. L'interdiction vaut également pour les offres d'emploi spontanées⁴⁸. Il importe peu que l'employeur écarte la victime de la discrimination sur la base de son dossier de candidature, d'un entretien téléphonique, ou seulement après l'avoir auditionnée⁴⁹. Il est en revanche déterminant que la personne discriminée ait déposé sa candidature de manière sérieuse, qu'elle ait respecté la procédure prévue par l'employeur (dossier de candidature, entretien d'embauche, tests) et qu'elle ait eu la réelle volonté d'occuper le poste⁵⁰. Tel n'est pas le cas du candidat qui ne correspond à l'évidence pas

⁴³ CLEg-LEMPEN, N 23 *ad* art. 3 LEg, p. 49 ; PERRENOUD, p. 769 ; UEBERSCHLAG, N 466 ss, p. 194 ss.

⁴⁴ WYLER/HEINZER, p. 872.

⁴⁵ CLEg-LEMPEN, N 41 *ad* art. 3 LEg, p. 61. Sur l'admissibilité des quotas, cf. ATF 131 II 361, consid. 5-7 ; TF 2P.277/2004 et 2A.637/2004 du 19 janvier 2006, consid. 3-4 ; CLEg-LEMPEN, N 42 ss *ad* art. 3 LEg, p. 61 ss.

⁴⁶ Autorité de conciliation du canton de Zurich, 17 juin 2013, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/275.

⁴⁷ GIAUQUE, p. 156.

⁴⁸ MILANI, p. 45.

⁴⁹ GIAUQUE, p. 156 s.

⁵⁰ ARIOLI/FURRER ISELI, N 126, p. 55 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 9 s *ad* art. 8 LEg, p. 280 s ; UEBERSCHLAG, N 727, p. 290. Pour des cas d'application, cf. arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 8 février 2006, cause PB.2005.00049, consid. 3.1 ; décision du Tribunal arbitral du travail du canton de Bâle-Ville du 17 décembre 1998, *in* : BJM 2001 88.

au profil et qui n'accompagne pas sa postulation des documents usuels⁵¹. Nous souhaitons traiter ici des conséquences d'une offre d'emploi discriminatoire (1) et des modalités de l'entretien d'embauche, lequel a souvent un impact décisif sur la décision contestée de refus d'embauche (2).

1. Offre d'emploi

Une offre d'emploi peut parfaitement être discriminatoire. Il en irait ainsi, par exemple, d'une annonce ne s'adressant qu'aux hommes et/ou aux femmes d'âge mûr⁵². Dans le projet du Conseil fédéral, les offres d'emploi faisaient partie de la liste non exhaustive des discriminations prohibées. De manière un peu contradictoire, le projet ne prévoyait toutefois pas de sanction spécifique : une offre d'emploi discriminatoire ne donnait pas lieu à une indemnité fondée sur la loi sur l'égalité⁵³. Le Parlement a cependant décidé de biffer les offres d'emploi de la liste des comportements discriminatoires⁵⁴.

Ainsi, une personne ne peut réclamer en justice une indemnité fondée sur la LEg pour la seule raison qu'elle s'estimerait discriminée par une offre d'emploi⁵⁵. En revanche, si cette personne postule et que son dossier est écarté, la discrimination dans l'offre d'emploi pourra être examinée en relation avec le refus concret d'embauche et sanctionnée indirectement, dans la mesure où elle constituerait, selon les circonstances, l'un des indices permettant de conclure à l'existence d'une discrimination à l'embauche⁵⁶.

2. Entretien d'embauche

L'entretien d'embauche est un moment souvent décisif dans la décision de l'employeur d'engager ou non une personne candidate. Il est admis que les règles sur la protection de la personnalité des travailleurs et travailleuses (cf. art. 328 et 328b CO) s'appliquent déjà durant les pourparlers précontractuels⁵⁷. De même, dans la mesure où la loi sur l'égalité interdit la discrimination à l'embauche, elle protège nécessairement les personnes candidates contre tout comportement discriminatoire, au sens de l'art. 3 LEg, lors de l'entretien d'embauche.

⁵¹ Autorité de conciliation du canton de Zurich, 18 novembre 2005, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/129.

⁵² GIAUQUE, p. 157.

⁵³ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1214.

⁵⁴ BO CE 1994, p. 817 ss.

⁵⁵ WYLER/HEINZER, p. 883.

⁵⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1214 et 1221 ; CLÉg 2000-BIGLER-EGGENBERGER, N 28 *ad* art. 5 LEg, p. 141 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 16 *ad* art. 320 CO, p. 158.

⁵⁷ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2.

Selon l'art. 328b CO, seules sont admissibles, lors de la procédure de recrutement, les questions (orales ou résultant d'un questionnaire) qui portent sur des aptitudes de la candidate ou du candidat à remplir son emploi ou qui sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail (formation, expérience, compétences professionnelles)⁵⁸. Il n'existe toutefois pas de solution schématique, car selon la nature de l'activité et le niveau hiérarchique du poste, la protection sera plus ou moins étendue⁵⁹.

Sont considérées comme inadmissibles, et donc illicites, des questions qui n'ont pas trait au poste de travail ou à l'activité à exercer, et qui portent atteinte à la sphère privée de la personne qui postule ou de ses proches. Il en va notamment ainsi, selon le Tribunal fédéral, des questions relatives à une éventuelle séropositivité, aux opinions politiques, à la volonté d'une femme d'avoir des enfants, à la situation familiale, au cercle d'amis et de fréquentation, ou aux tendances sexuelles⁶⁰.

En pratique, il est souvent demandé à une femme lors de l'entretien d'embauche si elle est enceinte ou si elle souhaite avoir des enfants. En principe, une telle question est autant discriminatoire au sens de l'art. 3 LEg que contraire aux droits de la personnalité (art. 328 et 328b CO) de la candidate⁶¹.

La doctrine dominante admet que lorsqu'une question illicite lui est posée, la personne candidate a le droit de refuser d'y répondre ou même de mentir⁶². Ce « droit au mensonge » est considéré comme un cas d'application de la légitime défense prévue à l'art. 52 al. 1 CO, soit le droit de se défendre pour se protéger contre une agression illicite et imminente⁶³. Le Tribunal des prud'hommes de Zurich a ainsi expressément jugé qu'une postulante avait le droit de mentir en réponse à une question relative à sa grossesse⁶⁴.

Par ailleurs, nous sommes d'avis, comme nous le verrons encore ci-dessous, qu'une question illicite peut constituer un indice d'une discrimination à l'embauche si la personne n'est finalement pas engagée.

⁵⁸ MEIER, N 2042 ss, p. 653 ss.

⁵⁹ Commentaire-DUNAND, N 44 *ad* art. 328b CO, p. 330 ; MEIER, N 2088, p. 668.

⁶⁰ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2.

⁶¹ UEBERSCHLAG, N 461, p. 192. Pour un cas d'application, cf. autorité de conciliation du canton de Zurich, 6 avril 1998, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/24.

⁶² CLEg-LEMPEN, N 22 *ad* art. 3 LEg, p. 48 ; Commentaire-DUNAND, N 50 *ad* art. 328b CO, p. 332 ; UEBERSCHLAG, N 484 ss, p. 203 ss ; WYLER/HEINZER, p. 325 s. Voir aussi la contribution de PERRENOUD dans le présent ouvrage, p. 73 ss.

⁶³ Sur la notion de légitime défense au sens de l'art. 52 al. 1 CO, cf. CR CO I-WERRO, N 4 *ad* art. 52 CO, p. 494 s.

⁶⁴ Jugement du Tribunal des prud'hommes de Zurich du 5 septembre 2002, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/86.

Dans certaines situations particulières, des questions a priori illicites sont justifiées lorsqu'elles ont un lien direct avec la prestation à effectuer⁶⁵. On admet ainsi qu'il est légitime de demander à une danseuse professionnelle, à une mannequin, ou à une personne qui sera chargée de tâches physiquement astreignantes, si elle est enceinte⁶⁶. La dernière hypothèse est toutefois délicate, car, comme nous l'avons vu, les dispositions de la législation sur le travail qui protègent la santé de la femme enceinte, et de son enfant, ne doivent pas avoir comme conséquence de faire obstacle à son embauche⁶⁷.

Enfin, la personne qui postule a en principe l'obligation de révéler spontanément les faits qui rendent son engagement inadéquat et ceux qui excluent ou rendent excessivement difficile l'exécution du contrat de travail⁶⁸. Ainsi, dans les cas exceptionnels où une question sur la grossesse est considérée comme licite, la candidate devrait informer spontanément l'employeur qu'elle est enceinte même si la question ne lui est pas posée durant le processus de sélection⁶⁹.

C. Pratique judiciaire

Les actions judiciaires pour discrimination à l'embauche sont peu nombreuses⁷⁰. Dans son rapport de 2006 relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité, le Conseil fédéral ne mentionne aucun cas⁷¹. Nous avons tout de même répertorié plus d'une cinquantaine de procédures dont la plupart se sont terminées devant l'autorité cantonale de conciliation (cf. art. 200 al. 2 CPC), en particulier l'office de conciliation du canton de Zurich, qui est très actif⁷². Il faut souligner que dans de nombreux cas, la victime de la discrimination à l'embauche a obtenu une indemnité. Nous mentionnerons ici quelques exemples de refus d'embauche qui ont été considérés comme discriminatoires (1) et quelques exemples de refus d'embauche qui ont été considérés comme non discriminatoires (2).

⁶⁵ Commentaire-DUNAND, N 47 *ad* art. 328b CO, p. 331.

⁶⁶ Autorité de conciliation du canton de Zurich, 6 avril 1998, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/24.

⁶⁷ Sur cette question, cf. CLEg-LEMPEN, N 23 *ad* art. 3 LEg, p. 48 ss ; MEIER, N 2098, p. 674.

⁶⁸ Commentaire-DUNAND, N 42 *ad* art. 328b CO, p. 332 s.

⁶⁹ CLEg-LEMPEN, N 24 *ad* art. 3 LEg, p. 50 ; UEBERSCHLAG, N 508 ss, p. 211 ss.

⁷⁰ MILANI, p. 42.

⁷¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport, FF 2006 3061, 3069 ss.

⁷² Il existe trois sites qui répertorient les procédures en matière d'application de la LEg, soit pour la Suisse allemande : www.gleichstellungsgesetz.ch ; pour la Suisse romande : www.leg.ch ; et pour la Suisse italienne : www.sentenze-parita.ch.

1. Refus d'embauche discriminatoires

Constituent des refus d'embauche discriminatoires, le fait de ne pas engager :

- une femme journaliste, pour un poste de rédactrice, qui a répondu lors de l'entretien d'embauche qu'elle envisageait d'avoir des enfants, au motif que l'employeur attache une grande importance aux relations de travail qui s'inscrivent dans la durée (motif non pertinent)⁷³ ;
- une femme ayant postulé pour un emploi de secrétaire de direction, au motif qu'elle ne serait pas en mesure d'assumer des horaires irréguliers du fait qu'elle était mère d'enfants en bas âge, même si l'employeur a fondé sa décision sur des considérations sociales liées au bien-être des enfants (il s'agit d'un stéréotype de la répartition des rôles au sein du couple)⁷⁴ ;
- une femme ayant postulé à un poste à 20-30% de « *Galeriemitarbeiter (m)* », dans la mesure où l'employeur n'a pas démontré les motifs justificatifs pour lesquels une femme ne pouvait remplir à satisfaction le cahier des charges⁷⁵ ;
- une femme pour un poste de mécanicienne, au motif de l'inexistence dans l'entreprise d'installations sanitaires réservées aux femmes (motif non pertinent)⁷⁶ ;
- une femme spécialiste en restauration, au motif que le responsable du recrutement a cru, à tort, que la candidate était un travesti (motif non pertinent)⁷⁷.

2. Refus d'embauche non discriminatoires

Constituent des refus d'embauche non discriminatoires le fait de ne pas engager :

- un médecin ayant postulé pour un poste de professeur à l'Université de Genève, dont la candidature n'a pas été retenue, non pas en raison de son appartenance au « sexe sur-représenté », mais parce que, contrairement aux autres candidats, il ne pouvait se prévaloir ni de titres académiques, ni d'activités de recherche, ni de publications importantes (motif justificatif pertinent)⁷⁸ ;
- un homme ayant déposé sa candidature pour un poste de spécialiste de douane et qui a fait preuve de manque de souplesse et de mobilité durant la procédure de recrutement

⁷³ Autorité de conciliation du canton de Zurich, 6 avril 1998, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/24.

⁷⁴ Arrêt du Tribunal supérieur du canton de Soleure du 31 août 1999, *in* : RSJ 97/2001 259.

⁷⁵ Autorité de conciliation du canton de Zurich, 25 juin 2012, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/247.

⁷⁶ Autorité de conciliation du canton de Bâle-Ville, 2 septembre 2004, www.gleichstellungsgesetz.ch/BS/27.

⁷⁷ Autorité de conciliation du canton de Zurich, 22 janvier 2008, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/165.

⁷⁸ ATF 133 II 257 (= TF 1C_37/2007 du 10 juillet 2007), considérant non publié 4.2.

car son épouse ne souhaitait pas déménager dans une région germanophone, dans la mesure où pour peu que l'on retienne un traitement discriminatoire lié à l'état civil et à la situation familiale, un tel traitement reposerait de toute manière sur une justification objective (besoins du service)⁷⁹ ;

- un homme ayant déposé sa candidature pour un poste de vendeur et nettoyeur dans un sex-shop, dans la mesure où la place vacante concernait un secteur du magasin destiné plus particulièrement aux femmes (motif justificatif pertinent)⁸⁰.

III. Preuve

Selon un principe général du droit, codifié à l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette règle sur le fardeau de la preuve détermine qui doit supporter les conséquences de l'absence de preuve, lorsqu'aucune partie ne réussit à prouver les conséquences de l'absence de preuve. La partie qui a la charge de la preuve succombe⁸¹. La loi sur l'égalité prévoit un allègement du fardeau de la preuve qui ne s'applique toutefois pas en cas de discrimination à l'embauche (cf. art. 6 LEg). Après un rappel des principes généraux (**section A**), nous traiterons plus spécifiquement de la question de la preuve en matière de discrimination à l'embauche (**section B**).

A. Principes généraux

En principe, la preuve doit être rapportée de manière à ce que le fait soit considéré comme certain, sans aucun doute possible (preuve stricte)⁸². Dans certains cas, la loi ou la jurisprudence admettent toutefois un allègement du fardeau de la preuve, en particulier lorsqu'une preuve stricte est impossible ou ne peut raisonnablement être exigée, afin de permettre à la partie demanderesse de faire valoir ses droits sans se heurter à des difficultés d'ordre probatoire⁸³. Les exigences de preuve seront par conséquent atténuées en faveur de la partie qui en a la charge⁸⁴.

⁷⁹ TF 2A.329/2002 du 14 janvier 2003, consid. 4.

⁸⁰ Autorité de conciliation du canton de Zurich, 19 mars 2012, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/239.

⁸¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 3002 I 1215.

⁸² CR CC I-PIOTET, N 26 *ad* art. 8 CC, p. 121.

⁸³ DIETSCHY, N 605, p. 289 ; CR CC I-PIOTET, N 43 *ss ad* art. 8 CC, p. 125 *ss*.

⁸⁴ DIETSCHY, N 605, p. 289.

Suivant les cas, l'allégement du fardeau peut prendre la forme d'une vraisemblance prépondérante ou alors d'une simple vraisemblance. La première existe lorsque le juge ne conçoit plus de doutes sérieux quant à l'existence de la prétention alléguée (quasi-certitude)⁸⁵. Alors que la seconde intervient lorsque le juge a l'impression que le fait invoqué s'est produit, sans pour autant exclure la possibilité qu'il ait pu en aller autrement⁸⁶.

En outre, dans certains domaines, lorsque la prétention est par nature difficile à prouver (par exemple en cas de licenciement abusif comme nous le verrons ci-dessous), le Tribunal fédéral admet que la preuve soit apportée sur la base d'un faisceau d'indices uniquement ; il suffit alors à la partie demanderesse d'apporter la preuve de faits qui permettent de déduire la prétention de manière fiable⁸⁷. La preuve par indices implique la possibilité pour le juge de retenir la prétention sur la base d'une vraisemblance prépondérante⁸⁸.

Il ne faut pas confondre la règle de droit matériel de l'art. 8 CC avec les règles de procédure contenues dans le CPC. A teneur de l'art. 243 al. 2 lit. a CPC, les litiges relevant de la loi sur l'égalité sont soumis à une procédure simplifiée, quelle que soit la valeur litigieuse. En la matière, conformément au principe de la maxime inquisitoire sociale, le juge établit les faits (art. 247 al. 2 CPC) et administre les moyens de preuve d'office (art. 153 al. 1 CPC), les parties étant toutefois tenues de collaborer⁸⁹. Comme l'a relevé le Tribunal fédéral, la maxime inquisitoire ne déploie toutefois aucun effet lorsque l'employeur omet de proposer des moyens de preuve, dont ni le juge ni l'employé ne soupçonnent l'existence⁹⁰.

C'est la raison pour laquelle la loi sur l'égalité prévoit un allégement du fardeau de la preuve en ce sens que le degré de preuve est ramené à la simple vraisemblance⁹¹. Selon le projet du Conseil fédéral, l'allégement du fardeau de la preuve devait bénéficier à toutes les personnes se prévalant d'une discrimination au sens de l'art. 3 LEG⁹². Lors des débats au Parlement, le projet a été modifié en ce sens que l'allégement ne s'applique qu'aux situations énumérées de manière exhaustive dans la loi : l'attribution des tâches, l'aménagement des conditions de travail, la rémunération, la formation et le perfectionnement professionnels, la promotion et la résiliation des rapports de travail

⁸⁵ DIETSCHY, N 578, p. 279.

⁸⁶ DIETSCHY, N 579, p. 279.

⁸⁷ DIETSCHY, N 608, p. 290.

⁸⁸ DIETSCHY, N 608, p. 290.

⁸⁹ CLEG-BOHNET/DIETSCHY, N 39 *ad* art. 12 LEG, p. 272 s. Pour un examen détaillé de la portée de la maxime inquisitoire sociale, cf. BOHNET/JEANNIN, p. 223 ss.

⁹⁰ ATF 130 III 145, consid. 4.2.

⁹¹ DIETSCHY, N 611, p. 291.

⁹² CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1215 s.

(cf. art. 6 LEg). Les hypothèses du harcèlement sexuel et de la discrimination à l'embauche ont été volontairement exclues de la liste⁹³.

L'art. 6 LEg institue un allègement du fardeau de la preuve d'une discrimination à raison du sexe, en ce sens qu'il suffit à la partie demanderesse de rendre vraisemblable l'existence d'une discrimination pour engendrer un renversement du fardeau de la preuve⁹⁴. La règle tend à corriger l'inégalité de fait résultant de la concentration des moyens de preuve en main de l'employeur⁹⁵. Selon la jurisprudence, pour que la vraisemblance d'une discrimination soit admise, le juge n'a pas à être convaincu du bien-fondé des arguments de la victime de la discrimination ; il doit simplement disposer d'indices objectifs suffisants pour que les faits allégués présentent une certaine vraisemblance, sans devoir exclure qu'il puisse en aller différemment⁹⁶.

Lorsqu'une discrimination a été rendue vraisemblable, le fardeau de la preuve est inversé⁹⁷. Il appartient donc à l'employeur d'apporter la preuve stricte qu'il n'existe pas de différence de traitement ou, si celle-ci existe, qu'elle repose sur des facteurs objectifs⁹⁸. S'il échoue dans cette entreprise, l'existence d'une discrimination doit être tenue pour établie⁹⁹.

En pratique, chacune des deux parties est tenue de collaborer activement à l'administration des preuves. C'est au moment où le tribunal doit statuer, au terme de la procédure probatoire, que le juge appréciera si la discrimination a été rendue vraisemblable et, le cas échéant, si l'employeur a apporté la preuve du contraire¹⁰⁰.

Il y a environ dix ans, soit le 8 mars 2006, la Conseillère nationale Maria Bernasconi a déposé une motion demandant que le Conseil fédéral soit chargé de présenter un amendement à la LEg de sorte que l'allègement du fardeau de la preuve existe pour toutes les formes de discrimination (harcèlement sexuel et discrimination à l'embauche compris) liées au sexe. En date du 17 mai 2006, le Conseil fédéral a proposé de rejeter cette motion. Il a notamment relevé qu'il fallait tenir compte de la nature particulière de la procédure d'embauche : les « critères de sélection peuvent en effet porter sur des facteurs en partie subjectifs qui peuvent être difficiles à démontrer pour l'employeur (p. ex. la capacité à

⁹³ BO CE 1995 318-321; BO CN 1995 761-766.

⁹⁴ ATF 130 III 145, consid. 4.2.

⁹⁵ ATF 130 III 145, consid. 4.2.

⁹⁶ ATF 130 III 145, consid. 3.2.

⁹⁷ CLEg-WYLER, N 11 *ad* art. 6 LEg, p. 154.

⁹⁸ ATF 131 II 393, consid. 7.1.

⁹⁹ TF 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2.

¹⁰⁰ DIETSCHY, N 615, p. 293 s ; CLEg-WYLER, N 10 *ad* art. 6 LEg, p. 152 s.

travailler en équipe, l'esprit d'initiative, etc.), d'autant que les rapports de travail n'existent pas encore ». Le 8 mars 2007, le Conseil national a rejeté la motion¹⁰¹.

B. Preuve de la discrimination à l'embauche

Nous l'avons vu, la personne qui allègue une discrimination à l'embauche ne bénéficie pas de l'allègement du fardeau de la preuve prévu à l'art. 6 LEg. Conformément aux principes généraux (art. 8 CC), elle doit donc établir le traitement discriminatoire dont elle se prévaut, plus précisément qu'elle n'a pas été engagée en raison d'un motif discriminatoire¹⁰². Il lui revient ainsi de prouver l'existence de ce motif et son caractère causal dans la décision du refus d'embauche (motif déterminant)¹⁰³. Ces preuves sont d'autant plus difficiles à apporter que les éléments décisifs sont souvent exprimés oralement (conversation téléphonique avec la personne candidate, entretien d'embauche, discussion interne au sein du comité de recrutement).

Ainsi que nous l'évoquerons ci-dessous, la personne qui n'a pas été engagée a la possibilité d'exiger que l'employeur motive sa décision par écrit (cf. art. 8 al. 1 LEg). Il peut arriver, dans ce contexte, que l'employeur donne par écrit le motif (discriminatoire) du refus d'embauche. Tel a été le cas, par exemple, d'une entreprise soleuroise : « *Bezugnehmend auf Ihren Telefonanruf teilen wir Ihnen mit, dass sich die Stelle nicht für eine Kandidatin mit vorschulpflichtigen Kindern eignet. Der Job bringt eine unregelmässige Arbeitszeit, verbunden mit Abend- und Wochenendüberzeit mit sich; Überzeit, die wohl kompensiert, Ihrem Kind jedoch aus sozialen Gründen aus unserer Sicht nicht zugemutet werden kann* »¹⁰⁴. Une telle situation est toutefois extrêmement rare, car dans la plupart des cas l'employeur ne communiquera pas par écrit le réel motif (discriminatoire).

La discrimination à l'embauche nous paraît constituer l'un de ces cas typiques dans lesquels, sauf à rendre excessivement difficile la charge de la preuve, une preuve stricte ne peut raisonnablement être exigée. Le juge devra donc se satisfaire le plus souvent d'une preuve fondée sur une vraisemblance prépondérante. On peut se référer, par analogie, à la pratique des tribunaux dans certains domaines du droit du travail, à savoir le congé abusif, le harcèlement psychologique (*mobbing*) et le harcèlement sexuel.

Le congé est abusif s'il est donné pour un motif qui n'est pas digne de protection (cf. art. 336 CO). Le travailleur qui prétend que le congé qui lui a été notifié est abusif doit en apporter la preuve (art. 8 CC). Il doit établir non seulement le motif abusif, mais aussi

¹⁰¹ BO CN 2007 146 (06.3028 – Motion).

¹⁰² Conseil de district du canton de Zurich, 23 août 2001, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/49.

¹⁰³ MILANI, p. 71.

¹⁰⁴ Arrêt du Tribunal supérieur du canton de Soleure du 31 août 1999, *in* : RSJ 97/2001 259.

l'existence d'un lien de causalité entre l'état de fait fondant le caractère abusif du congé et la résiliation du contrat de travail¹⁰⁵. Selon le Tribunal fédéral, il y a toutefois lieu de tenir compte des difficultés liées à la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a résilié le contrat. Le juge peut ainsi présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur (preuve par indices)¹⁰⁶.

Le harcèlement psychologique constitue une atteinte grave à la personnalité du travailleur (cf. art. 328 CO)¹⁰⁷. En l'absence d'une définition légale, le Tribunal fédéral caractérise le harcèlement psychologique comme « un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne de son lieu de travail »¹⁰⁸. Selon les principes généraux, la personne qui allègue avoir subi un harcèlement psychologique doit le prouver (art. 8 CC)¹⁰⁹. Toutefois, vu son caractère sournois, il est difficile d'apporter une preuve stricte du harcèlement¹¹⁰. C'est pourquoi la jurisprudence admet un allègement du fardeau de la preuve en ce sens que celle-ci peut être apportée sur la base d'un simple faisceau d'indices convergents ; pourra notamment être retenu, le témoignage de toute personne auprès de qui la victime s'est confiée (collègues, médecin traitant, proches)¹¹¹.

Le cas du harcèlement sexuel est particulièrement intéressant puisque, comme nous l'avons relevé, ce type de discrimination a été exclu au même titre que la discrimination à l'embauche de la liste des motifs discriminatoires pour lesquels la loi prévoit un allègement du fardeau de la preuve (cf. art. 6 LEg). Selon l'art. 4 LEg, le harcèlement sexuel comprend « 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, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle ». Bien que les exemples cités à l'art. 4 LEg ne se réfèrent qu'à des cas d'abus d'autorité, la loi n'exclut

¹⁰⁵ DIETSCHY, N 682, p. 324 ; Commentaire-DUNAND, N 16 *ad* art. 336 CO, p. 661.

¹⁰⁶ ATF 130 III 699, consid. 4.1 ; TF 4A_408/2011 du 15 novembre 2011, consid. 5.2. Voir aussi, DIETSCHY, N 682, p. 323 s ; WYLER/HEINZER, p. 643 s.

¹⁰⁷ Commentaire-DUNAND, N 31 *ad* art. 328 CO, p. 281.

¹⁰⁸ TF 4D_22/2013 du 19 septembre 2013, consid. 3.1 ; TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, consid. 4.2 ; TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, consid. 3.1.

¹⁰⁹ DIETSCHY, N 688, p. 328.

¹¹⁰ Commentaire-DUNAND, N 38 *ad* art. 328 CO, p. 284.

¹¹¹ TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, consid. 4.2 ; TF 1C_418/2008 du 27 mai 2009, consid. 2.2.2 et 2.2.4 ; arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 6 août 2014, consid. 4c, *in* : JAR 2015 579. Voir aussi DIETSCHY, N 691, p. 329.

pas d'autres actes qui portent atteinte à la dignité de la victime et ne relèvent pas d'un abus d'autorité, mais qui contribuent à rendre le climat de travail hostile (plaisanteries déplacées, photos indécentes)¹¹². Selon les principes généraux, la personne qui allègue avoir été victime d'un harcèlement sexuel doit le prouver (cf. art. 8 CC)¹¹³. Toutefois, vu la difficulté d'apporter la preuve absolue de ce type d'atteinte à la personnalité, la jurisprudence se contente le plus souvent d'indices convergents (vraisemblance prépondérante)¹¹⁴. Ainsi, dans la mesure où les témoins directs font généralement défaut, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était nullement insoutenable de tenir compte d'autres indices et notamment les déclarations de personnes auxquelles la victime s'est confiée ; les déclarations de témoins indirects, tels un médecin de famille ou un expert pourront suffire¹¹⁵.

Au vu de ce qui précède et de la difficulté, voire l'impossibilité dans la plupart des cas d'apporter une preuve stricte d'une discrimination à l'embauche, il faut admettre que le juge puisse se contenter d'indices convergents (vraisemblance prépondérante)¹¹⁶. Le contenu de l'offre d'emploi, la motivation écrite du refus d'embauche, un comportement contradictoire de l'employeur peuvent constituer autant d'indices pertinents¹¹⁷. Lorsque, par exemple, il est démontré que l'employeur a posé des questions sur la volonté de la candidate d'avoir des enfants et que celle-ci n'a pas été retenue, il existera un indice important de traitement discriminatoire.

La chronologie des événements est souvent déterminante (connexité temporelle). Plus court est le laps de temps entre la connaissance d'un fait susceptible de faire l'objet d'un traitement discriminatoire (par exemple, l'employeur apprend que la candidate est enceinte) et la communication du refus d'embauche, et plus l'indice de l'existence d'une discrimination à l'embauche sera élevé.

Une affaire traitée par le Tribunal administratif zurichois nous servira d'exemple : *« Dagegen ist der zeitliche Zusammenhang zwischen der Mitteilung ihrer [die Beschwerdeführerin] Schwangerschaft und der Ablehnung ihrer Bewerbung offensichtlich. Auch wenn dies noch keinen direkten Beweis darstellt, ist aufgrund der gesamten Umstände nicht ersichtlich, was denn sonst – ausser der Information über die*

¹¹² ATF 126 III 395, consid. 7b/bb. Voir aussi, CLEg-LEMPEN, N 7 ss *ad* art. 4 LEg, p. 102 ss.

¹¹³ TF 4A_473/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3.2.

¹¹⁴ Cf. DIETSCHY, N 692, p. 330 ; CLEg-LEMPEN, N 35 *ad* art. 4 LEg, p. 123 ; Commentaire-DUNAND, N 49 *ad* art. 328 CO, p. 288.

¹¹⁵ TF 1C_418/2008 du 27 mai 2009, consid. 2.2.4 ; TF 4A_214/2006 du 19 décembre 2006, consid. 2.2. Voir aussi arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 6 août 2014, consid. 3d, *in* : JAR 2015 579.

¹¹⁶ MILANI, p. 70 s.

¹¹⁷ MILANI, p. 72 ss.

Schwangerschaft – zur Absage genau zu jenem Zeitpunkt geführt haben sollte. Somit ist erstellt, dass die Schwangerschaft der entscheidende Grund für die Ablehnung war, und die Beschwerdeführerin ist in diskriminierender Weise abgelehnt worden »¹¹⁸.

Lorsque la personne qui se prévaut d'une discrimination à l'embauche a apporté des indices convergents d'un traitement discriminatoire (vraisemblance prépondérante), il revient à l'employeur de prouver, comme dans les autres cas de discrimination prévus dans la LEg, qu'il n'existe pas de différence de traitement ou, si celle-ci existe, qu'elle repose sur des facteurs objectifs¹¹⁹. S'il échoue dans cette entreprise, l'existence d'une discrimination doit être tenue pour établie¹²⁰. Chacune des deux parties doit donc collaborer activement à l'administration des preuves.

IV. Procédure

Si en principe les prétentions matérielles en cas de discrimination au sens de la loi sur l'égalité sont les mêmes dans les secteurs privé et public, il n'en va pas de même pour les voies de droit et la procédure qui sont régies par des lois et principes qui s'appliquent de manière distincte au secteur privé (exemple : procédure civile) et au secteur public (exemple : procédure administrative)¹²¹. Tant dans le secteur privé que dans le secteur public, les litiges relatifs à l'égalité entre femmes et hommes sont en principe soumis aux mêmes dispositions procédurales et aux mêmes tribunaux que les autres litiges relatifs aux relations de travail¹²². La LEg contient tout de même quelques règles de procédure spécifiques, dont certaines s'appliquent lorsqu'une personne entend réclamer une indemnité en raison d'une discrimination à l'embauche. La loi distingue selon que le rapport de travail est régi par le Code des obligations (cf. art. 8 LEg ; ci-dessous, **section A**) ou le droit public (cf. art. 13 al. 2 LEg ; ci-dessous, **section B**).

¹¹⁸ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 8 février 2006, cause PB.2005.00049, consid. 3.3.3.

¹¹⁹ GEISER, N 4.4, p. 575 ; MILANI, p. 75 ss.

¹²⁰ Pour un cas dans lequel l'employeur n'a pas été en mesure de démontrer l'existence d'un motif justificatif plausible, cf. autorité de conciliation du canton de Berne, 24 juin 2008, www.gleichstellungsgesetz.ch/BE/66.

¹²¹ CLEg 2000-BIGLER-EGGENBERGER, N 8 *ad* art. 13 LEg, p. 286.

¹²² CLEg-BRUCHEZ, N 5 *ad* art. 13 LEg, p. 280.

A. Rapports de travail régis par le Code des obligations (art. 8 LEg)

L'art. 8 LEg a pour but de préciser la marche à suivre pour obtenir réparation. Il régit l'obligation de l'employeur de motiver par écrit sa décision de non-embauche (al. 1 ; ci-dessous, sous-section 1) et instaure un délai de péremption de trois mois pour ouvrir l'action en paiement de l'indemnité (al. 2 ; ci-dessous, sous-section 2).

1. Motivation écrite du refus d'embauche (art. 8 al. 1 LEg)

Selon l'art. 8 al. 1 LEg, la « personne qui n'est pas engagée et qui se prévaut d'une discrimination peut exiger de l'employeur qu'il motive sa décision par écrit ». L'obligation de motiver le refus d'embauche doit (théoriquement) permettre à la personne non embauchée de connaître les motifs de la décision de l'employeur et d'évaluer l'opportunité de se prévaloir en justice d'un refus d'embauche discriminatoire¹²³. Elle tend ainsi à éviter des procès inutiles¹²⁴. Il convient de distinguer la requête de la personne non engagée et la motivation écrite de l'employeur.

a) Requête de la personne non engagée

La loi ne soumet pas la demande de motivation à une forme spécifique. Le postulant peut donc parfaitement la communiquer à l'employeur de manière orale, par exemple lors d'un entretien téléphonique. Cependant, pour des raisons évidentes de sécurité juridique et de preuve, il est conseillé à la personne non engagée de formuler sa requête par écrit¹²⁵.

Dans sa demande de motivation, la personne non engagée doit indiquer qu'elle se « prévaut d'une discrimination » (cf. art. 8 al. 1 LEg). Cette exigence a été prévue dans le but de souligner que le devoir de motiver n'existe qu'en relation avec une discrimination à l'embauche fondée sur le sexe et non pour tout refus d'engagement quel que soit le motif de l'employeur. Il n'en demeure pas moins qu'elle réduit fortement l'intérêt de la motivation écrite puisque l'employeur, alerté d'une possible action judiciaire fondée sur la loi sur l'égalité, prendra généralement soin de motiver sa décision sur la base de critères non discriminatoires. Il sera donc rare, en pratique, que la motivation écrite communiquée par l'employeur donne des indices de discrimination. Au vu de ce qui précède, il ne faut pas être trop formaliste quant aux exigences relatives à la manière dont la personne non

¹²³ DUNAND, N 14 *ad* art. 8 LEg, p. 204.

¹²⁴ WYLER/HEINZER, p. 882.

¹²⁵ CLEg-DUNAND, N 17 *ad* art. 8 LEg, p. 204 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 13 *ad* art. 8 LEg, p. 282.

engagée doit se prévaloir d'une discrimination¹²⁶. Une simple référence à la loi sur l'égalité devrait suffire¹²⁷.

La loi ne prévoit pas de délai pour exercer le droit d'exiger une motivation écrite. On admet cependant que la demande de motivation doit être effectuée dans un délai raisonnable, compatible avec les règles de la bonne foi (cf. art. 2 et 3 CC)¹²⁸. Le postulant a de toute manière intérêt à ne pas tarder puisque l'action en justice permettant de faire valoir son droit à une indemnité se périmé dans les trois mois à compter du moment où le refus d'embauche lui a été communiqué (cf. art. 8 al. 2 LEg).

La personne qui n'a pas été embauchée n'est évidemment pas tenue de solliciter une motivation écrite. Elle peut ainsi renoncer à demander une motivation ou se contenter d'une motivation communiquée oralement¹²⁹. Elle doit toutefois être admise à exiger une motivation écrite, dans un second temps¹³⁰.

b) Motivation écrite

L'art. 8 al. 1 LEg complète les règles de droit commun du travail prévues dans le Code des obligations qui comportent une obligation de motiver non pas déjà au stade de l'embauche mais à l'occasion de la résiliation des rapports de travail¹³¹. En effet, les art. 335 al. 2 et 337 al. 1 CO prévoient que la partie qui a donné le congé ou résilié immédiatement le contrat de travail doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande. Vu les similitudes, il faut considérer que les décisions judiciaires¹³² ainsi que les réflexions doctrinales¹³³ concernant les modalités d'exercice et les sanctions de l'obligation de motiver prévue en cas de résiliation du contrat de travail peuvent être appliquées ou prises en compte par analogie, *mutatis mutandis*, à l'obligation de motiver découlant de l'art. 8 al. 1 LEg¹³⁴.

¹²⁶ WYLER/HEINZER, p. 882.

¹²⁷ CLEg-DUNAND, N 19 *ad* art. 8 LEg, p. 205.

¹²⁸ CLEg-DUNAND, N 20 *ad* art. 8 LEg, p. 205 ; CLEg 2000-BIGLER-EGGENBERGER, N 13 *ad* art. 8 LEg, p. 214.

¹²⁹ CLEg-DUNAND, N 21 *ad* art. 8 LEg, p. 205 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 16 *ad* art. 8 LEg, p. 283.

¹³⁰ CLEg-DUNAND, N 21 *ad* art. 8 LEg, p. 205 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 16 *ad* art. 8 LEg, p. 283.

¹³¹ CLEg-DUNAND, N 12 *ad* art. 8 LEg, p. 203.

¹³² Voir en particulier l'ATF 121 III 60, JdT 1996 I 47, et, plus récemment, le TF 4A_346/2009 du 20 octobre 2009, consid. 3.

¹³³ Cf., par exemple, Commentaire-BONARD, N 26 *ad* art. 335 CO, p. 589 ; WYLER/HEINZER, p. 519.

¹³⁴ CLEg-DUNAND, N 13 *ad* art. 8 LEg, p. 203 s ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 11 *ad* art. 8 LEg, p. 281 ; UEBERSCHLAG, N 767, p. 305 ; WYLER/HEINZER, p. 882.

La motivation écrite doit contenir les motifs principaux permettant au postulant de comprendre les raisons de son non-engagement¹³⁵. Le support écrit peut prendre la forme d'une lettre, d'un fax, d'un courriel, voire même d'un SMS, si l'on veut tenir compte des modes usuels de communication¹³⁶.

La loi ne prévoit pas de délai. Il faut retenir que l'employeur doit communiquer la motivation écrite à la personne non engagée dans un délai raisonnable, compatible avec les usages et les règles de la bonne foi (cf. art. 3 CC). Il faut notamment tenir compte du fait que la personne discriminée doit impérativement agir en justice dans les trois mois à compter du moment où le refus d'embauche lui a été communiqué, sous peine de péremption (cf. art. 8 al. 2 LEg).

L'obligation de motivation écrite constitue une prescription d'ordre dont l'inobservation n'est pas sanctionnée de manière directe¹³⁷. C'est ainsi que le refus de donner une motivation écrite ou alors une motivation incomplète ou erronée ne joue pas de rôle dans le caractère discriminatoire ou non du refus d'embauche¹³⁸. Par ailleurs, l'employeur n'est pas lié par les motifs indiqués : il est en effet en droit d'invoquer dans la procédure judiciaire des motifs différents de ceux qu'il a communiqués par écrit à la personne non engagée¹³⁹.

En revanche, il est possible que le refus de motivation écrite ou une motivation volontairement erronée soient pris en compte de manière indirecte, dans une procédure judiciaire, au moment de l'appréciation des preuves, comme indice de l'existence d'une discrimination, ainsi que lors de l'allocation des dépens (cf. art. 107 al. 1 let. f et art. 108 CPC)¹⁴⁰.

2. Action en justice dans les trois mois (art. 8 al. 2 LEg)

Selon l'art. 8 al. 2 LEg, la « personne qui entend faire valoir son droit à une indemnité au sens de l'art. 5, al. 2, doit agir en justice dans les trois mois à compter du moment où le refus d'embauche lui a été communiqué, sous peine de péremption ». Comme la loi le précise, le délai de trois mois est un délai de péremption. Selon les règles générales, il

¹³⁵ CLEg-DUNAND, N 22 *ad* art. 8 LEg, p. 205 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 15 *ad* art. 8 LEg, p. 283 ; UEBERSCHLAG, N 771, p. 306.

¹³⁶ MILANI, p. 58.

¹³⁷ CLEg-DUNAND, N 23 *ad* art. 8 LEg, p. 206.

¹³⁸ SUBILIA/DUC, N 7 *ad* art. 8 LEg, p. 1026.

¹³⁹ SUBILIA/DUC, N 7 *ad* art. 8 LEg, p. 1026 s.

¹⁴⁰ CLEg-DUNAND, N 24 *ad* art. 8 LEg ; CLEg 2000-BIGLER-EGGENBERGER, N 12 *ad* art. 8 LEg, p. 214 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 19 s *ad* art. 8 LEg, p. 284 ss ; UEBERSCHLAG, N 776-784, p. 308 ss ; WYLER/HEINZER, p. 884.

entraîne l'extinction du droit et le juge doit le relever d'office¹⁴¹. Il est donc important de déterminer les modalités de la communication du refus d'embauche, du calcul du délai de péremption et du dépôt de l'action.

a) **Communication du refus d'embauche**

A défaut de forme spécifique prévue dans la loi, l'employeur peut communiquer le refus d'embauche par écrit, mais aussi oralement, par exemple à la fin de l'entretien d'embauche, ou même par actes concluants, par exemple en renvoyant le dossier de candidature à la personne non engagée¹⁴². En pratique, l'employeur a intérêt à utiliser la forme écrite s'il souhaite prouver la date de la communication du refus d'embauche.

La loi ne règle pas non plus l'hypothèse dans laquelle l'employeur tarde ou refuse de communiquer sa décision de non-engagement. Selon le Conseil fédéral, 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 »¹⁴³. Le Tribunal fédéral a quant à lui précisé qu'en « l'absence de réponse de l'employeur, le candidat doit agir sans tarder, car une demande formée largement au-delà du délai pendant lequel le candidat peut s'attendre à une réponse positive, peut être tenue pour abusive »¹⁴⁴.

La personne non engagée qui reste passive et attend indéfiniment la communication de l'employeur risque ainsi de se voir opposer la péremption de son action. Lorsqu'elle ne reçoit pas de communication du refus d'embauche dans un délai convenable, la personne non engagée a donc intérêt à fixer à l'employeur un délai, de l'ordre de dix jours, pour communiquer sa décision de non-engagement¹⁴⁵. Si l'employeur n'obtempère pas, on doit alors considérer qu'il a communiqué le refus, par actes concluants, le dernier jour du délai imparti¹⁴⁶.

La communication de la motivation écrite, prévue à l'alinéa premier, et la communication de la décision de refus d'embauche, prévue à l'alinéa second, sont indépendantes l'une de l'autre. Le défaut de motivation écrite, son caractère incomplet ou erroné n'ont ainsi pas d'incidence sur l'écoulement du délai de péremption qui débute dès la communication de

¹⁴¹ CR CO I-PICHONNAZ, N 8 *ad art.* 127 CO, p. 968.

¹⁴² CLEg-DUNAND, N 28 *ad art.* 8 LEg, p. 207 ; MILANI, p. 46 s ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 29 *ad art.* 8 LEg, p. 288 s ; UEBERSCHLAG, N 759, p. 301 s.

¹⁴³ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1221.

¹⁴⁴ TF 1A.8/2000 du 10 mars 2000, consid. 3b.

¹⁴⁵ CLEg-DUNAND, N 32 *ad art.* 8 LEg, p. 208 ; BIGLER-EGGENBERGER, N 23 *ad art.* 8 LEg, p. 216 ; CARRUZZO, N 24 *ad art.* 328 CO, p. 300.

¹⁴⁶ CLEg-DUNAND, N 32 *ad art.* 8 LEg, p. 208 ; CARRUZZO, N 24 *ad art.* 328 CO, p. 300.

la décision de refus d'embauche¹⁴⁷. Il va par ailleurs de soi que la personne non engagée peut ouvrir action sans avoir sollicité au préalable de motivation écrite du refus d'embauche¹⁴⁸.

b) Calcul du délai de péremption

Le délai de trois mois court depuis la réception de la notification du refus d'embauche¹⁴⁹. Selon les principes généraux, il faut considérer que la notification a lieu dès que la manifestation de volonté de l'employeur parvient dans la sphère d'influence de la personne non engagée, de telle sorte qu'en organisant normalement ses affaires, celle-ci est à même d'en prendre connaissance¹⁵⁰.

A défaut de précisions ou d'indications contraires dans la loi, il convient d'appliquer les règles générales relatives à la computation des délais en matière d'exécution des obligations (art. 77, 78 et 132 CO). Le délai vient à échéance le jour qui, dans le troisième mois, correspond par son quantième au jour du point de départ (art. 77 al. 1 ch. 3 CO)¹⁵¹. Si, par exemple, la notification du refus d'embauche intervient le 20 juin, le délai de péremption expire le 20 septembre. Lorsqu'il n'y a pas, dans le dernier mois, de jour qui correspond au quantième du jour du point de départ, le délai échoit le dernier jour dudit mois (cf. art. 77 al. 1 ch. 3 CO). Si, par exemple, la notification a lieu le 30 novembre, le délai de péremption expire le 28 février. Enfin, lorsque le dernier jour du délai tombe sur un dimanche ou un jour férié, le délai ne prend fin que le premier jour ouvrable qui suit (art. 78 al. 1 CO).

Il faut encore apporter deux précisions. Premièrement, l'article 20a al. 1^{er} de la loi fédérale sur le travail (LTr) prescrit que le jour de la fête nationale, soit le 1^{er} août, est assimilé au dimanche et que les cantons peuvent assimiler au dimanche huit autres jours fériés par an. La délimitation des jours fériés s'examine donc surtout selon le droit cantonal. Deuxièmement, selon l'art. 1^{er} de la loi fédérale sur la supputation des délais comprenant un samedi¹⁵², dans le calcul des délais légaux du droit fédéral, le samedi est assimilé à un jour férié reconnu officiellement.

¹⁴⁷ K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 31 *ad* art. 8 LEg, p. 289 s ; SUBILIA/DUC, N 6 *ad* art. 8 LEg, p. 1026 ; UEBERSCHLAG, N 763, p. 303 ; WYLER/HEINZER, p. 883 s. Contra : CLEg 2000-BIGGLER-EGGENBERGER, N 24 *ad* art. 8 LEg, p. 216 s.

¹⁴⁸ CLEg-DUNAND, N 33 *ad* art. 8 LEg, p. 208.

¹⁴⁹ SUBILIA/DUC, N 4 *ad* art. 8 LEg, p. 1026.

¹⁵⁰ Sur la notion de sphère d'influence du destinataire, cf. CR CO I-HOHL, N 5 *ad* art. 77 CO, p. 655.

¹⁵¹ Cf. CR CO I-HOHL, N 13 *ad* art. 77 CO, p. 657.

¹⁵² Loi fédérale sur la supputation des délais comprenant un samedi du 21 juin 1963, RS 173.110.3.

c) Dépôt de l'action

Il suffit que l'action (requête de conciliation ou demande en justice)¹⁵³ soit déposée auprès de l'autorité compétente (cf. art. 197 à 199 CPC)¹⁵⁴ le dernier jour du délai ou qu'elle soit remise à un guichet de la poste suisse à l'adresse de l'autorité compétente le dernier jour du délai au plus tard à minuit¹⁵⁵.

Lorsque le délai de trois mois est échu, le droit de demander une indemnité pour discrimination à l'embauche s'éteint. Le délai ne peut n'être ni interrompu, ni prolongé¹⁵⁶. Selon une jurisprudence cantonale, la personne qui a laissé passer le délai, en déposant son action cinq mois après la communication du refus d'embauche, n'est pas habilitée à soumettre une seconde candidature (fictive) dans le seul but de susciter un nouveau refus d'embauche et d'espérer ainsi être en mesure de déposer une nouvelle action qui respecterait le délai de l'art. 8 al. 2 LEg. Un tel comportement est abusif¹⁵⁷.

Comme nous le verrons ci-dessous, il est possible à certaines conditions qu'une organisation engage une action à l'occasion d'une discrimination à l'embauche (cf. art. 7 LEg). L'organisation devra alors respecter pleinement le délai de péremption de l'art. 8 al. 2 LEg¹⁵⁸. Il faut cependant relever que la procédure menée par l'organisation n'aura pas pour effet de sauvegarder les droits de la victime de la discrimination¹⁵⁹. Cela signifie que, si elle entend ouvrir une action individuelle, cette dernière devra impérativement agir dans le délai prévu à l'art. 8 al. 2 LEg¹⁶⁰. Elle pourra toutefois requérir la suspension de la cause jusqu'à droit connu sur l'action en constatation intentée par l'organisation¹⁶¹.

B. Rapports de travail de droit public (art. 13 al. 2 LEg)

Selon l'art. 13 al. 2 LEg, qui fait partie de la section 4 de la loi sur l'égalité consacrée aux voies de droit dans les rapports de travail de droit public, en « cas de discrimination lors de la création de rapports de travail, l'art. 5, al. 2, est applicable. En recourant directement

¹⁵³ MILANI, p. 59.

¹⁵⁴ MILANI, p. 59 ss.

¹⁵⁵ Cf. CR CO I-HOHL, N 19 *ad* art. 77 CO, p. 660.

¹⁵⁶ CLEg-DUNAND, N 27 *ad* art. 8 LEg, p. 207 ; CLEg 2000-BIGGLER-EGGENBERGER, N 22 *ad* art. 8 LEg, p. 216.

¹⁵⁷ Décision du Tribunal arbitral du travail du canton de Bâle-Ville du 17 décembre 1998, *in* : BJM 2001 88.

¹⁵⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1219 ; CLEg-BRUCHEZ, N 26 *ad* art. 7 LEg, p. 186 ; CLEg-DUNAND, N 25 *ad* art. 8 LEg, p. 206.

¹⁵⁹ CLEg-BRUCHEZ, N 31 *ad* art. 7 LEg, p. 187 ; WYLER/HEINZER, p. 784.

¹⁶⁰ DIETSCHY, N 739, p. 356.

¹⁶¹ DIETSCHY, N 739, p. 356.

contre la décision du refus d'embauche, les personnes dont la candidature n'a pas été retenue peuvent faire valoir leur droit à une indemnité ». La première phrase de l'art. 13 al. 2 LEg se limite à renvoyer à l'application de l'art. 5 al. 2 LEg, disposition dont la portée sera évoquée dans le chapitre suivant, consacré à l'action en paiement d'une indemnité (cf. ci-dessous, chapitre V). Nous nous bornerons donc ici à expliquer sommairement le sens de la seconde phrase de l'art. 13 al. 2 LEg.

Alors que la question pouvait donner lieu à controverse, la loi sur l'égalité a clairement établi qu'un refus d'embauche discriminatoire constitue une décision sujette à recours au sens des règles générales du droit administratif (cf. notamment l'art. 5 al. 1 de la loi fédérale sur la procédure administrative¹⁶²). Il en va ainsi quel que soit le mode de création du rapport de travail dans la collectivité en cause (décision ou contrat de droit administratif)¹⁶³.

Il en résulte que la communication de la décision de non-engagement doit respecter les prescriptions de forme relatives aux décisions administratives. En particulier, le refus doit être notifié par écrit, avec indication des motifs, des voies et délais de recours¹⁶⁴.

La loi prévoit expressément qu'en recourant directement contre la décision de refus d'embauche, les personnes dont la candidature n'a pas été retenue peuvent faire valoir leur droit à une indemnité, au sens de l'art. 5 al. 2 LEg¹⁶⁵. L'art. 13 al. 2, 2^e phrase LEg fait donc obstacle, dans un cas de discrimination à l'embauche, à l'application des règles et des jurisprudences qui excluent parfois les recours dans les litiges portant sur la création initiale des rapports de travail¹⁶⁶. Si la victime de la discrimination ne dépose pas son recours dans le délai imparté, elle perdra son droit de solliciter une indemnité¹⁶⁷.

V. Action en paiement d'une indemnité (art. 5 al. 2 et al. 4 LEg)

Selon l'art. 5 al. 2 LEg, lorsque la discrimination porte sur un refus d'embauche, la personne non engagée peut solliciter le versement d'une indemnité par l'employeur. En

¹⁶² Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, RS 172.021.

¹⁶³ ARIOLI/FURRER ISEL, N 135, p. 62 s.

¹⁶⁴ ARIOLI/FURRER ISEL, N 136, p. 63.

¹⁶⁵ Pour un cas d'application, cf. arrêt du Tribunal administratif du canton de Lucerne du 13 mars 2001, Cause V 98 245.

¹⁶⁶ CLEg-BRUCHEZ, N 43 *ad* art. 13 LEg, p. 291.

¹⁶⁷ Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Lucerne du 6 mai 2014, cause 7H 13 93, www.gleichstellungsgesetz.ch/LU/19.

revanche, la loi sur l'égalité ne prévoit pas de droit à être engagé et ne confère pas au juge le pouvoir d'ordonner l'engagement ou le réengagement de la victime de la discrimination¹⁶⁸. Il faut dire que selon le principe de la liberté contractuelle qui prévaut en droit suisse, toute personne a en principe le droit de décider si elle entend ou non conclure un contrat et, dans l'affirmative, de choisir la personne avec laquelle elle se liera¹⁶⁹. Le Conseil fédéral¹⁷⁰ et le Parlement n'ont pas souhaité déroger à ce principe dans la loi sur l'égalité.

Il s'agit ici de préciser la nature (**section A**) et les critères de fixation de l'indemnité prévue en cas de discrimination à l'embauche (**section B**). Nous déterminerons également si la personne non engagée à la possibilité d'exercer d'autres actions contre l'employeur (**section C**).

A. Nature de l'indemnité

L'indemnité sanctionnant une discrimination à l'embauche est de même nature que l'indemnité prévue dans le Code des obligations en cas de congé abusif (cf. art. 336a CO) ; elle revêt ainsi une double fonction, à la fois punitive et réparatrice¹⁷¹. Par sa fonction punitive, elle a pour but de prévenir les discriminations entre femmes et hommes à l'embauche, alors que par sa fonction réparatrice, elle tend à apporter une certaine forme de compensation à la victime de la discrimination¹⁷².

L'indemnité n'est pas subordonnée à la condition que la personne discriminée ait subi un dommage ou que l'employeur ait commis une faute¹⁷³. Elle est due dès que le refus d'embauche est discriminatoire ; elle n'a donc le caractère ni de dommages-intérêts, ni d'une sanction pénale¹⁷⁴. Il s'agit plutôt d'une indemnité *sui generis*, proche d'une peine conventionnelle ou d'une « amende civile »¹⁷⁵.

L'indemnité n'étant pas de nature salariale, elle ne fait pas partie du salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS et ne doit par conséquent pas donner lieu à perception des cotisations sociales¹⁷⁶.

¹⁶⁸ ATF 131 II 361, consid. 4.5.

¹⁶⁹ ATF 131 I 333, consid. 3.2 ; ATF 102 Ia 533, consid. 10a ; CR CO I-MORIN, N 36 *ad* art. 1 CO, p. 15.

¹⁷⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 3002 I 1213 s.

¹⁷¹ ATF 131 II 361, consid. 4.4 ; Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons du 16 septembre 2014, cause ZK2 14 18, consid. 3a ; CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1213 s.

¹⁷² ATF 131 II 361, consid. 4.6.

¹⁷³ ATF 131 II 361, consid. 4.4 ; CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1214.

¹⁷⁴ ATF 131 II 361, consid. 4.4 ; CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1214.

¹⁷⁵ ATF 131 II 361, consid. 4.4.

¹⁷⁶ WYLER/HEINZER, p. 883 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 27 *ad* art. 5 LEg, p. 166.

B. Montant de l'indemnité

La loi définit le montant maximal et le critère de fixation de l'indemnité. Elle distingue le cas dans lequel une seule personne réclame l'indemnité (1) de l'hypothèse dans laquelle plusieurs personnes prétendent au versement d'une indemnité pour refus d'embauche à un même poste (2).

1. Une seule personne réclame l'indemnité

Le Conseil fédéral avait proposé que l'indemnité due en cas de discrimination à l'embauche puisse s'élever jusqu'à un montant maximal de six mois de salaire¹⁷⁷. Au Parlement, le principe même d'une indemnité a été fortement contesté. Finalement, il a été décidé de plafonner le montant maximal à trois mois de salaire, au lieu des six mois prévus dans le projet (art. 5 al. 4 LEg)¹⁷⁸.

L'indemnité est « calculée sur la base du salaire auquel la personne discriminée avait droit ou aurait vraisemblablement eu droit » (art. 5 al. 2 LEg). Le salaire de référence est donc le salaire que la personne discriminée aurait touché si elle avait été engagée¹⁷⁹. Le salaire éventuellement mentionné dans l'offre d'emploi ou lors de l'entretien d'embauche constituera un critère de référence utile¹⁸⁰. Le salaire versé à la personne finalement engagée constituera également un précieux indice¹⁸¹, mais la personne discriminée est en droit de démontrer qu'elle aurait perçu un salaire supérieur¹⁸².

L'indemnité doit être « fixée compte tenu de toutes les circonstances » (art. 5 al. 2 LEg), soit selon les règles de l'équité (cf. art. 4 CC)¹⁸³. Le juge tiendra compte de la nature punitive et réparatrice de l'indemnité¹⁸⁴. Les critères principaux résident dans la gravité de la faute de l'employeur et dans la gravité de l'atteinte à la personnalité de la victime¹⁸⁵.

Seront notamment pris en considération :

- le fait que la personne non embauchée était au chômage au moment du recrutement¹⁸⁶ ;

¹⁷⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1214.

¹⁷⁸ BO CE 1995 318.

¹⁷⁹ CLEg-AUBERT, N 44 *ad* art. 5 LEg, p. 136.

¹⁸⁰ CLEg 2000-BIGLER-EGGENBERGER, N 19 *ad* art. 8 LEg, p. 216.

¹⁸¹ WYLER/HEINZER, p. 883.

¹⁸² K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 31 *ad* art. 5 LEg, p. 168 s ; GEISER, N 3.12 et 3.13, p. 569 s.

¹⁸³ CLEg-AUBERT, N 59 *ad* art. 5 LEg, p. 140 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 32 *ad* art. 5 LEg, p. 169.

¹⁸⁴ K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 32 *ad* art. 5 LEg, p. 169.

¹⁸⁵ GEISER, N 3.9, p. 567 ; MILANI, p. 56.

¹⁸⁶ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Lucerne du 13 mars 2001, Cause V 98 245.

- le fait que la personne non embauchée ait trouvé depuis un emploi¹⁸⁷ ;
- le fait que l'emploi convoité était d'une durée limitée (emploi saisonnier)¹⁸⁸ ;
- le fait que l'employeur ait donné des assurances lors de l'entretien d'embauche¹⁸⁹ ;
- le fait que l'employeur ait eu un comportement humiliant ou dépréciatif¹⁹⁰ ;
- la gravité de la discrimination¹⁹¹ ;
- le fait que le motif discriminatoire ait constitué l'unique raison du refus d'embauche ou seulement un motif déterminant¹⁹² ;
- le fait que l'employeur ait refusé de motiver par écrit le refus d'embauche ou qu'il ait donné une fausse motivation¹⁹³ ;
- le comportement des parties après la communication du refus d'embauche¹⁹⁴ ;
- le fait que l'employeur ait déjà été condamné par le passé en raison d'une discrimination à l'embauche¹⁹⁵ ;
- la situation économique de l'employeur¹⁹⁶.

L'existence d'une discrimination à l'embauche suffit à elle seule à engager la responsabilité de l'employeur, sans que l'on puisse tenir compte de facteurs d'exonération, tels que l'absence de faute¹⁹⁷. De même, des excuses de l'employeur et la possibilité conférée à la candidate de postuler une seconde fois ne prive pas la victime de solliciter une indemnité en raison de la discrimination subie lors de la première postulation¹⁹⁸.

La loi prévoit un montant maximal mais pas de montant minimal. Dans les limites de son pouvoir d'appréciation, le tribunal requis peut donc parfaitement fixer l'indemnité à un montant inférieur à un mois de salaire¹⁹⁹. Le Tribunal fédéral a quant à lui précisé que l'interprétation historique, téléologique et systématique de la loi ne s'opposait pas à ce

¹⁸⁷ Autorité de conciliation du canton de Zurich, 5 mars 2004, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/110.

¹⁸⁸ Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons du 16 septembre 2014, cause ZK2 14 18, consid. 3e et 4.

¹⁸⁹ CLEg 2000-BIGLER-EGGENBERGER, N 24 *ad art.* 5 LEg, p. 140.

¹⁹⁰ Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons du 16 septembre 2014, cause ZK2 14 18, consid. 3b.

¹⁹¹ Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons du 16 septembre 2014, cause ZK2 14 18, consid. 4.

¹⁹² Autorité de conciliation du canton de Zurich, 28 mai 2004, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/112.

¹⁹³ K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 21 *ad art.* 8 LEg, p. 286.

¹⁹⁴ UEBERSCHLAG, N 825 ss, p. 324 ss.

¹⁹⁵ K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 32 *ad art.* 5 LEg, p. 169.

¹⁹⁶ K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 32 *ad art.* 5 LEg, p. 169.

¹⁹⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1214.

¹⁹⁸ Autorité de conciliation du canton de Zurich, 22 janvier 2008, www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH/165.

¹⁹⁹ Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons du 16 septembre 2014, consid. 3h et 4, *in* : JAR 2015 503. Dans le cas d'espèce, la candidate non retenue réclamait une indemnité de 12'300 fr., correspondant à trois mois de salaire à 4'100 fr.

qu'une indemnité symbolique soit demandée par la victime d'une discrimination à l'embauche, « dans certaines circonstances, notamment lorsque la constatation de l'infraction représente en elle-même déjà une sanction appropriée pour l'employeur et un mode de réparation adéquat pour le lésé »²⁰⁰.

2. Plusieurs personnes réclament l'indemnité

Le projet du Conseil fédéral ne contenait pas de règle spécifique concernant le cas dans lequel plusieurs personnes prétendent au versement d'une indemnité en raison d'une discrimination à l'embauche. Selon ce projet, toutes les personnes discriminées auraient donc pu agir en paiement d'une indemnité, sans qu'une limite globale maximale soit fixée²⁰¹.

Les Chambres fédérales ont souhaité réduire l'importance de l'indemnité et la charge financière pour l'employeur en établissant que le montant maximal de trois mois de salaire valait également en cas de pluralité de demandes d'indemnisation²⁰². C'est ainsi que, selon l'art 5 al. 4, deuxième phrase, lorsque « plusieurs personnes prétendent au versement d'une indemnité pour refus d'embauche à un même poste, la somme totale des indemnités versées n'excédera pas non plus » le montant de trois mois de salaire (plafond global).

Les diverses victimes n'obtiendront pas nécessairement chacune le même montant²⁰³. Au contraire, dans les limites du montant maximal de trois mois de salaire, le juge fixera la somme à laquelle chaque personne discriminée a droit, de manière individuelle, compte tenu de toutes les circonstances (cf. art. 5 al. 2 LEg).

Vu le délai fixé à l'art. 8 al. 2 LEg, l'employeur devrait être informé du nombre de demandes au plus tard trois mois après le dernier refus. Lorsque plusieurs victimes ont agi dans les délais, les diverses causes doivent être jointes, même si elles ont été ouvertes à des fors différents, puisque le total de toutes les indemnités allouées ne peut dépasser trois mois de salaire²⁰⁴. Le juge ordonnera donc la jonction des causes (art. 125 lit. c CPC) ou transmettra le dossier au tribunal saisi en premier (art. 127 al. 1 CPC)²⁰⁵. Notons toutefois que nous n'avons pas connaissance d'un cas concret dans lequel il y aurait eu une pluralité de demandes d'indemnisations pour discrimination à l'embauche.

²⁰⁰ ATF 131 II 361, consid. 4.8.

²⁰¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1214.

²⁰² BO CN 1995 194-195.

²⁰³ GEISER, N 3.14, p. 570 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, N 35 *ad* art. 5 LEg, p. 171.

²⁰⁴ WYLER/HEINZER, p. 884.

²⁰⁵ CLEg-AUBERT, N 45 *ad* art. 5 LEg, p. 136.

C. Autres actions possibles ?

L'action en paiement d'une indemnité en raison d'un refus d'embauche discriminatoire constitue une action spécifique. Il convient de déterminer si la personne non engagée est également en droit d'exercer d'autres actions prévues dans la loi sur l'égalité (1) ou dans le droit commun (2).

1. Les autres actions prévues dans la LEg

L'art. 5 al. 2 LEg prescrit que la personne lésée par une discrimination à l'embauche « ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité ». Le texte de cette disposition paraît exclure les actions mentionnées à l'art. 5 al. 1 LEg, à savoir les actions en prévention, en cessation, et en constatation d'une discrimination, ainsi que l'action en paiement du salaire. Il faut toutefois faire une distinction. Il paraît clair que l'action en paiement du salaire n'est pas possible : en l'absence d'engagement, il n'existe pas de contrat de travail et, par voie de conséquence, aucun droit au salaire. De même, il est logique que la victime d'une discrimination à l'embauche ne puisse agir en prévention ou en cessation d'une non-embauche, car cela reviendrait à exiger l'engagement, ce qui est contraire, nous l'avons vu, au principe de la liberté contractuelle²⁰⁶.

En revanche, doit être réservée la possibilité pour la personne non engagée d'ouvrir une action en constatation. Comme l'a relevé Gabriel Aubert, « le but du législateur était de préserver la liberté contractuelle, en évitant que la salariée intente une action en prévention ou en cessation de trouble pour obtenir la conclusion [... du contrat de travail]. L'action en constatation ne présente pas ce danger »²⁰⁷. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs jugé qu'une interprétation systématique de l'art. 5 al. 2 LEg postulait d'admettre, dans son principe, la voie de l'action en constatation de droit en cas de discrimination à l'embauche. En effet, « quel que soit le montant, une indemnité fondée sur cette disposition suppose logiquement que l'on puisse constater l'existence d'une discrimination, du moins à titre préjudiciel. [...]. De plus, il est possible que, dans certaines situations particulières, seule une action en constatation de droit soit envisageable, par exemple si le montant maximal de l'indemnité pouvant être mis à la charge de l'employeur est atteint après qu'un grand nombre de lésés ont demandé et obtenu une indemnisation »²⁰⁸.

²⁰⁶ CLEg-AUBERT, N 37 *ad* art. 5 LEg, p. 134.

²⁰⁷ CLEg-AUBERT, N 20 *ad* art. 5 LEg, p. 130 s.

²⁰⁸ ATF 131 II 361, consid. 4.7. Voir aussi GEISER, N 3.6, p. 566.

2. Les actions générales du droit commun

L'art. 5 al. 5 LEg réserve les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral de la victime d'une discrimination (art. 5 al. 5 LEg). Ainsi que l'a précisé le Tribunal fédéral, une discrimination au sens de la loi sur l'égalité représente aussi une atteinte aux droits de la personnalité (acte illicite) qui peut donner droit à des dommages-intérêts ainsi qu'à une réparation du tort moral. Dès lors, la personne lésée par une discrimination peut faire valoir les droits spécifiques de l'art. 5 al. 1 à 4 LEg et, cumulativement, les prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral réservées à l'art. 5 al. 5 LEg. Dans le même arrêt, notre Haute Cour a encore indiqué que la personne lésée doit pouvoir faire valoir toutes ces prétentions dans la procédure ouverte contre la décision discriminatoire²⁰⁹.

Il résulte de ce qui précède que la victime d'une discrimination à l'embauche au sens de la loi sur l'égalité devrait pouvoir invoquer concurremment l'indemnité forfaitaire prévue dans la LEg et les réparations résultant du droit commun (art. 41 ss CO)²¹⁰. La portée de la réserve de l'art. 5 al. 5 LEg est toutefois sujette à interprétation. En effet, dans la mesure où la loi sur l'égalité constitue une *lex specialis* par rapport au Code des obligations et que les deux lois prévoient la réparation du même préjudice, la victime de la discrimination ne devrait avoir droit qu'à une seule indemnité pour la même atteinte²¹¹.

Comme nous l'avons vu, l'indemnité prévue en cas de discrimination à l'embauche comporte un double aspect, à la fois punitif et réparateur. Il est ainsi douteux que la personne non engagée puisse réclamer en justice des montants supérieurs à la limite prévue dans la loi sur l'égalité en se fondant sur les actions prévues dans le Code des obligations²¹². On réserve les situations particulières. En effet, la victime de la discrimination à l'embauche doit pouvoir agir en réparation du tort moral si l'atteinte subie est à ce point grave qu'un montant correspondant à trois mois de salaire (limite maximale prévue à l'art. 5 al. 4 LEg) ne suffirait pas à la réparer²¹³. La victime doit aussi pouvoir agir en dommages-intérêts pour récupérer les frais de défense engagés en raison de la discrimination²¹⁴.

Enfin, l'art. 5 al. 5 LEg réserve aussi « les prétentions découlant de dispositions contractuelles plus favorables aux travailleurs ». La loi vise les éventuelles dispositions contenues dans des contrats de travail ou des conventions collectives qui seraient plus

²⁰⁹ ATF 133 II 257, consid. 5.3.

²¹⁰ CLEg-AUBERT, N 39 *ad* art. 5 LEg, p. 134 s.

²¹¹ WYLER/HEINZER, p. 881. Voir aussi GEISER, p. 566 s.

²¹² WYLER/HEINZER, p. 884.

²¹³ CLEg-AUBERT, N 75 *ad* art. 5 LEg, p. 143.

²¹⁴ ATF 133 II 257, consid. 5.4.

favorables aux travailleurs²¹⁵. Nous n'avons toutefois pas connaissance de l'existence de telles clauses en matière de discrimination à l'embauche.

VI. Qualité pour agir des organisations (art. 7 LEg)

L'ordre juridique suisse connaît plusieurs règles, d'origine légale ou jurisprudentielle, qui confèrent, selon des modalités diverses, la qualité pour agir aux organisations (cf. notamment l'art. 89 CPC)²¹⁶. Nous nous limiterons ici à quelques considérations relatives à la qualité pour agir des organisations selon l'art. 7 LEg en cas de discrimination à l'embauche.

Il résulte de l'art. 7 al. 1 LEg que 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. Avant d'ouvrir action, ces organisations doivent donner à l'employeur concerné la possibilité de prendre position »²¹⁷.

Les personnes morales visées par l'art. 7 LEg peuvent consister autant en des organisations ayant pour tâche de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes (associations féministes, par exemple), qu'en des organisations ayant pour tâche de défendre les intérêts des travailleurs (syndicats)²¹⁸.

Selon l'art. 7 LEg, la qualité pour agir des organisations n'est reconnue que lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail. Autrement dit, l'action doit viser un intérêt général même si elle tend à faire confirmer une discrimination à l'encontre d'une personne déterminée²¹⁹.

Le droit d'action est limité à la requête d'un jugement en constatation. Les organisations ne peuvent donc pas agir pour faire interdire ou cesser une discrimination, ou obtenir l'exécution d'une prestation ou le paiement de dommages-intérêts en faveur d'une

²¹⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1215.

²¹⁶ Sur cette question, cf. CLEg-BRUCHEZ, N 35 ss *ad* art. 7 LEg, p. 188 ss.

²¹⁷ Pour un commentaire détaillé de l'art. 7 LEg, cf. CLEg-BRUCHEZ, p. 177 ss.

²¹⁸ CLEg-BRUCHEZ, N 7 *ad* art. 7 LEg, p. 180 s ; DIETSCHY, N 735, p. 354 ; WYLER/HEINZER, p. 781.

²¹⁹ DIETSCHY, N 736, p. 354.

personne déterminée²²⁰. L'action de l'organisation n'empêche évidemment pas la personne discriminée d'intenter sa propre action individuelle.

L'action des organisations est parfaitement envisageable en matière de discrimination à l'embauche. Ainsi que l'a relevé le Conseil fédéral, une organisation a la faculté de faire constater par un juge qu'une entreprise viole, selon une pratique constante, l'interdiction de discriminer lors de l'embauche²²¹, par exemple en privilégiant systématiquement l'un ou l'autre sexe, sans raison objective²²². En revanche, vu les principes généraux rappelés ci-dessus, les organisations ne peuvent solliciter, au nom de la personne non engagée, le paiement de l'indemnité prévue à l'art. 5 al. 2 et al. 4 LEg²²³. L'organisation agira donc à l'occasion d'une discrimination concrète, non pour prendre en charge les intérêts de la victime, mais pour défendre un intérêt collectif. Il reviendra, le cas échéant à la personne discriminée d'intenter une action individuelle en vue de l'obtention de l'indemnité²²⁴.

Selon l'art. 7 al. 2 LEg, « les dispositions régissant les actions intentées à titre individuel sont applicables par analogie ». Cela signifie que, dans le cas d'une discrimination à l'embauche, le délai péremptoire de trois mois de l'art. 8 al. 2 LEg pour ouvrir action doit également être respecté par l'organisation qui agit en constatation de droit²²⁵.

En pratique, les actions des organisations en cas de discrimination à l'embauche sont quasi inexistantes. Dans une affaire vaudoise, une greffière substitute du Tribunal cantonal s'était vu proposer le poste de première greffière substitute du Tribunal, mais n'avait finalement pas obtenu ce poste parce qu'elle était enceinte. L'Association vaudoise pour les droits de la femme (ADF) avait alors ouvert action contre l'Etat de Vaud afin de faire constater que la candidature de l'intéressée avait été écartée pour des motifs discriminatoires. Le Tribunal de prud'hommes de Lausanne, tout en considérant qu'il s'agissait d'un cas de refus de promotion et non de refus d'embauche, a jugé à titre préjudiciel, au stade de la recevabilité de l'action, que les conditions de l'art. 7 LEg étaient remplies²²⁶. Dans son jugement au fond, le Tribunal a toutefois déclaré douter que l'issue du procès puisse affecter un nombre considérable de rapports de travail, au sens de l'art. 7 LEg, comme cela pouvait apparaître avant l'introduction de la demande²²⁷.

²²⁰ CLEg-BRUCHEZ, N 20 *ad* art. 7 LEg, p. 185.

²²¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1219.

²²² CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1221.

²²³ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1221.

²²⁴ CHAVANNE, p. 372 ; DIETSCHY, N 739, p. 356.

²²⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 2003 I 1219 ; CLEg-BRUCHEZ, N 26 *ad* art. 7 LEg, p. 186.

²²⁶ Jugement préjudiciel du Tribunal de prud'hommes de Lausanne du 17 juillet 2002, www.leg.ch (discrimination à la promotion).

²²⁷ Jugement du Tribunal de prud'hommes de Lausanne du 6 août 2003, www.leg.ch (discrimination à la promotion).

VII. Conclusion

La discrimination à l'embauche fondée sur le sexe est pratiquée quotidiennement dans notre pays. Et pourtant les actions judiciaires sont relativement rares. Il existe certainement des causes générales et des causes plus spécifiques qui peuvent expliquer ce paradoxe. Les causes générales relèvent du manque d'effectivité de la loi sur l'égalité ; elles ont été rappelées dans le rapport du Conseil fédéral de 2006 (connaissance insuffisante de la loi, appréhension d'agir contre un employeur, administration de la preuve, longueur des procédures, etc.)²²⁸. Les causes spécifiques résultent du régime propre à la discrimination à l'embauche. Ainsi, le délai pour ouvrir action prévu à l'art. 8 al. 2 LEg génère un premier obstacle pour la personne non embauchée. De même, le fait que l'allègement du fardeau de la preuve (cf. art. 6 LEg) ne s'applique pas en matière d'embauche constitue une difficulté supplémentaire de taille. Enfin, la sanction, limitée à trois mois de salaire, peut s'avérer peu dissuasive. Nous évoquerons ici à nouveau le cas traité dans le canton des Grisons que nous avons présenté dans notre introduction. Certes, la discrimination à l'embauche a été reconnue et l'employeur s'est vu condamné à payer à la candidate non retenue une indemnité de 1'000 fr. Mais, du fait que la demanderesse avait réclamé une indemnité de 12'300 fr. (trois mois de salaire à 4'100 fr.) et qu'elle n'a obtenu gain de cause que pour une faible partie de ce montant (soit, 1'000 fr.), elle a été condamnée à prendre en charge des dépens de première et de seconde instance pour un total de 3'000 fr. (cf. art. 106 al. 2 CPC)²²⁹. La victime a donc dû finalement déboursier 2'000 fr., sans compter ses propres frais d'avocat, pour obtenir la reconnaissance d'une discrimination !

Nous souhaitons malgré tout conclure sur une note plus positive. Les autorités de conciliation jouent un rôle non négligeable. Dans la majorité des cas qui leur ont été soumis, elles ont constaté une discrimination et ont proposé que l'employeur verse une indemnité. Il existe donc certainement un potentiel non encore utilisé pour toutes les personnes victimes d'une discrimination à l'embauche à raison du sexe.

²²⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport, FF 2006, p. 3075 ss.

²²⁹ Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons du 16 septembre 2014, cause ZK2 14 18, consid. 5-7.

VIII. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

ARIOLI KATHRIN et FURRER ISELI FELICITAS, L'application de la loi sur l'égalité aux rapports de travail de droit public, Bâle 2000.

AUBERT GABRIEL et LEMPEN KARINE (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : CLEg-AUTEUR).

BIGLER-EGGENBERGER et KAUFMANN CLAUDIA (éd.), Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000 (cité : CLEg 2000-AUTEUR).

BOHNET FRANÇOIS et JEANNIN PASCAL, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, *in* : RDS 134 (2015) I, p. 223-256.

BRUNNER CHRISTIANE, BÜHLER JEAN-MICHEL, WAEBER JEAN-BERNARD et BRUCHEZ CHRISTIAN, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004.

CHAVANNE MICHEL, La qualité pour agir des organisations fondée sur l'article 7 LEg et la promotion du principe de l'égalité, *in* : Wyler (éd.), Panorama en droit du travail, Berne 2009, p. 365-380.

CARRUZZO PHILIPPE, Le contrat individuel de travail – Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich/Bâle/Genève 2009.

CONSEIL FÉDÉRAL, 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 fédérale du 24 février 1993, *in* : FF 1993 I 1163 (cité : Conseil fédéral, Message).

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité en exécution de la motion Vreni Hubmann 02.3142, transmise par le Conseil national sous forme de postulat le 21 juin 2002, du 15 février 2006, *in* : FF 2006 3061 (cité : Conseil fédéral, Rapport).

DIETSCHY PATRICIA, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Bâle 2011.

DUNAND JEAN-PHILIPPE et MAHON PASCAL (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 (cité : Commentaire-AUTEUR).

GEISER THOMAS, Die Regeln über die Anstellungsdiskriminierung und die Beförderungsdiskriminierung im Gleichstellungsgesetz, *in*: ZBJV 132/1996, p. 555-578.

GIAUQUE CHRISTIAN, Interdiction de discriminer en raison de la grossesse, *in* : Wyler (éd.), Panorama II en droit du travail, Berne 2012, p. 153-164.

KAUFMANN CLAUDIA et STEIGER-SACKMANN SABINE (éd.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Bâle 2009 (cité : K GIG-Auteur).

MEIER PHILIPPE, Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011.

MILANI DOMINIK, Die Geltendmachung von Entschädigungs-ansprüchen infolge Anstellungsdiskriminierung bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen im erstinstanzlichen gerichtlichen Entscheidverfahren, *in*: ArbR 2011, p. 39-86.

- PÄRLI KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis – Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Berne 2009.
- PÄRLI KURT, HUG JULIA et PETRIK ANDREAS, Arbeit, Krankheit, Invalidität – Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, Berne 2015.
- PERRENOUD STÉPHANIE, La protection de la maternité – Etude de droit suisse, international et européen, Berne 2015.
- PICHONNAZ PASCAL et FOËX BÉNÉDICT (éd.), Commentaire romand, Code civil I, Bâle 2010 (cité : CR CC I-AUTEUR).
- STREIFF ULLIN, VON KAENEL ADRIAN et RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zurich/Bâle/Genève 2012.
- SUBILIA OLIVIER et DUC JEAN-LOUIS, Droit du travail – Eléments de droit suisse, Lausanne 2010.
- THÉVENOZ LUC et WERRO FRANZ (éd.), Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2012 (cité : CR CO I-Auteur).
- UEBERSCHLAG JAKOB, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG) – Unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, Zurich/Bâle/Genève 2009.
- WYLER RÉMY et HEINZER BORIS, Droit du travail, Berne 2014.

La protection contre les discriminations fondées sur la maternité selon la LEG

Sommaire	Page
I. Introduction	73
II. L'interdiction de la discrimination lors de l'embauche et le droit au mensonge de la personne candidate à un emploi	78
A. L'interdiction de la discrimination lors de l'embauche	78
B. Le droit au mensonge de la personne candidate à un emploi	80
1. Les questions relatives à un désir de maternité	81
2. Les questions relatives à l'existence d'une grossesse	82
III. L'interdiction de la discrimination dans l'attribution des tâches et l'aménagement des conditions de travail	85
IV. L'interdiction de la discrimination dans la rémunération	87
V. L'interdiction de la discrimination dans l'accès à la formation et au perfectionnement professionnels	88
VI. L'interdiction de la discrimination dans la promotion	89
VII. L'interdiction de la discrimination lors de la résiliation des rapports de travail	89
VIII. Bibliographie	93

I. Introduction

La maternité est une éventualité que le législateur a insérée dans un cadre protecteur. Différentes mesures sont en effet destinées à assurer la protection des femmes enceintes, des accouchées et des mères qui allaitent. Nous pensons, par exemple, à la loi fédérale sur le travail, qui garantit la protection de la santé (art. 35 LTr¹) et accorde certains aménagements en matière de temps de travail et de repos durant la maternité (art. 35a-b

¹ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail, LTr), RS 822.11.

LTr), à la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain, qui permet le versement d'allocations de maternité aux travailleuses qui ont donné naissance à un enfant (art. 16b-h LAPG²), ou encore au Code des obligations, qui proscrit, notamment, le licenciement d'une employée pendant sa grossesse et les seize semaines qui suivent son accouchement (art. 336c CO³).

La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) concourt également à la protection des femmes en situation de maternité puisqu'elle interdit formellement à l'employeur 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* » (art. 3 al. 1 LEg⁴). Ce faisant, la LEg a réalisé la transposition du principe de l'égalité entre les sexes (art. 8 al. 3 Cst.⁵) dans les relations de travail entre particuliers⁶.

L'art. 3 al. 1 LEg énonce une interdiction absolument impérative⁷, qui vise toute discrimination, aussi bien directe qu'indirecte⁸. Les critères de distinction y mentionnés (la grossesse, l'état civil et la situation familiale) ne sont, en outre, qu'« *exemplatifs* »⁹. D'autres critères (tel, par exemple, celui des préférences sexuelles) tombent également

² Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 (Loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG), RS 834.1.

³ Code des obligations du 30 mars 1911 (CO), RS 220.

⁴ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), RS 151.1.

⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

⁶ Sur ce point, cf. Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêt fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale du 24 février 1993, FF 1993 I 1163 (1208-1209).

⁷ Cela signifie que toute dérogation (prévue dans une convention collective, un contrat-type de travail, un contrat individuel de travail ou un règlement d'entreprise, p. ex.) est, de plein droit, sanctionnée de nullité. Cf. FF 1993 I 1163 (1212). Cf. aussi ATF 130 III 145, consid. 3.2 ; ATF 127 III 207, consid. 4b.

⁸ Une discrimination à raison du sexe doit être qualifiée de « *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* » (FF 1993 I 1163 (1210)). Une discrimination à raison du sexe est dite « *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* » ; en d'autres termes, 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* » (FF 1993 I 1163 (1177 et 1210)). Si les distinctions fondées sur la grossesse constituent des discriminations directes, celles opérées entre travailleurs occupés à plein temps et à temps partiel sont, pour leur part, des discriminations indirectes. Sur les notions de discrimination « *directe* » et « *indirecte* », cf. PERRENOUD, La protection de la maternité, p. 274-278.

⁹ FF 1993 I 1163 (1211).

sous le coup de la prohibition des discriminations à raison du sexe, dans la mesure où ils ont pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes de l'un ou l'autre sexe¹⁰. En particulier, l'interdiction de la discrimination à raison de la grossesse défend de discriminer une accouchée ou une mère qui allaite ; l'interdiction de la discrimination à raison de la situation familiale s'oppose, pour sa part, aux traitements moins favorables réservés aux mères d'enfants en bas âge¹¹. La maternité dans son ensemble (grossesse, convalescence *post partum*, période d'allaitement, notamment) représente donc un critère de distinction prohibé.

L'employeur qui traite une travailleuse différemment de ses collègues masculins en raison du fait qu'elle est en situation de maternité, ne saurait, toutefois, systématiquement se voir reprocher un comportement prohibé. Le critère du sexe n'est en effet que « *potentiellement* » discriminatoire, ce qui signifie qu'une différence de traitement fondée sur le sexe est admissible, en présence d'une justification objective¹². Tel est le cas lorsque la distinction est exigée par l'exécution du travail¹³ ou lorsqu'elle « *poursuit un but légitime, sans rapport avec la répartition des rôles entre les sexes, par exemple un objectif de politique sociale* »¹⁴. Dans ce domaine, il convient cependant de faire preuve de vigilance car « *une motivation apparemment objective peut fort bien cacher un stéréotype sexuel* »¹⁵. Le juge devra donc « *procéder à une pesée des intérêts en jeu sous l'angle du principe de proportionnalité* » : il ne suffit pas que le but poursuivi soit objectivement justifié, encore faut-il 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* »¹⁶. Un traitement différencié est également admissible lorsqu'il repose sur une différence

¹⁰ FF 1993 I 1163 (1211). Cf. aussi CLEg-COSSALI SAUVAIN, n° 19 *ad art.* 1 LEg, p. 26.

¹¹ WALDER PFYFFER/WISLER ALBRECHT, p. 78, 87 et 109.

¹² FF 1993 I 1163 (1211).

¹³ Le sexe peut représenter un facteur déterminant pour l'exécution du travail dans les métiers du spectacle ou de la mode (acteurs, comédiens, chanteurs, mannequins, modèles, strip-teaseurs, *etc.*) où, pour des raisons d'authenticité, il arrive qu'un emploi ne puisse être occupé que par une personne de sexe féminin ou masculin. Le sexe peut également se révéler être un facteur déterminant pour certaines activités de soutien psychologique. Pour déterminer si la décision d'un employeur d'engager uniquement des femmes ou des hommes est admissible, les tribunaux doivent rechercher, dans le cas d'espèce, si celle-ci repose sur une justification objective ou si, au contraire, elle reflète une conception stéréotypée des rôles masculin et féminin. Sur ce point, cf. FF 1993 I 1163 (1212). Cf. aussi CLEg-LEMPEN, nos 16-19 *ad art.* 3 LEg, p. 44-46 ; GEISER, p. 555-578 ; LEMPEN, p. 266-267 ; UEBERSCHLAG, *Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts*, nos 85-89 et 105-106, p. 34-35 et 40-41.

¹⁴ FF 1993 I 1163 (1211). Cf. aussi TF, arrêt 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, consid. 5.1 ; ATF 130 III 145, consid. 5.2.

¹⁵ FF 1993 I 1163 (1211).

¹⁶ FF 1993 I 1163 (1211). Cf. aussi ATF 130 III 145, consid. 5.2.

biologique entre les sexes¹⁷. La maternité, comprise comme la capacité des femmes à donner la vie (grossesse, accouchement, convalescence et allaitement), constitue précisément la seule différence biologique entre les sexes qui permet de justifier objectivement qu'hommes et femmes soient traités différemment ; les différences de traitement entre les sexes qui résultent de dispositions et prestations destinées à la protection de la femme durant la maternité (art. 336c al. 1 lit. c CO, art. 35-35b LTr, art. 16b-h LAPG, p. ex.) ne contreviennent dès lors ni au principe de l'égalité juridique entre les sexes (art. 8 al. 3 Cst.), ni à l'interdiction de la discrimination à raison du sexe dans les relations de travail (art. 3 al. 1 LEg)¹⁸. La protection doit toutefois rester en relation avec la maternité entendue dans son acception biologique (fonction reproductrice, nécessité de récupérer après l'accouchement, allaitement maternel, notamment) ; si la mesure tend à permettre à la femme de jouer son rôle social de mère, véhiculant ainsi une conception traditionnelle stéréotypée des rôles entre les sexes (selon laquelle la femme s'occupe du ménage et des enfants pendant que l'homme travaille à l'extérieur pour subvenir aux besoins de la famille), elle doit, en revanche, être considérée comme discriminatoire. Si l'employeur qui accorde à ses travailleuses un congé de maternité de seize semaines rémunéré à 100% n'agit pas de manière contraire à l'art. 3 LEg, il en irait différemment s'il s'agissait de l'octroi d'un congé parental aux mères (soit, un congé d'une certaine durée à prendre à l'issue du congé de maternité) ; dans ce cas-là, l'employeur se rend alors coupable d'une discrimination à l'égard, non pas des mères, mais des pères¹⁹.

L'interdiction de la discrimination ne vaut qu'entre les sexes, c'est-à-dire entre travailleurs, d'une part, et travailleuses, d'autre part ; les discriminations entre personnes du même sexe ne tombent dès lors pas sous le coup de l'art. 3 LEg²⁰. L'application de cette disposition n'est toutefois pas subordonnée à l'exigence que l'employeur ne discrimine pas également entre hommes ou entre femmes²¹. En effet, « *sauf à justifier la discrimination par la discrimination* », nier le caractère discriminatoire d'une mesure introduisant à la fois une

¹⁷ Cf., p. ex., ATF 129 I 265, consid. 3.2 ; ATF 126 I 1, consid. 2a.

¹⁸ BIGLER-EGGENBERGER, n^{os} 75 et 270, p. 38 et 134 : « *La grossesse et la maternité sont des faits exigeant impérativement un traitement différent* » ; CLEg-LEMPEN, n^o 7 ad art. 3 LEg, p. 37 ; LEMPEN, p. 266. Sur ce point, cf. également, PERRENOUD, La protection de la maternité, p. 278-287.

¹⁹ Dès lors que le but d'un congé parental est de permettre l'éducation de l'enfant (soit un rôle qui est propre aux parents, et non uniquement à la mère), l'octroi d'un tel congé (rémunéré ou non) aux seules femmes, sans permettre aux pères de profiter d'une partie de celui-ci, viole le principe de l'égalité entre les sexes (art. 8 al. 3 Cst., art. 3 LEg). Sur ce point, cf. ATF 140 I 305. Pour un commentaire de cet arrêt, cf. PÄRLI, p. 152-156 ; PERRENOUD, Le congé de maternité, p. 1652-1671.

²⁰ Cf., p. ex., arrêt du Tribunal fédéral 8C_78/2009 du 21 août 2010, consid. 11.2.2 (considérant non publié in ATF 136 II 393) et 11.3 ; ATF 127 III 207, consid. 4b. Cf. aussi CLEg-AUBRY GIRARDIN, n^{os} 27-28 ad art. 3 LEg, p. 80-81 ; CLEg-LEMPEN, n^o 2 ad art. 3 LEg, p. 34 ; CLEg-WYLER, n^o 13 b ad art. 6 LEg, p. 157.

²¹ ATF 127 III 207, consid. 4b. Cf. aussi CLEg-WYLER, n^o 13 lit. b ad art. 6 LEg, p. 157.

différence de traitement injustifiée entre les sexes et entre personnes du même sexe (il en va ainsi du refus d'un employeur d'engager une femme en raison de sa grossesse ou de son rôle de mère, qui est constitutif d'une discrimination des femmes non seulement par rapport aux hommes, mais également par rapport aux femmes sans enfant) n'est pas soutenable²². Il suffit donc qu'une partie de l'effectif des travailleuses ou des travailleurs soit discriminée par rapport au sexe opposé pour admettre une discrimination à raison du sexe²³. En outre, l'art. 3 LEg est applicable dès qu'une mesure a pour effet de discriminer un travailleur de l'un ou l'autre sexe ; l'illicéité de la mesure n'est subordonnée ni à l'existence d'une intention discriminatoire de l'employeur, ni même à la condition que ce dernier ait conscience de la discrimination²⁴.

La protection contre les discriminations fondées sur la maternité selon la LEg s'adresse aux travailleuses salariées et s'applique tant dans les rapports de travail régis par le Code des obligations, que dans ceux relevant du droit public fédéral, cantonal ou communal (art. 2 LEg)²⁵. Elle est invocable dans l'ensemble des différents stades de la relation de travail, ce qui implique que l'employeur est obligé de veiller au respect de l'égalité entre les sexes pendant toute la durée du contrat de travail, y compris au moment de l'embauche et lors de la résiliation des rapports de travail²⁶. À teneur de l'art. 3 al. 2 LEg, en effet, la discrimination est prohibée, notamment, lors de l'embauche (*infra*, II.), dans l'attribution des tâches et l'aménagement des conditions de travail (*infra*, III.), dans la rémunération (*infra*, IV.), dans l'accès à la formation et au perfectionnement professionnels (*infra*, V.), dans la promotion (*infra*, VI.) et lors de la résiliation des rapports de travail (*infra*, VII.).

²² ATF 127 III 207, consid. 4b. Cf. aussi CLEg-AUBRY GIRARDIN, n° 27-28 *ad* art. 3 LEg, p. 80-81 ; CLEg-LEMPEN, n° 2 *ad* art. 3 LEg, p. 34 ; CLEg-WYLER, n° 13 lit b *ad* art. 6 LEg, p. 157 ; LEMPEN, p. 265-266.

²³ CLEg-LEMPEN, n° 2 *ad* art. 3 LEg, p. 34.

²⁴ FF 1993 I 1163 (1212). Cf. aussi ATF 127 III 207, consid. 5b ; ATF 113 Ia 107, consid. 4a. Cf. également CLEg-AUBRY GIRARDIN, n° 9 *ad* art. 3 LEg, p. 73-74 ; CLEg-LEMPEN, n° 5 *ad* art. 3 LEg, p. 36 ; CLEg-WYLER, n° 11 *ad* art. 6 LEg, p. 154.

²⁵ Cf. FF 1993 I 1163 (1164 et 1208). Les règles de procédure diffèrent toutefois selon qu'il s'agit de rapports de travail de droit privé (cf. art. 8-12 LEg) ou de droit public (cf. art. 13 LEg).

²⁶ FF 1993 I 1163 (1209 et 1298). Cf. aussi CLEg-LEMPEN, n° 13 *ad* art. 3 LEg, p. 42.

II. L'interdiction de la discrimination lors de l'embauche et le droit au mensonge de la personne candidate à un emploi

Afin de garantir que l'égalité des sexes dans l'emploi puisse pleinement sortir ses effets, il est primordial que la discrimination soit prohibée dès le stade de l'accès à l'emploi (*infra*, A.)²⁷. L'interdiction de la discrimination à l'embauche permet, en particulier, d'accorder un droit au mensonge à la personne candidate à un emploi lorsque des questions illicites lui sont posées au cours d'un entretien d'embauche (*infra*, B.).

A. L'interdiction de la discrimination lors de l'embauche

L'interdiction de la discrimination à l'embauche prévaut durant « *tout le processus de sélection des candidats, du dépôt de la première candidature au choix définitif de la personne engagée* »²⁸. Le point de savoir si le refus de l'employeur d'engager une candidate en raison de sa grossesse est intervenu sur la base de son dossier de candidature, sans même lui avoir accordé une audition, ou, à l'inverse, après le déroulement d'un entretien d'embauche, n'a dès lors pas besoin d'être tranché²⁹.

La protection résultant de l'art. 3 LEg n'est toutefois pas invocable au stade de l'offre d'emploi. Dans le secteur privé, le caractère discriminatoire d'une offre d'emploi ne peut donc être soulevé qu'à condition que la partie demanderesse ait effectivement fait acte de candidature³⁰. Si une offre d'emploi discriminatoire ne permet pas, en soi, de fonder un quelconque droit à une indemnité pour discrimination à l'embauche (cf. art. 5 al. 2 LEg), elle sert cependant d'indice pour rendre vraisemblable l'existence d'une discrimination au moment de l'embauche³¹. En outre, une réparation morale (art. 49 CO) peut être sollicitée

²⁷ FF 1993 I 1163 (1212).

²⁸ GIAUQUE, p. 156.

²⁹ GIAUQUE, p. 156-157.

³⁰ FF 1993 I 1163 (1214 et 1221). Cf. aussi CLEg-DUNAND, n° 7 *ad* art. 8 LEg, p. 202 ; CLEg-LEMPEN, n° 13 *ad* art. 3 LEg, p. 42 ; K GLG-FREIVOGEL, n° 21 *ad* art. 3 LEg, p. 62 ; UEBERSCHLAG, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts, n° 273-275, p. 119-120. Sur la problématique des offres d'emploi discriminatoires, cf. spécifiquement UEBERSCHLAG, Geschlechtsspezifische Stellenausschreibungen im öffentlichen Personalrecht und Arbeitsprivatrecht, p. 125-141.

³¹ FF 1993 I 1163 (1214 et 1221). Cf. aussi CLEg-DUNAND, n° 7 *ad* art. 8 LEg, p. 202 ; CLEg-LEMPEN, n° 13 *ad* art. 3 LEg, p. 43 ; K GLG-ARIOLI, n° 45 *ad* art. 13 LEg, p. 411 ; K GLG-FREIVOGEL, n° 21 *ad* art. 3 LEg, p. 62.

par la personne victime d'une offre d'emploi discriminatoire³². Dans le secteur public, en revanche, la situation est différente puisqu'une offre d'emploi discriminatoire peut être attaquée en justice, sur la base de l'art. 8 al. 3 Cst., sans que la partie demanderesse ait déposé sa candidature³³ ; dans les relations de travail entre l'Etat et son personnel, les droits fondamentaux sont en effet directement applicables.

L'employeur qui refuse d'engager une femme au motif qu'elle est enceinte ou en âge de procréer adopte un comportement constitutif d'une discrimination directe à l'embauche à raison de la grossesse³⁴. La ou le candidat (e) à un emploi qui n'est pas engagé (e) au motif que sa situation familiale (parent d'enfants en âge préscolaire, p. ex.) serait incompatible avec le poste mis au concours (horaires de travail irréguliers, p. ex.), est, pour sa part, victime d'une discrimination indirecte à raison du sexe³⁵.

L'art. 3 LEg interdit également à l'employeur d'exiger d'une candidate à un emploi qu'elle effectue un test de grossesse (cf. aussi art. 9 Conv. OIT n° 183³⁶). Cette prohibition se déduit aussi de l'art. 328b CO³⁷. Ce n'est qu'à titre exceptionnel, pour des raisons de

³² Cf. ZH, ArbG, arrêt du 13 janvier 2006, JAR 2007, p. 509-519 (une offre d'emploi discriminatoire est susceptible d'engager la responsabilité résultant d'une *culpa in contrahendo*, même en l'absence d'un entretien d'embauche). Cf. aussi CLEg-DUNAND, n° 7 *ad* art. 8 LEg, p. 202.

³³ K GLG-ARIOLI, n° 45 *ad* art. 13 LEg, p. 411 ; K GLG-FREIVOGEL, n° 21 *ad* art. 3 LEg, p. 62.

³⁴ Cf., p. ex., NW, Schlichtungsbehörde, 10 janvier 2008 (refus d'embaucher une candidate à un poste d'enseignante en raison du fait qu'elle est enceinte) ; ZH, VG, arrêt du 8 février 2006, PB.2005.00049 (refus d'un employeur de prolonger le contrat de durée déterminée d'une travailleuse au-delà de la durée initialement convenue qui survient après que l'employée lui a annoncé être enceinte) ; AG, Schlichtungsbehörde, 28 novembre 2006 (refus d'une Commune de conclure un contrat de travail avec une jeune femme, qui intervient après que la Commune a informé la candidate par téléphone que sa candidature était acceptée, en raison du fait que la future employée l'a spontanément informée de sa grossesse au moment de la conclusion du contrat) ; LU, VG, arrêt du 13 mars 2001, V 98 245 (refus d'un hôpital soumis au droit public d'engager une jeune mère, en qualité d'employée de blanchisserie, par crainte d'une éventuelle seconde grossesse) ; ZH, Schlichtungsbehörde, 6 avril 1998 (discrimination directe d'une journaliste qui, au cours d'un entretien d'embauche, a répondu à une question concernant ses projets familiaux qu'elle n'excluait pas de fonder une famille et qui, de ce fait, s'est vu refuser le poste mis au concours). Pour un résumé de ces affaires, cf. <http://www.gleichstellungsgesetz.ch> (consulté le 9.11.15).

³⁵ SO, OG, arrêt du 31 août 1999, SOG 1999, Nr. 1. Pour un résumé de cette affaire, cf. <http://www.gleichstellungsgesetz.ch> (SO/6) (consulté le 9.11.15). Cf. aussi CLEg-LEMPEN, n° 21 *ad* art. 3 LEg, p. 47.

³⁶ Convention de l'Organisation internationale du Travail (OIT) n° 183 sur la protection de la maternité, adoptée le 15 juin 2000, approuvée par l'Assemblée fédérale le 14 décembre 2012 et entrée en vigueur pour la Suisse le 4 juin 2015, RS 0.822.728.3.

³⁷ Cf. Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national relatif à l'initiative parlementaire « *Ratification de la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité* » du 10 novembre 2011, FF 2012 1597 (1607).

sécurité et de santé, notamment, qu'un test de grossesse pourrait être considéré comme objectivement justifié et, par conséquent, comme étant une mesure admissible³⁸. Dans certaines situations particulières, il se peut, en effet, qu'une référence au critère de la grossesse lors de l'embauche ne soit pas constitutive d'une discrimination directe à raison du sexe. Tel est le cas lorsque la grossesse représente un point objectivement essentiel du contrat (cf. art. 2 al. 1 CO)³⁹.

La travailleuse victime d'une discrimination à l'embauche ne peut que prétendre à l'octroi d'une indemnité (cf. art. 5 al. 2 LEg)⁴⁰, dont le montant n'excédera pas trois mois du salaire auquel elle aurait eu droit si elle avait été engagée⁴¹. Pour obtenir l'indemnité, qui est exigible que le poste ait été mis au concours par un employeur privé ou public (cf. art. 13 al. 2 LEg), la travailleuse doit agir en justice dans les trois mois à compter du moment où le refus d'embauche lui a été communiqué, sous peine de péremption (cf. art. 8 al. 2 LEg)⁴². En outre, compte tenu que l'allègement du fardeau de la preuve (cf. art. 6 LEg) ne s'applique pas lors de l'embauche, la travailleuse doit apporter la preuve stricte de la discrimination qu'elle allègue (cf. art. 8 CC⁴³)⁴⁴.

B. Le droit au mensonge de la personne candidate à un emploi

Au cours d'un entretien d'embauche, l'employeur peut être tenté de demander à une candidate si elle est enceinte ou si elle désire le devenir. La maternité est en effet une circonstance de nature à modifier les relations de travail : cet événement entraînant tôt ou tard une ou plusieurs incapacités de travail (complications médicales empêchant l'employée de travailler au cours de sa grossesse et interdiction légale de travailler pendant les huit semaines qui suivent l'accouchement, notamment ; cf. art. 35a al. 3 LTr),

³⁸ FF 2012 1597 (1607) : « [...] des tests de grossesse pourraient [...] être considérés comme une mesure objectivement justifiée [...] pour des travaux qui ne peuvent être exercés en étant enceinte (mannequins, danseuses, activités nocives pour le déroulement de la grossesse, etc.) ».

³⁹ Les situations dans lesquelles la grossesse constitue un point objectivement essentiel du contrat de travail seront examinées ci-dessous, sous B., 2.

⁴⁰ Sur l'indemnité versée en cas de discrimination à l'embauche, cf. CLEg-AUBERT, n° 34-46 *ad* art. 5 LEg, p. 133-136 ; PERRENOUD, La protection de la maternité, p. 775-776.

⁴¹ L'art. 5 al. 5 LEg réserve toutefois les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral.

⁴² Sur ce point, cf. CLEg-DUNAND, *ad* art. 8 LEg, p. 199-210 ; K GLG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, *ad* art. 8 LEg, p. 274-290 ; UEBERSCHLAG, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts, nos 757-765, p. 300-304.

⁴³ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

⁴⁴ L'art. 8 al. 1 LEg autorise cependant la personne qui n'est pas engagée et qui se prévaut d'une discrimination à exiger de l'employeur qu'il motive sa décision par écrit.

l'employeur devra prendre des mesures afin de remplacer l'employée durant ses absences et pourra être tenu de lui verser son salaire pendant les périodes où elle ne fournit pas sa prestation de travail (cf. art. 324a CO) ; la travailleuse bénéficie d'une protection contre le licenciement en temps inopportun pendant sa grossesse et les seize semaines *post partum* (cf. art. 336c CO) ; la LTr oblige l'employeur à aménager les conditions de travail des femmes enceintes (interdiction d'affectation à des travaux dangereux ou pénibles, p. ex. ; cf. art. 35 LTr)⁴⁵.

L'intérêt de l'employeur ne suffit toutefois pas à rendre licites les questions relatives à une grossesse en cours ou projetée posées au cours d'un entretien d'embauche. L'illicéité de telles questions découle, certes, de l'interdiction de la discrimination à l'embauche à raison du sexe (art. 3 LEg), mais également de l'art. 328b CO⁴⁶. Il s'agit en effet de questions touchant à la sphère intime de la candidate⁴⁷. Les art. 3 LEg et 328b CO ont pour corollaire d'accorder un « *droit au mensonge* » à la personne candidate à un emploi lorsque des questions illicites⁴⁸ lui sont posées au cours d'un entretien d'embauche.

L'étendue du droit au mensonge doit être distinguée selon que la question de l'employeur a trait à un désir de maternité (*infra*, 1.) ou à une grossesse existante (*infra*, 2.).

1. Les questions relatives à un désir de maternité

Le Tribunal fédéral considère que les questions posées par un employeur au cours d'un entretien d'embauche, afin de déterminer si la candidate a des intentions de maternité

⁴⁵ Cf. RUDOLPH, p. 74-75 ; UEBERSCHLAG, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts n^{os} 426-439, p. 181-185.

⁴⁶ Cf. notamment, WINTERBERGER-YANG, n^o 9 *ad* art. 328b/362 CO, p. 521 ; CHAIX, p. 161-162 ; CLEGL-LEMPEN, n^o 22 *ad* art. 3 LEg, p. 47-48.

⁴⁷ RECHSTEINER, p. 175 : « *Il est clair que la question relative à la grossesse est de nature très personnelle, et touche aux relations de la postulante avec le sexe opposé. Elle empiète sur sa sphère intime et intervient dans sa vie privée, que la postulante soit mariée ou célibataire* » ; RUDOLPH, p. 75 ; UEBERSCHLAG, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts, n^{os} 441-442, p. 185-186.

⁴⁸ Les questions illicites sont celles qui sont sans rapport avec le poste de travail ou l'activité à exercer et qui ne sont pas nécessaires à l'exécution du contrat de travail (questions relatives à la situation personnelle, à la sphère privée de la personne candidate). Sont, en revanche, licites, les données qui portent sur les aptitudes de l'employé (e) à remplir son emploi (diplômes obtenus, certificats de travail, etc.) et celles qui se révèlent nécessaires à l'exécution du contrat de travail (données de base de l'état civil et numéro AVS, p. ex.). Sur les questions licites et illicites, soit les questions qui peuvent ou non faire l'objet d'un traitement de données sous l'angle de l'art. 328b CO, cf. PERRENOUD, La protection de la maternité, p. 693-699.

(« *Fragen nach einer gewünschten, beabsichtigten oder geplanten Schwangerschaft* »), sont illicites⁴⁹.

Malgré l'avis contraire d'une partie de la doctrine, qui admet que les questions relatives à l'intention d'une candidate d'avoir un enfant à brève échéance sont licites lorsqu'il apparaît d'emblée qu'une grossesse sera objectivement incompatible avec le travail proposé⁵⁰, nous estimons, pour notre part, que de telles questions ne sont jamais admissibles et que la travailleuse est libre d'y répondre par un mensonge⁵¹. Etant donné qu'une femme qui souhaite avoir des enfants ne tombera pas forcément enceinte à bref délai (problèmes de stérilité, p. ex.), de telles questions nous semblent dépourvues de pertinence⁵².

Des questions relatives à une éventuelle stérilisation subie, à l'utilisation de contraceptifs, à la fréquence des relations sexuelles ou encore à la date des dernières règles, doivent être assimilées à des questions portant sur un désir de maternité ; il s'agit donc également de questions illicites, qui autorisent la candidate à ne pas répondre la vérité⁵³.

2. Les questions relatives à l'existence d'une grossesse

Si les questions relatives à un désir de maternité doivent dans tous les cas être considérées comme illicites (*supra*, 1.), cette affirmation doit être nuancée s'agissant de questions visant à déterminer si une candidate est enceinte au moment de l'entretien d'embauche (« *Fragen nach einer bestehenden Schwangerschaft* »). Il se peut, en effet, que de telles questions ne contreviennent ni au principe de l'égalité entre les sexes (art. 3 LEg), ni aux règles sur la protection de la personnalité du travailleur (art. 328b CO).

⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédérale 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2 : « [...], des questions relatives [...] à la volonté future d'une femme d'avoir des enfants, [...] sont [...] inadmissibles ».

⁵⁰ Cf., p. ex., REHBINDER/STÖCKLI, p. 97 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, p. 47.

⁵¹ Cet avis est partagé, notamment, par : MEIER, n^{os} 2096-2097, p. 673 ; RUDOLPH, p. 82-83 ; WYLER/HEINZER, p. 325.

⁵² Sur ce point, cf. SUBILIA/DUC, n^o 15 *ad* art. 320 CO, p. 96 : de telles questions sont « dépourvues de sens », étant donné qu'un projet « est par définition hypothétique, de sorte que la travailleuse, [...], pourrait changer d'avis » ; de surcroît, « toute grossesse n'est pas forcément planifiée ni désirée, de sorte qu'une réponse même erronée sur l'intention future du travailleur au stade de l'engagement ne [...] paraît pas pouvoir être qualifiée de mensonge ».

⁵³ RECHSTEINER, p. 175 : « La question relative à la grossesse apparaît tout aussi peu admissible qu'une question relative aux dernières règles ou à d'autres faits du domaine gynécologique » ; RUDOLPH, p. 82-83 ; UEBERSCHLAG, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts, n^o 462, p. 192.

Malgré l'opinion de certains auteurs⁵⁴, qui reconnaissent de manière systématique la licéité des questions posées par un employeur au moment de l'embauche à propos d'un état de grossesse en cours, ce n'est, de l'avis de la doctrine majoritaire, à laquelle nous nous rallions, qu'à titre exceptionnel, que de telles questions revêtent un caractère licite⁵⁵. Selon cette approche, l'illicéité de la question disparaît lorsque la grossesse constitue un point objectivement essentiel du contrat (cf. art. 2 al. 1 CO), c'est-à-dire lorsque la grossesse aura des répercussions sur les aptitudes de la candidate à effectuer le travail proposé. Tel est le cas dans trois hypothèses⁵⁶ : lorsqu'il apparaît d'emblée qu'un état de grossesse empêchera objectivement la bonne exécution du travail proposé, en rendant impossible ou en entravant notablement l'accomplissement de ses obligations par la travailleuse⁵⁷ ; lorsque le travail à effectuer est prohibé par le droit public en raison du danger qu'il comporte pour la santé de la femme enceinte et/ou celle de l'enfant à naître, à tout le moins

⁵⁴ Cf., parmi d'autres, BRÜHWILER, n° 8b *ad art.* 320 CO et n° III.4 *ad art.* 336c CO, p. 44-45 et 351 : « *Auf die Frage nach einer eventuellen Schwangerschaft hat die Bewerberin Auskunft zu geben, denn die Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin kann wegen der heutigen Schutzgesetze (vgl. Art. 336c Abs. 1 lit. c) für den Arbeitgeber eine erhebliche betriebliche Belastung darstellen* » ; SUBILIA/DUC, n° 14 *ad art.* 320 CO, n° 15 *ad art.* 328b CO et n° 43 *ad art.* 336c CO, p. 95-96, 342-343 et 599 et nbp 1677 : « [...] *une femme n'a pas le droit de répondre mensongèrement à la question que l'employeur lui poserait concernant une éventuelle grossesse en cours* ».

⁵⁵ Cf., p. ex., CHAIX, p. 160-161 ; CLÉg-LEMPEN, n° 22 *ad art.* 3 LEg, p. 48 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n° 9, 10 et 11 *ad art.* 328b CO, p. 592, 596 et 606. Pour un aperçu détaillé des différentes opinions doctrinales en la matière, cf. PERRENOUD, La protection de la maternité, p. 702-714.

⁵⁶ Pour un examen approfondi des cas dans lesquels un employeur peut valablement s'enquérir d'un éventuel état de grossesse en cours au moment de l'embauche, cf. PERRENOUD, La protection de la maternité, p. 704-714.

⁵⁷ Ainsi, par exemple, une comédienne qui se rend à une audition pour obtenir un rôle dans une pièce de théâtre (rôle particulièrement astreignant physiquement et supposant une apparence physique et des possibilités physiologiques qu'une femme enceinte n'est pas en mesure de garantir), a l'obligation d'annoncer une éventuelle grossesse en cours. Cf. GE, TRPH, arrêt du 27 mai 2010 (TRPH/362/2010) : dans cette affaire, la comédienne en question était tombée enceinte après avoir été engagée, mais avant le début des représentations ; la grossesse de celle-ci étant incompatible avec le rôle théâtral pour lequel elle avait été engagée, le Tribunal a considéré qu'il s'agissait d'un cas d'impossibilité de l'exécution du contrat de travail par suite de circonstances non imputables à l'employeur (art. 119 al. 1 CO), déboutant ainsi la travailleuse de ses prétentions en paiement du salaire fondées sur l'art. 324a CO. En revanche, une question relative à une grossesse en cours, posée à une candidate pour un poste de serveuse, d'employée de salon de jeu ou encore d'éducatrice de la petite enfance, est illicite et discriminatoire (cf. ZH, ArbG, arrêt du 5 septembre 2002, JAR 2003, p. 387-390 ; SG, KG, arrêt du 4 juillet 1986, JAR 1987, p. 112-114 ; AG, Regierungsrat, décision du 19 janvier 1987, consid. 4, ZBl 1988, p. 221-228 ; AG, Département des Innern, décision du 22 avril 1986, JAR 1987, p. 203-206 ; SG, BzGer, arrêt du 11 mars 1986, Plädoyer n° 3-1986, p. 31).

lorsqu'il s'agit d'un emploi d'une durée déterminée⁵⁸ (tâches dangereuses au sens des art. 35 LTr et 61-65 OLT 1⁵⁹ et de l'OProMa⁶⁰) ; lorsque l'engagement porte sur une période déterminée afin de faire face à une situation particulière (remplacement d'un travailleur malade ou d'une travailleuse en congé de maternité, p. ex.) ou lorsqu'il s'agit d'un poste impliquant des responsabilités importantes qui doivent être assumées personnellement par la travailleuse (un poste à hautes responsabilités, qui requiert la présence constante de l'employée pour mener à bien les projets confiés) et que celle-ci sait pertinemment qu'elle sera absente pendant tout l'engagement (ou, à tout le moins, pendant une grande partie de celui-ci)⁶¹. Dans ces trois cas de figure, la candidate n'a pas de droit au mensonge ; il lui incombe, au contraire, d'annoncer sa grossesse spontanément, même si aucune question ne lui a été posée en ce sens (obligation d'annonce spontanée ; « *Mitteilungspflicht* », « *Offenbarungspflicht* »)⁶².

⁵⁸ Nous considérons que seuls sont visés les emplois exposant à des travaux dangereux ou pénibles au sens des art. 35 LTr, 61-65 OLT 1 et de l'OProMa, de sorte qu'une question relative à une grossesse en cours posée à une candidate à un emploi de nuit doit être considérée comme illicite (et ce, malgré le fait que le travail de nuit fasse l'objet de restrictions pendant la maternité ; cf. art. 35a al. 4 et 35b LTr). Cette opinion n'est toutefois pas partagée par : SUBILIA/DUC, n° 174 *ad* art. 324a CO, p. 279-280 ; WYLER/HEINZER, p. 324. En outre, étant donné que les dispositions de la LTr ont pour but de protéger les femmes enceintes et non d'entraver leur embauche et, de surcroît, que la protection ainsi conférée ne vaut que pendant un temps limité (lequel ne s'étend que rarement à l'ensemble de la relation de travail), nous sommes d'avis qu'une question relative à l'existence d'une grossesse ne devrait être licite que lorsque l'interdiction d'occupation portera sur une grande partie des relations de travail (contrat de durée déterminée) et qu'il ne peut raisonnablement être exigé de l'employeur qu'il transfère la travailleuse à un poste équivalent ne présentant aucun danger pour sa santé (tel serait le cas, p. ex., lorsque l'employeur cherche précisément à engager une employée afin de remplacer une travailleuse enceinte habituellement occupée à des tâches dangereuses au sens de l'art. 35 LTr). Cet avis est partagé, notamment, par : GIAUQUE, p. 157-158 ; UEBERSCHLAG, *Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts*, n°s 467 et 482, p. 195 et 201-202.

⁵⁹ Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1), RS 822.111.

⁶⁰ Ordonnance du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité du 20 mars 2001 (Ordonnance sur la protection de la maternité, OProMa), RS 822.111.52.

⁶¹ Afin de déterminer si une question relative à une grossesse est licite ou non, il convient de « *mettre en balance la durée des relations de travail avec celle de l'empêchement de travailler* » (CLEg-LEMPEN, n° 23 *ad* art. 3 LEg, p. 49). Cf. aussi UEBERSCHLAG, *Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts*, n° 475, p. 198, qui donne l'exemple d'une mannequin engagée peu après le début de sa grossesse qui est parfaitement apte à effectuer son travail pendant quelques mois et à le reprendre à l'échéance de son congé de maternité.

⁶² Cf. TI, Tribunal d'appel, arrêt du 6 mars 1996, consid. 5, JAR 1997, p. 110-112. Cf. aussi CLEg-LEMPEN, n° 24 *ad* art. 3 LEg, p. 50 ; PERRENOUD, *La protection de la maternité*, p. 707-708.

III. L'interdiction de la discrimination dans l'attribution des tâches et l'aménagement des conditions de travail

La LEg prohibe la discrimination dans l'attribution des tâches et l'aménagement des conditions de travail, y compris « *dans la réglementation du temps de travail* »⁶³.

Devrait, par exemple, se voir reprocher un comportement directement discriminatoire, l'employeur qui prolongerait la durée légale ou conventionnelle du temps d'essai en raison d'incapacités de travail découlant d'une grossesse⁶⁴, l'employeur qui réserverait la possibilité de travailler selon des modalités flexibles aux mères de famille (sans étendre cette faculté aux pères)⁶⁵, l'employeur qui interdirait à ses travailleuses enceintes tout contact avec les clients afin de ne pas imposer à ceux-ci la vision d'une femme avec un gros ventre, ou encore, l'employeur qui, via le règlement d'entreprise, arrêterait un code vestimentaire ne pouvant pas être respecté par une femme enceinte⁶⁶. Le fait, pour un employeur, d'imposer à une employée enceinte une diminution de son taux de travail ou une réduction de son cahier des charges en raison de sa grossesse constitue aussi une discrimination directe⁶⁷. Dans le même sens, l'employeur qui minute le temps accordé aux femmes pour aller aux toilettes et garde un double de la clé, sans imposer pareille contrainte aux hommes, agit de manière contraire à l'art. 3 LEg étant donné « *qu'une femme en fin de grossesse a souvent besoin d'aller aux toilettes, car le foetus comprime sa vessie* »⁶⁸. Enfreint également l'interdiction de la discrimination à raison du sexe, l'employeur qui n'offrirait qu'un poste moins intéressant et moins bien rémunéré à une employée à son retour de congé de maternité⁶⁹. La cadre, qui, lors de son retour de congé de maternité, est affectée à un poste comportant des responsabilités moindres, sans modification de son salaire, n'est, à l'inverse, pas victime d'une discrimination dans l'attribution des tâches et l'aménagement des conditions de travail, si la modification de

⁶³ CLEg-LEMPEN, n° 27 *ad* art. 3 LEg, p. 51. Sur la discrimination dans l'aménagement des conditions de travail, cf. K GLG-FREIVOGEL, n°s 48-49 *ad* art. 3 LEg, p. 70-71.

⁶⁴ CLEg-LEMPEN, n° 27 *ad* art. 3 LEg, p. 52. Cf. aussi STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n° 13 *ad* art. 335b CO, p. 935.

⁶⁵ CLEg-LEMPEN, n° 27 *ad* art. 3 LEg, p. 52.

⁶⁶ GIAUQUE, p. 158.

⁶⁷ CLEg-LEMPEN, n° 27 *ad* art. 3 LEg, p. 52 ; GIAUQUE, p. 158. Cf. aussi AG, Schlichtungsbehörde, 19 juin 2002. Pour un résumé de cette affaire, cf. <http://www.gleichstellungsgesetz.ch> (AG/14) (consulté le 11.11.15).

⁶⁸ WALDER PFYFFER/WISLER ALBRECHT, p. 109.

⁶⁹ WALDER PFYFFER/WISLER ALBRECHT, p. 78 et 109.

son cahier des charges est justifiée par un motif objectif (un ralentissement dans le secteur d'activité de l'entreprise, p. ex.)⁷⁰.

L'employeur qui priverait les employés à temps partiel de la possibilité d'obtenir des horaires flexibles, devrait, pour sa part, se voir reprocher une discrimination indirecte à raison du sexe dans l'aménagement des conditions de travail, étant donné que les postes à temps partiel sont majoritairement occupés par des femmes⁷¹.

Les dispositions qui prévoient des aménagements en matière de temps de travail et de repos pendant la maternité (cf. art. 35a et 35b LTr) ne sont, en revanche, pas discriminatoires étant donné qu'elles reposent sur une différence biologique entre les sexes. Il en va de même des dispositions prises par l'employeur en application de l'art. 36 al. 1 LTr afin de tenir compte des responsabilités familiales des travailleurs dans la fixation des heures de travail et de repos.

L'employé (e) qui subit ou risque de subir une discrimination dans l'attribution des tâches et l'aménagement des conditions de travail, dans la rémunération (*infra*, IV.), dans l'accès à la formation et au perfectionnement professionnels (*infra*, V.) ou dans la promotion (*infra*, VI.), peut demander au tribunal ou à l'autorité administrative : d'interdire la discrimination ou d'y renoncer si celle-ci est imminente ; de faire cesser la discrimination si celle-ci persiste ; de constater l'existence de la discrimination si le trouble qu'elle a créé subsiste ; d'ordonner le paiement du salaire dû (cf. art. 5 al. 1 LEg)⁷². La LEg introduit également un allègement du fardeau de la preuve, de sorte que la partie demanderesse peut se limiter à rendre vraisemblable l'existence de la discrimination qu'elle allègue (cf. art. 6 LEg)⁷³.

⁷⁰ GE, TRPH, arrêt du 14 novembre 2014. Cet arrêt est résumé sur le site <http://www.leg.ch> (consulté le 11.11.15).

⁷¹ WALDER PFYFFER/WISLER ALBRECHT, p. 109.

⁷² Concernant les actions découlant de l'art. 5 al. 1 LEg, cf. CLEg-AUBERT, n^{os} 1-33 *ad* art. 5 LEg, p. 127-133 ; K GLG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, n^{os} 11-24 *ad* art. 5 LEg, p. 161-166 ; UEBERSCHLAG, *Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts*, n^{os} 545-565, p. 225-233 ; WALDER PFYFFER/WISLER ALBRECHT, p. 112-115.

⁷³ Sur l'allègement du fardeau de la preuve, cf. CLEg-WYLER, *ad* art. 6 LEg, p. 145-175 ; K GLG-STEIGER-SACKMANN, *ad* art. 6 LEg, p. 201-247.

IV. L'interdiction de la discrimination dans la rémunération

L'art. 3 LEg interdit également à l'employeur de réduire la rémunération d'une travailleuse en raison du fait qu'elle est enceinte ou qu'elle a accouché.

La notion de rémunération ne se limite pas au salaire au sens étroit ; elle englobe toute rémunération fournie en contrepartie du travail effectué, notamment les composantes sociales du salaire (allocations familiales et prestations versées durant le congé de maternité, p. ex.)⁷⁴ et les gratifications et bonus⁷⁵.

Adopte un comportement prohibé, l'employeur qui accorde des augmentations de salaire ou des gratifications sur la base des jours d'absence et de présence de son personnel, en prenant aussi en considération les absences liées à la grossesse et au congé de maternité⁷⁶. Tel est également le cas de l'employeur qui diminue provisoirement la rémunération d'une travailleuse enceinte en raison des aménagements en matière de temps de travail et de repos prescrits par la LTr (art. 35a-b LTr)⁷⁷.

Sont aussi constitutives d'une discrimination dans la rémunération, les réglementations (conventions collectives de travail ou contrats individuels de travail, p. ex.) qui prévoient « une réduction de la durée du paiement du salaire ou des indemnités journalières versées par l'entreprise » lorsque la mère a manifesté son intention d'arrêter de travailler ou de réduire son taux d'activité à l'échéance de son congé de maternité (une clause prévoyant le paiement de 100% du salaire pendant seize semaines si la travailleuse reprend son activité à l'échéance de son congé de maternité, respectivement le versement de 100% du salaire pendant quatorze semaines si la travailleuse cesse son activité ou ne la reprend qu'à un taux réduit à l'issue de la période de congé)⁷⁸. Pareille règle introduit non seulement

⁷⁴ ATF 126 II 217, consid. 8a : « *Unter Lohn [...] ist nach der Rechtsprechung nicht nur der Geldlohn im engeren Sinne zu verstehen, sondern jedes Entgelt, das für geleistete Arbeit entrichtet wird [...]. Dazu gehören [...] auch soziale Lohnkomponenten wie ein Anspruch auf Besoldung während des Mutterschaftsurlaubs, Familien-, Kinder- und Alterszulagen [...]. Die Leistung muss allerdings einen engen Zusammenhang mit der Arbeit aufweisen* ». Cf. aussi CLEg-AUBRY GIRARDIN, n^{os} 20-21 ad art. 3 LEg, p. 77-78.

⁷⁵ ATF 130 III 145, consid. 4.3.2 et 6.3.

⁷⁶ GIAUQUE, p. 159.

⁷⁷ GIAUQUE, p. 160.

⁷⁸ Pour un autre exemple, cf. la Convention collective nationale de travail du groupe Migros (CCNT Migros 2015–2018), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015, qui garantit un congé de maternité de dix-huit semaines, rémunéré à 100%, tout en prévoyant que « *la collaboratrice est tenue de rembourser les prestations extra-obligatoires versées si elle met fin aux rapports de travail avant l'échéance d'un délai de six mois après la cessation du congé de maternité* » (cf. art. 48.1 et 48.5) ; en pareille

une différence de traitement entre personnes du même sexe (entre les mères qui cessent ou réduisent leur activité après la naissance de leur enfant et celles qui reprennent leur activité sans changement)⁷⁹, mais également entre femmes et hommes (dès lors qu'une assurance perte de gain couvrant la maternité ne s'adresse qu'aux femmes et que la transposition d'une telle règle dans les assurances couvrant la perte de gain consécutive à la maladie ou à l'accident nous semble difficilement envisageable).

V. L'interdiction de la discrimination dans l'accès à la formation et au perfectionnement professionnels

L'interdiction de la discrimination dans l'accès à la formation et au perfectionnement professionnels s'oppose à ce que l'employeur limite ou entrave les possibilités des travailleuses d'accéder à des programmes de formation continue leur permettant de tenir à jour ou de développer leurs compétences professionnelles en raison du fait qu'elles sont enceintes ou qu'elles sont devenues mères⁸⁰.

L'employeur qui refuse d'inscrire une employée à un cours de perfectionnement au motif que celle-ci a bénéficié d'un congé de maternité se rend coupable d'une discrimination directe dans l'accès à la formation et au perfectionnement professionnels⁸¹. Dans le même sens, lorsqu'une travailleuse ne peut pas participer à un cours de formation continue en raison d'absences liées à sa grossesse ou à son congé de maternité, l'employeur doit lui offrir la possibilité de suivre ladite formation lors de son retour au travail⁸². Agit, pour sa part, de manière indirectement discriminatoire, l'employeur qui exclut les travailleurs à temps partiel des programmes de formation continue⁸³.

hypothèse, l'employée ne peut donc prétendre qu'aux allocations de maternité au sens des art. 16b-h LAPG (allocations couvrant 80 % du salaire, versées pendant quatorze semaines). Cf., aussi, WALDER PFYFFER/WISLER ALBRECHT, p. 34, 90 et 110-111.

⁷⁹ Cf. WALDER PFYFFER/WISLER ALBRECHT, p. 34 et 111 : il n'existe en effet pas de raison objective justifiant que « deux femmes qui ont toutes deux payé des cotisations soient traitées différemment en matière de prestations, selon qu'elle décide ou non de reprendre le travail après leur congé maternité », ce d'autant plus que les prestations de l'assurance pour perte de gain souscrite par l'employeur (assurance collective) sont généralement financées à la fois par l'employeur et par ses employés.

⁸⁰ Sur ce point, cf. CLEg-LEMPEN, n^{os} 29-30 *ad* art. 3 LEg, p. 52-53 ; GIAUQUE, p. 160-161 ; K GLG-FREIVOGEL, n^{os} 50-54 *ad* art. 3 LEg, p. 72-73.

⁸¹ Cf. WALDER PFYFFER/WISLER ALBRECHT, p. 78.

⁸² Cf. GIAUQUE, p. 160-161.

⁸³ Cf. CLEg-LEMPEN, n^o 30 *ad* art. 3 LEg, p. 53 ; GIAUQUE, p. 160.

VI. L'interdiction de la discrimination dans la promotion

L'art. 3 LEg prohibe également la discrimination dans la promotion⁸⁴.

Ainsi, l'employeur qui refuse une promotion à une travailleuse enceinte, en l'absence d'un motif objectif justificatif, est l'auteur d'une discrimination directe dans la promotion ; si le passage à un niveau hiérarchique supérieur va de pair avec une augmentation de salaire, il s'agit également d'une discrimination dans la rémunération (*supra*, IV.)⁸⁵. Le refus d'une entreprise d'accorder des postes à responsabilités à des travailleurs ayant des enfants en bas âge ou de prévoir la possibilité de partager de tels postes (*top sharing*) entraîne, pour sa part, la présomption d'une discrimination indirecte dans la promotion⁸⁶.

VII. L'interdiction de la discrimination lors de la résiliation des rapports de travail

Le licenciement notifié à une travailleuse parce qu'elle est enceinte, parce qu'elle a émis le souhait de le devenir ou encore parce qu'elle est mère de jeunes enfants constitue une discrimination directe, incompatible avec l'art. 3 LEg⁸⁷.

Malgré l'existence d'une protection contre le licenciement en temps inopportun pendant la maternité (cf. art. 336c CO), il n'est pas impossible qu'une travailleuse soit congédiée alors qu'elle est enceinte, puisque la disposition précitée n'est invocable qu'une fois le temps d'essai écoulé. En cas de licenciement d'une travailleuse enceinte pendant la période probatoire, la proximité dans le temps entre l'annonce de la grossesse et le congé constitue une indication évidente du lien de causalité entre les deux événements et, par

⁸⁴ Sur ce point, cf. CLEg-LEMPEN, n^{os} 31-33 *ad* art. 3 LEg, p. 53-56 ; K GLG-FREIVOGEL, n^{os} 55-57 *ad* art. 3 LEg, p. 73-74. Sur la distinction entre la discrimination à l'embauche et la discrimination dans la promotion (distinction importante car, en cas de discrimination à l'embauche, la procédure est moins favorable à la travailleuse, puisque celle-ci ne peut requérir que le versement d'une indemnité et ne bénéficie pas de l'allègement du fardeau de la preuve ; cf. art. 5-6 et 8 LEg), cf. CLEg-LEMPEN, n^o 31 *ad* art. 3 LEg, p. 53-54.

⁸⁵ VD, TRPH, arrêt du 6 août 2003 (TT02.005970) : est victime d'une discrimination dans la promotion, la greffière substitute à qui l'on propose le poste de première greffière substitute du Tribunal cantonal et qui, suite à l'annonce de sa grossesse, voit cette proposition être retirée au motif qu'elle sera absente en raison de sa grossesse et de son accouchement. Cet arrêt est résumé sur le site <http://www.leg.ch> (consulté le 11.11.15). Cf. aussi CLEg-LEMPEN, n^o 32 *ad* art. 3 LEg, p. 54 ; GIAUQUE, p. 159-160.

⁸⁶ CLEg-LEMPEN, n^o 33 *ad* art. 3 LEg, p. 55.

⁸⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, consid. 5.1.

conséquent, du caractère discriminatoire de la résiliation (art. 3 LEg)⁸⁸. Ce n'est qu'en présence d'un motif justificatif objectif, sans lien avec la grossesse (les performances insuffisantes de l'intéressée, p. ex.), qu'un tel congé est admissible⁸⁹.

Dans le même sens, le fait qu'un licenciement intervienne au retour du congé de maternité « *n'implique pas ipso facto qu'il consacre une discrimination à raison du sexe* »⁹⁰ : alors que le congé qui reflète la volonté de l'employeur de se séparer d'une travailleuse en raison de sa situation familiale (crainte de l'employeur de voir la présence de son employée au travail affectée par ses nouvelles obligations familiales, p. ex.) présente un caractère

⁸⁸ Cf., p. ex., BE, Schlichtungsbehörde, 10 décembre 2014 (licenciement discriminatoire avant même l'entrée en fonction de l'employée en raison du fait que l'employeur a eu connaissance de sa grossesse peu après la conclusion du contrat) ; AG, Schlichtungsbehörde, 22 mars 2014 (licenciement discriminatoire d'une travailleuse enceinte pendant la période probatoire) ; ZH, Schlichtungsbehörde, 10 janvier 2013 (licenciement discriminatoire d'une employée survenu pendant le temps d'essai, après que celle-ci a annoncé sa grossesse et demandé à moins travailler le soir et le samedi). Pour un résumé de ces affaires, cf. <http://www.gleichstellungsgesetz.ch> (BE/102, AG/45 et ZH/258) (consulté le 11.11.15). Cf. aussi VD, TRPH, arrêt du 27 septembre 2006, consid. 3-4 (licenciement discriminatoire survenu pendant le temps d'essai, deux jours après l'annonce de la grossesse).

⁸⁹ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_507/2013 du 27 janvier 2014. Cf. aussi BS, Schlichtungsbehörde, 15 juillet 2014. Pour un résumé de cette affaire, cf. <http://www.gleichstellungsgesetz.ch> (BS/59) (consulté le 11.11.15).

⁹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, consid. 5.2.

discriminatoire⁹¹, celui-ci disparaît lorsque le congé est objectivement justifié (réorganisation de l'entreprise⁹² ou performances insuffisantes de l'intéressée⁹³, p. ex.).

Le congé signifié à une travailleuse en raison de l'exercice, par celle-ci, de son droit de ne pas être occupée pendant la période d'allaitement (cf. art. 35a al. 1 LTr et 60 OLT 1), est également discriminatoire⁹⁴.

⁹¹ Cf. NE, TC, arrêt du 9 septembre 2011 : caractère discriminatoire du congé notifié à une employée, à son retour de congé de maternité, en raison de son souhait de réorganiser son temps de travail après son accouchement (volonté de travailler depuis son domicile deux jours par semaine, notamment) ; GE, CAPH, arrêt du 13 mars 2010 (caractère discriminatoire du licenciement ordinaire notifié à une travailleuse le jour de son retour de congé de maternité). Ces deux arrêts sont résumés sur le site <http://www.leg.ch> (consulté le 11.11.15).

⁹² Cf. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_395/2010 du 25 octobre 2010 : le licenciement d'une employée au retour de son congé de maternité, en raison du fait qu'elle a été très longuement absente avant, pendant et après sa grossesse, ce qui ne lui a pas permis de se tenir à jour et, en particulier, de connaître le nouveau système mis en place suite à une importante réorganisation de l'entreprise, n'est pas discriminatoire ; les juges ont retenu que, confronté à la nécessité de diminuer ses effectifs, l'employeur devait opérer un choix et qu'il n'a pas pu être établi à cet égard que celui-ci aurait agi de manière discriminatoire en licenciant les mères de famille en priorité ou en donnant leur congé aux femmes plutôt qu'aux hommes. Cf. également VD, TRPH, arrêt du 8 mai 2006 (T305.024850) : une employée a été licenciée à l'issue de son congé de maternité, en raison d'une réorganisation de l'entreprise. Bien que l'employeur ait avancé un faux motif de licenciement (il a indiqué avoir congédié la travailleuse en raison du fait qu'elle avait exprimé son intention de réduire son pourcentage de travail afin de s'occuper de son enfant), le Tribunal a considéré que la discrimination à raison du sexe n'a été qu'apparente : si le licenciement est apparu *a priori* comme « *hautement suspect* » en raison du fait qu'il est intervenu immédiatement à l'échéance du délai de protection contre le licenciement en temps inopportun (cf. art. 336c al. 1 lit. c CO), il n'est en définitive pas en rapport avec l'accouchement de l'employée puisqu'il est intervenu en raison du fait que celle-ci ne disposait pas des compétences pour remplir les tâches de la nouvelle fonction, telle qu'elle avait été redessinée suite à la réorganisation du département. Le Tribunal a tout de même exprimé sa réserve quant à l'attitude « *pour le moins cavalière* » de l'employeur qui, en plus d'avoir licencié son employée à son retour de congé de maternité, a allégué un motif fallacieux pour justifier son licenciement, ce qui a eu pour effet d'entretenir le paradoxe et de renforcer l'employée dans l'idée qu'elle avait été licenciée en raison de sa grossesse et de son accouchement.

⁹³ Cf. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_507/2013 du 27 janvier 2014 : le licenciement notifié à une travailleuse quelques semaines après son retour de congé de maternité, en raison de longues périodes d'absence pour cause de maladie et de performances insuffisantes au regard des objectifs convenus, n'est ni discriminatoire (cf. art. 3 LEg), ni abusif (cf. art. 336 CO) ; le fait qu'il s'agisse en réalité de la seconde tentative de l'employeur de licencier la travailleuse n'y change rien (*in casu*, l'employeur avait licencié la travailleuse une première fois le lendemain de l'annonce de sa grossesse ; ce premier congé étant nul, car survenu en temps inopportun, l'employeur l'avait alors renouvelé à l'issue du congé de maternité).

⁹⁴ JULLERAT, p. 375.

En cas de licenciement discriminatoire, la travailleuse ne peut exiger que le versement d'une indemnité, dont le montant n'excédera pas six mois de salaire (cf. art. 5 al. 4 *in fine* LEg)⁹⁵. Cette indemnité est invocable dans les rapports de travail « régis par le code des obligations » (cf. art. 5 al. 2 LEg)⁹⁶, moyennant le respect de la procédure fixée par l'art. 336b CO (cf. art. 9 LEg)⁹⁷ ; l'employée bénéficiaire, toutefois, d'un allègement du fardeau de la preuve (cf. art. 6 LEg). Le licenciement discriminatoire constitue un cas particulier de licenciement abusif (art. 336 CO), ce qui signifie que les indemnités prévues par les art. 5 al. 2 LEg et 336a CO ne se cumulent pas (l'employée perçoit alors une unique indemnité, fixée selon l'ensemble des circonstances et dont le montant ne peut excéder six mois de salaire) ; dans le même ordre d'idées, en cas de licenciement immédiat injustifié (art. 337 CO) et discriminatoire (art. 3 LEg, art. 336 CO), seule est versée l'indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO (lors de la fixation du montant de celle-ci, le caractère abusif et discriminatoire du licenciement est, cependant, pris en compte)⁹⁸.

Lorsque les relations de travail sont soumises au droit public, l'employée licenciée de manière discriminatoire peut prétendre à sa réintégration, en ouvrant une action en cessation de l'atteinte⁹⁹ (art. 5 al. 1 lit. b LEg ; cf. aussi, p. ex., art. 34c al. 1 lit. d LPers¹⁰⁰, art. 60 al. 3 LPers-VD¹⁰¹) ; si la personne congédiée ne souhaite pas être réintégrée, elle peut alors demander le versement d'une indemnité, dont le montant peut être supérieur à six mois de salaire (cf., p. ex., art. 34c al. 2 LPers, art. 60 al. 2 LPers-VD)¹⁰².

⁹⁵ L'art. 5 al. 5 LEg réserve toutefois les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral.

⁹⁶ CLEg-AUBERT, n^{os} 34-35 *ad* art. 5 LEg, p. 133-134 ; K GLG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, n^o 39 *ad* art. 5 LEg, p. 173-174.

⁹⁷ L'employée est donc tenue de faire opposition au congé, par écrit, auprès de son employeur, au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé, puis d'agir en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption. Sur ce point, cf. CLEg-DUNAND, *ad* art. 9 LEg, p. 211-222 ; K GLG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, *ad* art. 9 LEg, p. 291-302.

⁹⁸ Cf., p. ex., ATF 126 III 395, consid. 7b.aa ; ATF 121 III 64, consid. 2. Cf. aussi CLEg-AUBERT, n^{os} 65-66 *ad* art. 5 LEg, p. 141 ; DUNAND, *in* : DUNAND/MAHON, n^o 13 *ad* art. 336 CO et n^{os} 28-29 *ad* art. 336a CO, p. 660 et 697-698 ; K GLG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, n^{os} 47-48 *ad* art. 5 LEg, p. 177-178.

⁹⁹ Dans le même sens, lorsque les circonstances laissent une employée penser qu'elle recevra son congé à son retour de congé de maternité, en raison de son nouveau rôle de mère, elle peut requérir du tribunal le prononcé d'une interdiction de licenciement (art. 5 al. 1 lit. a LEg). Cf. LEMPEN, p. 273.

¹⁰⁰ Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers), RS 172.220.1.

¹⁰¹ Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud du 12 novembre 2001 (LPers-VD), RSV 172.31.

¹⁰² CLEg-AUBERT, n^{os} 34-35 *ad* art. 5 LEg, p. 133-134 ; K GLG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, n^o 40 *ad* art. 5 LEg, p. 174 ; LEMPEN, p. 264 ; WALDER PFYFFER/WISLER ALBRECHT, p. 79.

Dans les rapports de droit privé, ce n'est que s'il s'agit d'un congé-représailles (soit un congé qui intervient parce qu'une travailleuse s'est plainte d'être discriminée au sein de l'entreprise) que le réengagement peut être exigé (cf. art. 10 LEg)¹⁰³.

VIII. Bibliographie

- AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011, p. 145-175 (cité : CLEg-AUTEUR).
- BIGLER-EGGENDERGER MARGRITH, Et si la Justice ôtait son bandeau ?, Genève/Bâle/Munich 2003.
- BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN-BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd., Lausanne 2010.
- BRÜHWILER JÜRIG, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag : OR Art. 319-343, 2^e éd., Berne/Stuttgart/Vienne 1996.
- CHAIX FRANÇOIS, Déclarations inexactes lors de l'entretien d'engagement (cas de la grossesse en cours notamment), *in* : Droit du travail, droit des assurances sociales, Questions choisies, IRAL n° 14, Lausanne 1994, p. 149-168.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 (cité : AUTEUR, *in* : DUNAND/MAHON).
- GEISER THOMAS, Die Regeln über die Anstellungsdiskriminierung und die Beförderungsdiskriminierung im Gleichstellungsgesetz, ZBJV/RJB, 1996, p. 555-578
- GIAUQUE CHRISTIAN, Interdiction de discriminer en raison de la grossesse, *in* : Rémy Wyler (éd.), Panorama II en droit du travail, IDAT n° 38, Berne 2012, p. 153-164.
- KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2^e éd., Bâle 2009 (cité : K GLG-AUTEUR).
- LEMPEN KARINE, Le point sur la loi fédérale sur l'égalité, Revue fribourgeoise de jurisprudence (RFJ), 2003, p. 261-279.
- JUILLERAT ODILE, Les droits de la mère qui allaite, *in* : Rémy Wyler (éd.), Panorama II en droit du travail, IDAT n° 38, Berne 2012, p. 347-377.
- MEIER PHILIPPE, Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011.
- PÄRLI KURT, Väter haben keinen Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung – Ein Kommentar zum Urteil des Bundesgerichtes (BGE 140 I 305), SZS/RSAS n° 2-2015, p. 152-156.
- PERRENOUD STÉPHANIE, Le congé de maternité : une discrimination à l'égard des pères ?, AJP/PJA n° 12-2014, p. 1652-1671 (cité : PERRENOUD, Le congé de maternité).
- PERRENOUD STÉPHANIE, La protection de la maternité : étude de droit suisse, international et européen, IDAT n° 39, Berne 2015 (cité : PERRENOUD, La protection de la maternité).

¹⁰³ Sur le congé-représailles (ou congé de rétorsion) au sens de l'art. 10 LEg, cf. CLEg-AUBERT, *ad* art. 10 LEg, p. 223-234 ; K GLG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, *ad* art. 10 LEg, p. 303-335 ; WALDER PFYFFER/WISLER ALBRECHT, p. 79-81 et 117.

- REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, *in* : Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI/2/2/1, Berne 2010.
- RECHSTEINER PAUL, Etes-vous enceinte ?, *Revue syndicale suisse (RSS)*, n° 6-1986, p. 173-177.
- RUDOLPH ROGER, Stellenbewerbung und Datenschutz, Berne 1997.
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag : Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012.
- SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, Droit du travail, éléments de droit suisse, Lausanne 2010.
- UEBERSCHLAG JAKOB, Geschlechtsspezifische Stellenausschreibungen im öffentlichen Personalrecht und Arbeitsprivatrecht : Konvergenzen und Divergenzen, *in* : Markus Gredig et al. (éd.), Peters Dreiblatt : Föderalismus, Grundrechte, Verwaltung : Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Berne 2010, p. 125-141 (cité : UEBERSCHLAG, Geschlechtsspezifische Stellenausschreibungen im öffentlichen Personalrecht und Arbeitsprivatrecht).
- UEBERSCHLAG JAKOB, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG) : unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, Zurich/Bâle/Genève 2009 (cité : UEBERSCHLAG, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts).
- WALDER PFYFFER ANNA/WISLER ALBRECHT ANNETTE, Manuel InforMaternité : pour harmoniser maternité et activité rémunérée, 2^e révision par Sarah Maran, Berne 2012.
- WINTERBERGER-YANG MARTIN, Kommentar zu Art. 328b/362 OR, *in* : Urs Maurer-Lambrou/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar : Datenschutzgesetz, 2^e éd., Bâle 2006.
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 3^e éd., Berne 2014.

Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg

Sommaire	Page
I. Loi sur l'égalité : promesses imparfaitement tenues	95
A. Objectif procédural de la LEg	95
B. Objectif réalisé ?	96
C. Tentatives d'explication	97
II. Difficultés du point de vue du juge	98
A. Application d'office de la LEg	99
B. Difficultés procédurales propres à la LEg	101
III. Conclusion	116
IV. Bibliographie	116

I. Loi sur l'égalité : promesses imparfaitement tenues

A. Objectif procédural de la LEg

L'interdiction des discriminations entre femmes et hommes résulte de la Constitution fédérale¹. En adoptant la LEg², le législateur a décidé de créer un cadre juridique, afin de poser des règles, notamment de procédure, destinées à faciliter la concrétisation de l'interdiction des discriminations figurant dans la Constitution³. L'idée était de conférer des outils procéduraux permettant de dynamiser le contentieux en ce domaine⁴.

* Les propos de cet article n'engagent que l'auteure et non l'institution à laquelle elle appartient.

¹ Art. 8 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101. ; avant 2000, art. 4 al. 2 de l'ancienne Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (aCst.).

² Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), RS 151.1.

³ Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'égalité du 24 février 1993, FF 1993 I 1163 ss, 1207.

⁴ Cf. K GLG-KAUFMANN, n° 12 ss.

B. Objectif réalisé ?

La LEG est en vigueur depuis bientôt vingt ans. Les données statistiques démontrent pourtant que les discriminations en raison du sexe subsistent largement. Les inégalités salariales entre femmes et hommes sont à cet égard révélatrices. Selon les données figurant sur le site internet du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, les femmes en Suisse gagnent en moyenne 20% de moins que les hommes. Toujours selon cette étude, environ 40% de ces écarts sont dus à des comportements discriminatoires. Les femmes cadres gagnent même 30% de moins que leurs homologues masculins⁵. Certes, ces différences diminuent au fil du temps, mais très lentement. Ainsi, dans le secteur privé en 2012, les femmes gagnaient en moyenne 21,3% de moins que leurs collègues masculins (moyenne arithmétique), alors que l'écart était de 25% en 2008⁶.

Si la LEG tenait ses promesses, les procédures fondées sur cette loi, en particulier en matière de discrimination salariale, devraient être nombreuses. Or, on ne peut dire que tel soit le cas. Contrairement aux différences salariales, il n'existe pas d'étude statistique générale qui permette de l'affirmer scientifiquement. En 2006, un rapport a été rendu pour évaluer l'efficacité de la loi fédérale sur l'égalité et celui-ci faisait état de 245 affaires ayant donné lieu à un jugement, ces causes provenant pour l'essentiel des cantons de Zurich, Genève, Vaud et Soleure, ce qui est peu, alors que certains cantons n'avaient jamais eu de procédure appliquant la LEG⁷. Aucune étude plus récente n'a été effectuée à notre connaissance. La constatation selon laquelle la LEG n'est pas souvent invoquée est avant tout le résultat de discussions avec des praticiens et des juges. Le faible nombre d'arrêtés du Tribunal fédéral appliquant la LEG confirme toutefois cette tendance. Depuis son entrée en vigueur il y a 20 ans, la LEG a été citée (et cela ne veut pas dire qu'elle a été forcément appliquée) dans une centaine d'arrêtés du Tribunal fédéral. Durant cette même période, le Tribunal fédéral a rendu environ 150'000 arrêtés. La LEG a donc été mentionnée dans l'affaire sur 1'500 !

Pourtant, cette loi était prometteuse. Peu après l'entrée en vigueur de la LEG, le Tribunal fédéral a été rapidement saisi de plusieurs affaires et il a rendu des arrêtés asseyant une approche large de la discrimination salariale, tant dans la fonction publique que dans le secteur privé. Les premières affaires concernaient la fonction publique. Dans un arrêt du 8 juin 1998, publié in ATF 124 II 409 et qui portait sur le classement des maîtresses de couture dans l'échelle de traitement de la fonction publique zurichoise, il a admis qu'il n'était pas forcément nécessaire qu'une différence de traitement existe entre une

⁵ www.ebg.admin.ch/themen, Plateforme égalité salariale, site consulté en novembre 2015.

⁶ OFS 2015.

⁷ Cf. Rapport du 15 février 2006, FF 2006, 3069 s.

profession typiquement féminine et une profession typiquement masculine. Une discrimination pouvait aussi être retenue si une profession typiquement féminine était désavantagée par rapport à une profession reconnue comme neutre du point de vue du sexe⁸. Dans le secteur privé, la première affaire mettant en oeuvre la LEg date du 14 septembre 1999⁹. Le Tribunal fédéral a souligné qu'une discrimination était considérée comme vraisemblable dès qu'un employé occupant une fonction similaire dans l'entreprise était mieux payé qu'un employé d'un autre sexe ; pour la justifier, il ne suffisait pas d'alléguer des prestations meilleures d'un point de vue qualitatif ou quantitatif, encore fallait-il les démontrer concrètement¹⁰. Ces jurisprudences, dans la mesure où elles ne posent pas d'exigences trop élevées à l'établissement de la vraisemblance d'une discrimination salariale, auraient dû avoir pour effet d'encourager les actions en ce domaine. L'engouement du début n'a pas duré et les procédures portées jusqu'au Tribunal fédéral, comme du reste celles introduites devant les instances inférieures, se sont faites plus rares.

C. Tentatives d'explication

Nous voyons deux explications à ce phénomène, l'une procédant d'une approche positive, l'autre plus pessimiste.

1. Approche positive

La LEg déploie des effets, mais ceux-ci se font sentir hors procédure au sens strict. Les situations discriminatoires sont réglées en amont, dans le cadre de la médiation ou au stade de la conciliation¹¹.

Le succès de la conciliation et/ou de la médiation peut s'expliquer par le fait que, lorsqu'une demande a des chances de succès, l'employeur préfère aboutir à un accord qui reste discret, plutôt que de courir le risque de se voir condamner publiquement par un tribunal. En effet, l'image d'une entreprise dont le comportement discriminatoire à raison du sexe est révélé publiquement risque d'en pâtir. L'employeur peut aussi avoir intérêt à régler une situation à l'amiable, plutôt que de se voir imposer un changement de toute sa politique salariale par une décision judiciaire.

⁸ ATF 124 II 409, consid. 8 ; confirmé quelques semaines plus tard *in* : ATF 124 II 436, consid. 6.

⁹ ATF 125 III 368.

¹⁰ ATF 125 III 368, consid. 4 et 5 ; cf. aussi, en français, ATF 126 III 395.

¹¹ Cf. Message relatif au CPC, FF 2006, 6860, qui relève qu'un nombre important de procédures est réglé au stade de la conciliation.

2. Approche négative

La loi est trop peu connue des praticiens et des juges¹². Ce n'est donc sans doute pas un hasard si les Universités sont particulièrement actives en matière de LEg¹³.

Il existe aussi une réticence psychologique de la part des femmes à se prévaloir de la LEg. Cela est en partie dû à la connotation négative que revêt cette loi qui, dans certains milieux, véhicule l'image d'un féminisme outrancier. Evidemment cette vision caricaturale est infondée et doit être combattue. Il n'en demeure pas moins que, dans le cadre d'une procédure reposant sur la LEg, la partie défenderesse va au mieux réfuter la discrimination, mais risque aussi fort de se prévaloir de l'image véhiculée par cette loi en tentant de faire passer la demanderesse pour une féministe intolérante ou, ce qui est souvent le cas dans les situations de harcèlement sexuel, pour une personne pudibonde, qui ne comprend pas l'humour. Introduire une procédure judiciaire sur la base de la LEg pour une femme suppose donc un certain courage et peut être lourd psychologiquement voire stigmatisant. Or, la partie qui pourrait s'en plaindre est souvent fragilisée par un conflit avec son employeur et ne se sent pas assez forte pour affronter en plus des reproches de type sexiste. Il est en outre délicat, dans l'optique de retrouver un emploi, de s'exposer dans une telle procédure¹⁴. Certes, les syndicats peuvent agir, mais à des conditions strictes, qui excluent les situations individuelles¹⁵.

II. Difficultés du point de vue du juge

Hormis la réticence des parties à invoquer la LEg, certains juges ne sont pas non plus enthousiastes à l'idée d'appliquer cette loi, car elle contient des embûches. Cette présentation tend à décrire plus précisément les problèmes d'application que pose la LEg aux juges. Nous allons en faire un survol, étant précisé que l'énumération qui va suivre n'est nullement exhaustive.

¹² STUTZ, p. 1402 ; Rapport du 15 février 2006, FF 2006, 3092.

¹³ Par exemple, l'Université de Lausanne a mis en place un enseignement consacré à la loi fédérale sur l'égalité ; le Colloque du 11 février 2016, organisé par l'Université de Neuchâtel et dans le cadre duquel cette contribution est présentée, en est une autre illustration.

¹⁴ STUTZ, p. 1400.

¹⁵ Art. 7 LEg.

A. Application d'office de la LEg

Comme on l'a vu et pour les différentes raisons évoquées dans la partie introductive, la LEg est peu invoquée par les parties. Pourtant le juge peut en principe se fonder librement sur cette loi s'il estime que les conditions en sont remplies, puisqu'il applique le droit d'office¹⁶ ; du reste en procédure simplifiée à laquelle la LEg est soumise¹⁷, les parties n'ont même pas l'obligation de fournir une motivation juridique¹⁸. Le juge est pourtant réticent à examiner un litige sous l'angle de la LEg.

1. Obstacles objectifs

L'application de cette loi d'office par le juge suppose que les délais qu'elle impose aient été respectés. Par exemple en cas de discrimination à l'embauche, il faut, pour qu'une indemnité puisse être versée à ce titre¹⁹, que la partie ait agi en justice dans les trois mois au moment où le refus d'embauche lui a été communiqué²⁰. Il s'agit d'un délai de péremption, qui entraîne donc l'extinction du droit et que le juge doit relever d'office²¹. Partant, le juge qui soupçonne une telle situation dans le cadre d'une demande en réparation du tort moral subi en lien avec un entretien d'embauche ne peut examiner, lorsque la partie n'a pas agi dans le délai de trois mois de l'art. 8 al. 2 LEg, le bien-fondé d'une indemnité découlant de la LEg, même si les deux prétentions peuvent se cumuler et faire l'objet de la même procédure²². Autre exemple, en matière de discrimination dans la résiliation du contrat de travail, l'art. 9 LEg renvoie à l'art. 336b CO selon lequel la partie qui entend demander une indemnité doit faire opposition au congé au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé, puis ouvrir action dans les 180 jours suivants la fin du contrat. Ces deux délais sont également des délais de péremption, de sorte qu'ils entraînent la perte du droit qui doit être constatée d'office par le juge²³. Partant, même en présence d'un congé à l'évidence discriminatoire, le juge ne peut déduire de la LEg aucune prétention avant d'avoir vérifié si les délais précités ont été respectés.

¹⁶ Art. 57 CPC.

¹⁷ Art. 243 al. 2 lit. a CPC ; cf. *infra* II/B/4/b/aa.

¹⁸ Art. 244 al. 2 CPC ; cf. HOFFMANN/LUSCHER, p. 47.

¹⁹ Cf. art. 5 al. 2 LEg.

²⁰ Art. 8 al. 2 LEg.

²¹ CLEg-DUNAND, n° 26, *ad* art. 8 LEg.

²² Cf. ATF 133 II 157, consid. 5 ; cf. sur le lien entre ces actions, CLEg-AUBERT, n° 69 ss, art. 5 LEg.

²³ CLEg-DUNAND, nos 33 et 35, *ad* art. 9 LEg.

2. Obstacles subjectifs

Hormis les situations où le non-respect des délais de péremption fixés dans la LEg exclut d'emblée l'application de cette loi, les juges hésitent à appliquer d'office la LEg²⁴. Cette loi contient en effet nombre de règles procédurales qui sortent du cadre ordinaire. L'exemple le plus évident est celui du système de preuve allégée figurant à l'art. 6 LEg, mais on peut aussi citer la nécessité fréquente de mettre en place une expertise. Nous reviendrons plus en détail sur ces exigences. Les procédures LEg imposent donc aux juges une attention particulière, car ces dossiers ne peuvent être traités de manière routinière. Or, compte tenu de la surcharge des tribunaux, les juges auront tendance - et ce de manière compréhensible -, à se limiter à l'application des règles ordinaires invoquées par les parties et, à moins que la question soulevée ne révèle à l'évidence une violation de la LEg, à ne pas s'interroger d'office sur l'application de cette loi. Ainsi, lorsque les parties se prévalent des dispositions figurant dans le CO²⁵ sur le licenciement abusif, le juge va hésiter à examiner d'office si ce licenciement pourrait aussi se révéler discriminatoire sous l'angle de la LEg, alors que les parties ne l'évoquent pas²⁶.

L'attitude réticente des juges est sans doute l'une des causes permettant d'expliquer pourquoi la LEg est peu appliquée, même si elle n'est sans doute pas la seule. Cette tendance devrait être inversée, car la LEg permet précisément de mettre en évidence des discriminations que le droit ordinaire ne permet pas de sanctionner. A titre d'illustration, on peut mentionner deux arrêts du Tribunal fédéral dans lesquels l'application de la LEg aurait peut-être permis d'aboutir à une solution différente au litige. La première affaire concerne la rémunération des juges du Tribunal des assurances sociales zurichoises, qui était inférieure à celle des juges du Tribunal administratif et de la Cour suprême du canton. Le Tribunal fédéral a estimé que cette différence de rémunération n'était pas arbitraire ni contraire à l'art. 8 al. 1 Cst, tout en se référant à l'appréciation du législateur cantonal²⁷. On peut toutefois se demander si la LEg n'aurait pas pu être invoquée, dès lors que, statistiquement, il y a plus de femmes que d'hommes exerçant la fonction de juges en matière d'assurances sociales. Or, si le Tribunal fédéral avait été saisi d'une action fondée sur la LEg, il aurait pu examiner plus librement si la différence de traitement entre les fonctions de juge cantonal et de juge auprès des assurances sociales reposait sur un motif justifié, de sorte que l'issue du litige aurait peut-être été différente. Dans la seconde affaire²⁸, une maîtresse d'école enfantine se plaignait que son attribution dans l'échelle de

²⁴ Cf. Rapport du 15 février 2006, FF 2006, 3075.

²⁵ Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations) (CO), RS 220.

²⁶ Cf. Rapport du 15 février 2006, FF 2006, 3077.

²⁷ ATF 138 I 321.

²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_298/2014 du 4 mai 2015.

traitement ne tenait pas compte du travail qu'elle avait effectué au sein de sa famille. Les autorités ont admis qu'il fallait prendre cet élément en considération, mais à partir du moment où la recourante avait obtenu une décision fixant son salaire, alors que celle-ci voulait que l'adaptation ait des effets rétroactifs à partir de son classement antérieur. Le Tribunal fédéral a débouté la recourante, considérant qu'une telle prétention aurait pu être envisagée si l'enseignante s'était fondée sur l'art. 8 al. 3 Cst. et la LEg, mais tel n'avait jamais été le cas²⁹.

B. Difficultés procédurales propres à la LEg

Appliquer la LEg implique pour le juge de respecter des règles procédurales spécifiques. Bien que conçues pour faciliter les actions en ces domaines, celles-ci peuvent, paradoxalement, aussi constituer des obstacles tant à l'invocation spontanée de cette loi par les parties qu'à son application d'office par le juge.

Nous allons tenter de cerner quelques-unes de ces difficultés, toujours dans l'optique du juge, en commençant par présenter certaines particularités figurant dans la LEg elle-même, sans que l'énumération soit exhaustive. Nous allons nous attacher au système de preuve facilitée (ch. 1), aux domaines non couverts par cette preuve facilitée (ch. 2) et à l'obligation pour le juge de mettre en oeuvre une expertise (ch. 3). Puis, nous examinerons quelques spécificités procédurales prévues dans le CPC³⁰ qui concernent la LEg (ch. 4).

1. Preuve facilitée

a) Présentation du système

Pour certaines discriminations, à savoir celles concernant l'attribution des tâches, l'aménagement des conditions de travail, la rémunération, la formation et le perfectionnement professionnels, la promotion ainsi que la résiliation des rapports de travail, la LEg met en place un système de preuve facilitée. L'art. 6 première phrase LEg prévoit ainsi que l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable. En d'autres termes, il suffit que la partie demanderesse démontre la vraisemblance d'une discrimination pour que l'autre partie (l'employeur) doive, à titre libératoire, prouver qu'il n'y a pas eu de différence de

²⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_298/2014 du 4 mai 2015, consid. 4.1 - 4.3.

³⁰ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC), RS 272.

traitement ou que celle-ci reposait sur un motif objectif. Si l'employeur ne parvient pas à apporter cette preuve, alors le juge doit considérer la discrimination comme établie³¹.

A priori, la situation est donc confortable pour le juge : il dispose d'une règle qui évite les lacunes et lui permet d'admettre facilement une discrimination, puisque, sauf preuve du contraire, la vraisemblance suffit. Pourtant cette simplification est moins facile à mettre en oeuvre qu'il n'y paraît.

b) Difficultés pour le juge

Cette preuve facilitée n'est pas habituelle. L'art. 6 LEg déroge au principe général de l'art. 8 CC selon lequel il incombe à la partie qui déduit un droit de certains faits d'en apporter la preuve³². Elle implique donc pour le juge de modifier ses réflexes ordinaires concernant l'appréciation des preuves et les conséquences à en tirer. Il doit apprécier de manière différenciée la preuve apportée par la partie demanderesse, limitée à la vraisemblance, de celle du défendeur, qui correspond à une contre-preuve ordinaire. Or, bien souvent les tribunaux ne font pas cette distinction³³. Nous allons donc présenter de manière distincte ces deux étapes.

aa) Vraisemblance de la discrimination

Dans le système mis en place par l'art. 6 LEg, la preuve de la vraisemblance est très importante, car c'est le sésame qui permet d'enclencher la procédure. Si elle n'est pas apportée, la demande doit être rejetée³⁴. Par conséquent, même lorsque le fardeau de la preuve est allégé, il incombe à celui qui allègue une discrimination de la rendre tout au moins vraisemblable³⁵.

La vraisemblance est un concept juridique indéterminé qui fait appel à la subjectivité ; elle est donc délicate à appréhender pour le juge. En effet, s'il se montre trop sévère dans l'admission de la vraisemblance, il supprime tous les avantages mis en place par l'art. 6 LEg et en revient au système prévu à l'art. 8 CC dont le législateur a voulu s'écarter ; à l'inverse, s'il se montre trop large, il risque d'être amené à sanctionner un comportement qui n'est pas discriminatoire. L'examen des décisions cantonales réalisés en 2006 a révélé

³¹ Cf. ATF 136 II 339, consid. 11.3 ; 130 III 145, consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2 ; pour plus de détails sur ce mécanisme, nous nous référons à l'exposé de THOMAS GEISER, La preuve de la discrimination salariale et les justifications « objectives », également publié dans le présent ouvrage.

³² ATF 130 III 145, consid. 4.2.

³³ Rapport du 15 février 2006, FF 2006, 3075 s.

³⁴ ATF 126 III 395, consid. 2a.

³⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_88/2012 du 17 août 2012, consid. 3.3.

que les conditions à remplir pour qu'une discrimination puisse être considérée comme vraisemblable étaient définies très différemment d'un jugement à l'autre³⁶.

Ce n'est donc pas un hasard si, dès les premières affaires rendues en la matière, le Tribunal fédéral, dans un souci d'unification des pratiques cantonales, a donné des indications au juge sur la façon d'apprécier la vraisemblance. Il a ainsi souligné que : pour qu'il y ait vraisemblance, le juge n'a pas à être entièrement convaincu ; il suffit qu'il lui apparaisse une certaine probabilité de discrimination salariale, même s'il envisage que cette discrimination pourrait finalement ne pas exister³⁷.

La jurisprudence ne s'est pas contentée de cette définition qui reste abstraite, mais elle a également posé des critères plus précis qui fonctionnent pour le juge comme un guide, facilitant la détermination du degré de probabilité à partir duquel la preuve de la vraisemblance doit être considérée comme apportée. Ces critères ont été fixés en lien avec les discriminations visées à l'art. 6 LEg que l'on rencontre le plus souvent en pratique, à savoir les discriminations salariales. Ils varient selon que l'on est en présence d'une discrimination directe ou indirecte³⁸. Voici quelques critères jurisprudentiels destinés à simplifier l'appréciation de la vraisemblance au sens de l'art. 6 LEg par le juge en lien avec les discriminations salariales :

- dans le secteur privé, le juge devra considérer qu'une discrimination salariale directe est rendue vraisemblable lorsque la partie demanderesse démontre qu'un salarié d'un autre sexe occupant une position similaire dans l'entreprise et se trouvant dans une situation comparable gagne plus. La comparaison avec une seule personne suffit à ce stade³⁹. Encore faut-il que le juge détermine ce que signifie « gagner plus ». La jurisprudence a par exemple admis la vraisemblance d'une discrimination dans le cas d'une travailleuse dont le salaire était de 15% à 25% inférieur à celui d'un collègue masculin qui accomplissait le même travail⁴⁰. On ne peut cependant à notre avis en

³⁶ Rapport du 15 février 2006, FF 2006, 3076.

³⁷ ATF 125 III 368, consid. 4 ; 126 III 395, consid. 2a non publié.

³⁸ Pour mémoire, 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 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, consid. 5.1 ; Message concernant la loi sur l'égalité du 24 février 1993, FF 1993 I 1210 ch. 31). Une discrimination indirecte en revanche ne repose pas directement sur le sexe, mais a pour effet de désavantager un sexe par rapport à l'autre (cf. ATF 138 I 205, consid. 5.5 ; 125 I 71, consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_1006/2012 du 10 avril 2013, consid. 5.2). Par exemple, si l'on paie proportionnellement davantage les personnes travaillant à plein temps que celles occupées à temps partiel, on discrimine indirectement les femmes puisque statistiquement il y a plus de femmes qui travaillent à temps partiel que d'hommes.

³⁹ Arrêts du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2 ; 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 5.1 ; CLEg-AUBRY GIRARDIN, n° 13 *in fine*, ad art. 3 ; CLEg-WYLER, n° 14, ad art. 6.

⁴⁰ ATF 130 III 145, consid. 4.2 p. 161/162 et les arrêts cités.

déduire une limite inférieure fixe qui doit être atteinte pour que la discrimination puisse être qualifiée de vraisemblable⁴¹. Si l'on peut admettre qu'en principe, à partir d'environ 16%, l'écart salarial suffit à lui seul pour démontrer la vraisemblance d'une discrimination, un écart inférieur ne doit pas aboutir à ce que le juge rejette d'emblée la preuve de la vraisemblance. En effet, en présence d'un faible écart salarial, le juge doit encore, au stade de la vraisemblance, tenir compte des circonstances alléguées par la partie demanderesse. Ainsi, lorsque la partie demanderesse ne se prévaut que d'une différence salariale de 10%, mais rend également plausible que, tout en occupant la même fonction dans l'entreprise, elle a un travail d'une valeur intrinsèque supérieure à celle de son collègue de l'autre sexe, le juge ne saurait rejeter le caractère vraisemblable de la discrimination au motif que l'écart salarial n'est pas suffisant⁴² ;

- dans le secteur public, le salaire est fixé en fonction de classes de traitement qui sont publiées et qui ne font pas de distinction à raison du sexe au sein d'une même classe. La vraisemblance d'une discrimination implique ainsi de démontrer que la profession en cause, typiquement féminine⁴³, est moins bien placée, dans les échelles de traitement, qu'une profession typiquement masculine ou neutre à raison du sexe⁴⁴. Même sous l'angle de la vraisemblance, il n'est pas évident pour un juge de qualifier le genre d'une profession de la fonction publique. La jurisprudence considère qu'en principe une profession est typiquement féminine si la proportion de femmes qui l'exerce est supérieure à 70%, mais la dimension historique et l'évolution de la profession peuvent aussi jouer un rôle⁴⁵ ; en présence d'une profession typiquement féminine, le juge doit encore procéder à une comparaison avec une profession typiquement masculine ou neutre à raison du sexe, tout en prenant garde à ne pas empiéter sur la marge de manoeuvre, qui, selon la jurisprudence, doit être laissée aux autorités politiques dans l'évaluation des fonctions⁴⁶ ;
- en présence d'une discrimination indirecte, il n'est pas facile pour le juge de se prononcer sur la vraisemblance, car celui-ci doit se demander s'il est plausible que la situation invoquée par la partie demanderesse touche dans la réalité et de façon

⁴¹ *Contra* CLEg-WYLER, n° 14, *ad art.* 6, qui considère qu'il faut en principe que le salaire soit nettement inférieur et se réfère à une différence salariale de 16% en moyenne.

⁴² Cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 6.

⁴³ Il n'y a jamais eu, à notre connaissance, de cas dans lesquels une partie se serait plainte d'une discrimination frappant une profession typiquement masculine.

⁴⁴ Cf. ATF 136 II 393, consid. 11.

⁴⁵ Consid. 5.2 non publié de l'ATF 136 II 393 ; ATF 125 II 530, consid. 2b.

⁴⁶ Consid. 4.2.2 et 5.1 non publié de l'ATF 136 II 393 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_31/2009 du 4 janvier 2010, consid. 3.2.1 et 3.2.2.

négative plus un sexe que l'autre⁴⁷. Cet arrêt démontre que, lorsqu'une discrimination indirecte est invoquée, le juge doit déjà s'interroger sur des données statistiques au stade de la vraisemblance. En principe, dès que la mesure prise touche d'avantage un sexe par rapport à l'autre, il faut, à notre avis admettre, que l'existence d'une discrimination indirecte est rendue vraisemblable.

bb) Motifs objectifs justificatifs

Une fois la preuve de la vraisemblance apportée, le juge passe à la seconde étape qui consiste à examiner les objections présentées par la partie adverse. L'employeur ne doit pour sa part pas se limiter à la vraisemblance, mais doit apporter une preuve complète⁴⁸. Si celle-ci n'est pas fournie, l'action doit être admise⁴⁹. Elle ne peut être rejetée que dans deux cas de figure : soit l'employeur parvient à établir que la discrimination rendue vraisemblable n'existe pas⁵⁰, ce qui est difficile, car il faut prouver un fait négatif, qui plus est dont la vraisemblance a été démontrée ; soit l'employeur prouve que la différence de traitement à raison du sexe certes existe, mais qu'elle est justifiée par des motifs objectifs qui n'ont pas pour effet de discriminer un sexe par rapport à l'autre, tels la formation, la durée de l'emploi, la qualification, l'expérience ou le cahier des charges⁵¹.

A l'instar de la vraisemblance, le motif justificatif objectif est une notion floue⁵². Le juge doit admettre un tel motif si l'employeur parvient à démontrer que l'objectif poursuivi répond à un véritable besoin de l'entreprise et que les mesures discriminatoires adoptées sont propres à atteindre le but recherché⁵³. Cette exigence laisse une large place à l'appréciation. Pour aider le juge, la jurisprudence a, comme pour la preuve de la vraisemblance, posé des jalons, mais cette appréciation demeure difficile. Notre propos n'est pas ici de présenter ces différents motifs dans le détail ; nous nous contenterons de quelques exemples révélateurs des difficultés rencontrées par le juge lors de l'appréciation du motif justificatif.

⁴⁷ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C_1006/2012 du 10 avril 2013 où il a été considéré que la discrimination n'avait pas été rendue vraisemblable, car autant d'hommes que de femmes étaient touchés par une réglementation concernant la rémunération de cours dans une université.

⁴⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2011 du 20 mars 2012, consid. 3.1.

⁴⁹ ATF 136 II 393, consid. 11.3.

⁵⁰ Cf. ATF 127 III 207, consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2011 du 20 mars 2012, consid. 3.1.

⁵¹ ATF 130 III 145, consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2011 du 20 mars 2012, consid. 3.1.

⁵² Rapport du 15 février 2006, *in* : FF 2006, 3076.

⁵³ ATF 130 III 145, consid. 5.2.

Parmi les motifs justificatifs objectifs admis figurent des critères qui découlent de préoccupations sociales, comme les charges familiales ou l'âge⁵⁴. Ces critères sont particulièrement délicats à apprécier pour le juge. En effet, il doit veiller à ne pas admettre, comme motifs justificatifs, une raison qui constituerait en elle-même une discrimination à raison du sexe⁵⁵. A cet égard, la société évolue, de sorte que des justifications familiales qui, il y a vingt ans pouvaient être éventuellement acceptables, ne le sont plus actuellement. Ainsi, pendant longtemps a prévalu l'idée qu'une femme qui travaille peut toucher une rémunération inférieure à celle d'un homme avec charge de famille. C'est un critère qui paraît aujourd'hui désuet. Le juge doit donc être extrêmement attentif lorsqu'il apprécie les critères objectifs reposant sur des considérations sociales.

Si le motif objectif invoqué réside dans une expérience professionnelle différente entre l'homme et la femme, le juge sera amené à procéder à des comparaisons parmi des formations et expériences professionnelles distinctes, ce qui n'est pas simple. A titre d'exemple, il suffit de lire le consid. 3 de l'arrêt 4A_614/2011 du 20 mars 2012 : il s'agissait de deux employés juristes, l'homme avait en plus étudié l'économie pendant deux semestres, alors que la femme avait une maturité économique ; durant leurs études, la femme avait travaillé pendant trois ans comme employée d'une caisse de recouvrement et dans une agence immobilière à raison d'un mi-temps durant trois ans ; l'homme avait participé à un projet pour le compte d'une grande banque pendant dix mois, avait travaillé dans une assurance pendant 2,5 mois et effectué son école de recrue. Tous deux avaient été actifs après leurs études dans des entreprises en tant que juristes, la femme en tant que stagiaire durant 24 mois, l'homme comme stagiaire pendant 12 mois, puis comme employé pendant environ 21 mois. La femme avait obtenu un brevet d'avocat juste avant l'engagement, pas l'homme, mais cela n'était pas une condition requise pour le poste. Finalement il a été considéré que l'homme avait une expérience professionnelle supérieure qui justifiait une différence de traitement. La comparaison figurant dans cet arrêt nous semble particulièrement révélatrice de la complexité de l'exercice pour le juge.

ce) Proportionnalité

Même s'il existe un motif justificatif, soit un critère objectif indépendant du sexe permettant de fonder la différence de traitement, le travail du juge n'est pas terminé. En

⁵⁴ ATF 136 II 393, consid. 11.3 ; 130 III 145, consid. 5.2 ; 127 III 207, consid. 3c ; arrêts du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2 ; 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 5.1 ; 4A_449/2008 du 25 février 2009, consid. 3.1 ; 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, consid. 5.1.

⁵⁵ ATF 136 II 393, consid. 11.3.

effet, la jurisprudence exige encore⁵⁶ que la proportionnalité soit respectée⁵⁷. Cela signifie que le motif objectif doit justifier non seulement la différence de traitement, mais aussi son ampleur. Ainsi, une différence de salaire entre un homme et une femme effectuant le même travail peut être objectivement justifiée par des connaissances linguistiques différentes. Encore faut-il que la différence de salaire qui en découle reste proportionnée. Le TF a considéré qu'une différence salariale pouvait exister en raison de capacités linguistiques supérieures et de connaissances techniques plus approfondies, mais que l'écart salarial de 50% fondé sur ces motifs était disproportionné⁵⁸, en revanche un écart de 8 à 9% reposant sur une formation préalable différente restait proportionné. Il en découle que le juge ne doit pas se contenter d'examiner si l'employeur est parvenu à apporter la preuve d'un motif justificatif. Si tel est le cas, il doit encore se demander si la différence salariale en découlant n'est pas disproportionnée et, le cas échéant, fixer lui-même un salaire non discriminatoire.

2. Domaines non couverts par la preuve facilitée

a) Présentation du système

La preuve facilitée prévue par la LEg ne s'applique pas à toutes les atteintes. Le harcèlement sexuel (art. 4 LEg) ou la discrimination à l'embauche (art. 3 al. 2 et 8 LEg) ne tombent pas sous le coup de l'art. 6 LEg. Par conséquent, la partie demanderesse doit prouver l'existence d'une atteinte en ces domaines, conformément à la règle générale de l'art. 8 CC⁵⁹. Dans ces cas, le juge doit donc établir les faits et procéder à une appréciation des preuves ordinaire⁶⁰. Il ne peut retenir une violation de la LEg que si les faits allégués et établis démontrent le harcèlement sexuel ou la discrimination à l'embauche ou si les éléments établis permettent au juge d'en être convaincu. Sous cet angle, la procédure à suivre pour le juge reste dans le cadre de ce qu'il pratique ordinairement.

b) Difficultés pour le juge

La difficulté réside dans le fait qu'établir les circonstances en ces domaines n'est pas chose facile. Les procédures pour harcèlement sexuel sont révélatrices. Hormis les cas où il existe des preuves écrites, comme des courriels, ou un comportement harceleur confirmé⁶¹, il s'agit souvent pour le juge de confronter des versions des faits contradictoires. Or, les

⁵⁶ A juste titre à notre sens, cf. CLEg- AUBRY GIRARDIN, n° 41, *ad art.* 3,

⁵⁷ Arrêts du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2 ; 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 5.1 ; 4A_449/2008 du 25 février 2009, consid. 3.2.1.

⁵⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2.

⁵⁹ WYLER/HEINZER, p. 874.

⁶⁰ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_473/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3.1 et 3.2.

⁶¹ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_473/2013 du 2 décembre 2013 où un baiser sur la bouche non voulu a été constaté.

parties sont ou ont été, en matière de LEg, dans une relation de travail et il existe (ou existait) souvent, entre le harceleur et sa victime, un rapport hiérarchique, ce qui rend les témoignages difficiles. De plus, les témoins directs font souvent défaut⁶². La jurisprudence admet donc d'autres indices, notamment des preuves indirectes consistant en des déclarations de personnes auxquelles la victime s'est confiée ou du médecin traitant de celle-ci⁶³. Sans élément de preuve tangible, il faut, mais il suffit aussi, qu'il existe un faisceau d'indices pour que le juge puisse admettre l'existence de harcèlement sexuel⁶⁴. Le juge doit toutefois apprécier les éléments en sa possession en faisant la part des choses entre les accusations justifiées ou infondées ou alors celles qui résultent d'une mauvaise interprétation ou d'une sensibilité excessive⁶⁵. A notre avis, pour évaluer ces situations, le juge ne doit pas se limiter à apprécier les actes en eux-mêmes, mais aussi le contexte dans lequel ils ont été accomplis. On peut ainsi regretter que dans l'arrêt 4A_178/2010 du 14 mai 2010, consid. 4, le Tribunal fédéral ait confirmé l'appréciation du Tribunal cantonal selon laquelle des courriels sexistes étaient à la limite inférieure de ce qui pouvait encore être tolérable, sans s'interroger sur leur contexte, en particulier sur le point de savoir si l'employée qui s'en plaignait était la seule à les recevoir ni dans quel esprit ils étaient envoyés. Ces difficultés confirment la tendance, en particulier en matière de harcèlement sexuel, de chercher la médiation, afin d'éviter une procédure difficile.

Quant à la discrimination à l'embauche, le législateur a prévu, à l'art. 8 al. 1 LEg, le droit pour la personne qui n'est pas engagée d'exiger de l'employeur qu'il motive sa décision par écrit. Cette disposition, censée faciliter la preuve, n'est pas suffisante en pratique. En effet, il ressort de la loi que, dans sa demande de motivation, la personne non engagée doit indiquer qu'elle se prévaut d'une discrimination. Cette exigence réduit l'intérêt de la motivation écrite car, alertée de son but, l'employeur prendra soin de motiver sa décision sur la base de critères non discriminatoires⁶⁶. Cela explique que, bien que les discriminations à l'embauche fondées sur le sexe soient fréquentes, les procédures judiciaires en ce domaine sont extrêmement rares⁶⁷, en raison précisément de la difficulté à en apporter la preuve⁶⁸. Or, en l'absence de preuve tangible, le juge ne peut intervenir. Aucune procédure en la matière n'a été portée jusqu'au Tribunal fédéral.

⁶² WYLER/HEINZER, p. 876

⁶³ Arrêt du Tribunal fédéral 4P.214/2006 du 19 décembre 2006, consid. 2.2.

⁶⁴ CLEg-LEMPEN, n° 35, *ad art.* 4.

⁶⁵ WYLER/HEINZER, p. 875.

⁶⁶ CLEg-DUNAND, n° 17, *ad art.* 8.

⁶⁷ Cf. données statistiques figurant dans le Rapport du 15 février 2006, *in* : FF 2006 3070.

⁶⁸ CLEg-DUNAND, n° 9, *ad art.* 8.

3. Expertise judiciaire

a) Présentation du système

En matière de LEg, l'expertise judiciaire joue un rôle fondamental, avant tout s'agissant de la discrimination salariale. En ce domaine, à moins que l'on soit en présence de salariés exerçant exactement la même activité, le juge doit se demander si le travail effectué par la partie demanderesse est équivalent à celui exercé par le salarié de l'autre sexe qui sert de référence ou, dans le domaine de la fonction publique, si la profession invoquée à titre de comparaison est équivalente.

Pour procéder à cet examen, la jurisprudence impose au juge de mettre en place une expertise dès que l'équivalence entre les fonctions prises comme référence n'est pas évidente, à moins que l'expertise n'apparaisse d'emblée inutile⁶⁹. Dans ce cadre, les parties disposent donc d'un véritable droit à l'expertise⁷⁰.

La nature de l'expertise sera différente, selon que l'on se trouve dans le secteur privé ou public. Dans le secteur privé, l'expert doit se prononcer sur la nature des activités effectuées et sur la répartition des tâches mise en place à l'intérieur de l'entreprise concernée⁷¹. L'analyse doit se concentrer sur l'entreprise, les comparaisons avec la pratique générale de la branche concernée ne sont pas pertinentes⁷². Dans le secteur public, la comparaison a généralement lieu entre professions classées dans des échelles de fonction différentes. En effet, au sein d'une profession régie par la même échelle de traitement, il n'y a pas de distinction, selon que l'activité est exercée par une homme ou par une femme. En revanche, la discrimination peut intervenir du fait qu'une profession, typiquement féminine, est dévalorisée dans l'échelle des fonctions, par rapport à d'autres professions typiquement masculines ou neutres à raison du sexe⁷³. Or, pour juger si deux professions de la fonction publique figurant dans des échelles de traitement différentes sont de « valeur égale », une expertise est en principe indispensable.

Selon la jurisprudence précitée, le juge ne peut renoncer à l'expertise que si celle-ci apparaît d'emblée inutile. Plusieurs cas de figure sont visés, le premier étant celui où le juge dispose lui-même des connaissances scientifiques nécessaires pour élucider une éventuelle discrimination liée au sexe⁷⁴. Sous cet angle, la composition des tribunaux des

⁶⁹ ATF 133 III 545, consid. 4.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 5.2 ; 4A_249/2007 du 16 novembre 2007, consid. 2.

⁷⁰ WYLER/HEINZER, p. 890.

⁷¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 5.2.

⁷² ATF 130 III 145, consid. 3.1.2.

⁷³ Cf. AUBRY GIRARDIN, AJP 2005, p. 1064.

⁷⁴ ATF 133 III 545, consid. 4.2 p. 551 ; arrêts du Tribunal fédéral 4A_614/2011 du 20 mars 2012, consid. 4.3 ; 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 5.2 et 6.

prud'hommes dans les cantons qui les connaissent, dans la mesure où elle comprend des juges actifs dans la branche professionnelle concernée, peut s'avérer d'une grande utilité. L'expertise n'est pas non plus nécessaire si le juge peut établir la nature des activités d'une autre manière, par exemple en interrogeant les employés sur le contenu exact de leurs activités dans l'entreprise. Le juge n'a pas davantage à ordonner une expertise si, à la suite d'une appréciation anticipée des preuves dénuée d'arbitraire, celle-ci n'apparaît pas pertinente pour résoudre la cause⁷⁵. Il a ainsi été jugé que, dans la mesure où une entreprise ne faisait pas de différence dans la politique salariale entre les femmes et les hommes occupant une fonction similaire, le juge pouvait refuser une expertise destinée à établir que des fonctions typiquement masculines dans ladite entreprise étaient mieux rémunérées⁷⁶. Enfin, le juge peut refuser l'expertise en cas de témérité ou lorsque l'expertise ne porte que sur un point mineur⁷⁷.

L'expertise doit être ordonnée non seulement si les parties la requièrent, mais également d'office par le juge, cette obligation découlant du principe de l'établissement d'office des faits pertinents applicable en la matière⁷⁸.

L'expertise peut intervenir tant pour établir la vraisemblance d'une discrimination, que pour déterminer l'existence d'un motif justificatif⁷⁹.

b) Difficultés pour le juge

Du point de vue du tribunal, la mise en place d'une expertise judiciaire est une source de complications. Elle ralentit le déroulement de la procédure, alors que celle-ci est censée être rapide en matière de LEg⁸⁰. En outre, la procédure étant gratuite⁸¹, les coûts d'une expertise judiciaire, souvent importants, ne peuvent être mis à la charge des parties, ce qui explique que le tribunal soit parfois réticent à l'ordonner⁸². Pourtant, comme on vient de le voir en matière de discrimination salariale, le juge n'a pas le choix. Il doit toujours s'interroger sur la nécessité d'une expertise et ne peut s'en dispenser que dans les situations décrites par la jurisprudence précitée, peu importe les difficultés procédurales qu'elle engendre potentiellement.

⁷⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2011 du 20 mars 2012, consid. 4.3.

⁷⁶ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2011 du 20 mars 2012, consid. 4.4.

⁷⁷ CLEg-BOHNET/DIETSCHY, n° 24, *ad art.* 12.

⁷⁸ Art. 243 al. 1 lit. a et 247 al. 2 lit. a CPC ; cf. aussi, avant l'entrée en vigueur du CPC : ATF 127 III 207, consid. 7 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_249/2007 du 16 novembre 2007 ; cf. *infra* II/B/4/b.

⁷⁹ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 5.2 ; ARIOLI/EGG, p. 1300.

⁸⁰ Cf. art. 246 CPC.

⁸¹ Art. 12 al. 2 LEg.

⁸² CLEg-BOHNET/DIETSCHY, n° 24, *ad art.* 12.

Lorsque le juge ordonne une expertise, la première difficulté intervient lors de la désignation de l'expert. Il n'est pas facile à trouver, car les spécialistes aptes à comparer des professions en fonction de leur genre ou à examiner si une entreprise a adopté une politique salariale discriminatoire ne sont pas légion en Suisse et il suffit que l'expert envisagé ne soit pas disponible ou doive être récusé⁸³ pour que la procédure se grippe. Le juge doit ensuite préparer les questions à poser à l'expert avec la collaboration des parties. Lors de cette opération, le juge doit veiller à soumettre à l'expert des questions qui appellent des réponses utilisables ; sinon, le risque est que l'expertise, au lieu d'éclaircir les faits, aboutisse à compliquer la procédure. Le juge doit par ailleurs faire en sorte que les questions posées à l'expert relèvent exclusivement des faits et non du droit, qui reste de la seule compétence du tribunal⁸⁴. Dans toute cette phase, le juge doit veiller à ne pas violer le droit d'être entendu des parties. Il lui faut donc, à chaque étape de la consultation de l'expert, se montrer particulièrement attentif.

Le juge qui entend renoncer à une expertise doit motiver sa décision en expliquant pourquoi il considère la mesure comme inutile, sous peine de violer le droit d'être entendu des parties⁸⁵ et l'art. 247 al. 2 CPC⁸⁶. Le juge qui refuse d'ordonner une expertise, alors que celle-ci n'apparaissait pas d'emblée inutile contrevient à son obligation de constater d'office les faits pertinents prévue à l'art. 247 al. 2 lit. a CPC en lien avec l'art. 243 al. 2 lit. a CPC⁸⁷.

Enfin, le juge voit son pouvoir d'appréciation limité par le résultat de l'expertise. En effet, l'expertise judiciaire revêt une force probante beaucoup plus grande que les autres moyens de preuves, ce qui implique que le juge ne peut s'en écarter sans motifs valables⁸⁸. Cette force probante accrue ne porte cependant que sur les aspects relevant des faits et non du droit, que le juge peut toujours apprécier librement. Toute la difficulté pour le juge est de bien distinguer les éléments de fait et de droit, ce qui n'est pas aisé dans un domaine où l'évaluation de fonctions et leur comparaison comprennent ces deux aspects⁸⁹.

⁸³ Cf. ATF 125 II 541, consid. 4.

⁸⁴ ARIOLI/EGG, p. 1301.

⁸⁵ ATF 124 II 436, consid. 9b ; 117 Ia 262, consid. 4c.

⁸⁶ WYLER/HEINZER, p. 893 ; cf. ATF 133 II 545, consid. 4.3 avant le CPC.

⁸⁷ Anciennement art. 12 al. 2 LEg ; WYLER/HEINZER, p. 186 ; cf. arrêts du Tribunal fédéral 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 5.2 ; 4A_249/2007 du 16 novembre 2007, consid. 2.2.

⁸⁸ WYLER/HEINZER, p. 232 ; AUBRY GIRARDIN, p. 1071.

⁸⁹ Cf. ATF 125 II 385, consid. 5c

4. Règles spécifiques de procédure prévues dans le CPC

Le CPC comprend des règles procédurales propres à la LEg. La plupart d'entre elles figuraient du reste dans la LEg avant l'entrée en vigueur du CPC le 1^{er} janvier 2011⁹⁰ et ont été reprises par le nouveau code avec parfois certains changements. Ainsi l'art. 11 al. 2 aLEg laissait au canton le choix de prévoir une procédure de conciliation obligatoire, alors que le CPC l'impose⁹¹.

a) Conciliation

aa) Présentation du système

Le CPC institue le principe de la conciliation obligatoire, sous réserve de quelques exceptions⁹². Dans certaines situations toutefois, les parties peuvent renoncer à la conciliation⁹³. En matière de LEg, il est en particulier prévu que la partie demanderesse puisse unilatéralement y renoncer⁹⁴. Le défendeur n'a pas cette possibilité. Comme le CPC s'applique exclusivement aux affaires civiles⁹⁵, la conciliation dans les litiges LEg concernant la fonction publique cantonale demeure du ressort des cantons. Beaucoup de cantons prévoient que les autorités de conciliation compétentes pour les litiges relevant de la LEg en matière civile le sont aussi pour les conflits de droit public relevant de cette même loi⁹⁶. Pour les fonctionnaires fédéraux, l'art. 13 al. 3 LEg impose la création d'une commission de conciliation à laquelle le personnel de la Confédération peut s'adresser.

La composition de l'organe de conciliation, qui n'est pas forcément un tribunal⁹⁷, est également particulière puisque, dans les litiges relevant de la LEg, l'autorité de conciliation doit se composer d'un président et d'une représentation paritaire d'employeurs et d'employés des secteurs privé et public qui doit comporter un nombre égal d'hommes et de femmes⁹⁸.

⁹⁰ Cf. art. 11 et 12 LEg abrogés ; RO 2010 1739, 1836.

⁹¹ Cf. *infra* a/aa ; CLEg-MA FAURE, n° 23, *ad* art. 11.

⁹² Cf. art. 197 et 198 CPC.

⁹³ Art. 199 CPC.

⁹⁴ Cf. art. 199 al. 2 lit. c CPC.

⁹⁵ Cf. art. 1 CPC.

⁹⁶ Pour un panorama des solutions cantonales, cf. K GLG-STAUER-MOSER, n° 11, *ad* art. 11.

⁹⁷ Art. 4 CPC ; HOFFMANN/LÜSCHER, p. 160 et 167.

⁹⁸ Art. 200 al. 2 CPC.

Hormis sa fonction consistant à trouver un accord, l'organe de conciliation donne aussi des conseils juridiques aux parties dans les litiges relevant de la LEg⁹⁹ et peut soumettre aux parties une proposition de jugement¹⁰⁰.

bb) Difficultés pour le juge

Notre propos n'est pas ici de traiter de toutes les questions juridiques que le juge peut devoir trancher en lien avec la procédure spécifique de conciliation en matière de LEg. Nous nous limiterons à évoquer un aspect révélateur d'une problématique plus générale et controversée qui a trait au rapport entre les règles procédurales prévues en matière de LEg et les règles ordinaires.

Puisque la partie demanderesse peut renoncer unilatéralement à la conciliation, le juge de première instance peut être saisi directement. Si tel est le cas, mais que la demande porte à la fois sur la LEg et sur d'autres prétentions fondées sur le CO pour lesquelles la conciliation est obligatoire, on peut se demander ce que doit faire le juge. Doit-il considérer que la LEg l'emporte, de sorte que la conciliation n'est pas nécessaire, faire primer le caractère obligatoire de la conciliation ou scinder les procédures en fonction des prétentions invoquées ?

Cette question revient à se demander quelles règles procédurales priment en cas de cumul objectif d'actions, à savoir lorsque la partie demanderesse fait valoir à la fois des prétentions relevant de la LEg et d'autres prétentions fondées sur le droit du travail soumises à la procédure ordinaire. Une partie de la doctrine considère que chacune des prétentions doit respecter la procédure qui lui est propre¹⁰¹. Un autre courant, s'inspirant de la jurisprudence en matière de gratuité du procès, estime qu'en cas de cumul objectif d'actions, les règles spéciales de procédure s'appliquent si les prétentions tombent essentiellement sous le coup de la LEg¹⁰². Cette solution est difficile à mettre en oeuvre pour le juge, car il n'est pas simple d'évaluer, surtout en début de procédure, si les prétentions relèvent ou non essentiellement de la LEg. Il nous semblerait préférable de considérer que, dès que la partie demanderesse fonde une partie de ses prétentions sur la LEg, la procédure spéciale propre à cette loi devrait l'emporter, sans qu'il faille se demander quelle part la LEg occupe par rapport à l'ensemble des prétentions invoquées. Seule devrait être réservée la situation dans laquelle la LEg serait invoquée de manière abusive ou de façon manifestement non pertinente. Cette solution a le mérite de la clarté,

⁹⁹ Art. 201 al. 2 CPC.

¹⁰⁰ Art. 210 al. 1 lit. a CPC.

¹⁰¹ Cf. K GLG-STEIGER-SACKMANN, n° 13, *ad* art. 12.

¹⁰² CLEg-BOHNET/DIETSCHY, n° 6, *ad* art. 12 ; BOHNET, CPC commenté, n° 19, *ad* art. 199 ; WYLER/HEINZER, p. 892.

tant pour le juge que pour les parties d'ailleurs. On peut certes objecter qu'elle pourrait, notamment si les prétentions distinctes à la LEg dépassent la limite de 30'000 fr. permettant de les soumettre à la procédure simplifiée, s'avérer contraire à l'art. 90 CPC. En effet, cette disposition exclut la réunion dans la même action de plusieurs prétentions contre le même défendeur si elles ne sont pas soumises à la même procédure¹⁰³. Nous pensons toutefois que cette règle devrait nécessiter des assouplissements pour éviter les situations absurdes obligeant la partie demanderesse à intenter deux procès¹⁰⁴.

L'approche tendant à faire primer le bénéfice de la procédure spéciale va dans le sens de la jurisprudence posée par le Tribunal fédéral en lien avec l'art. 5 LEg. A cet égard, le Tribunal fédéral considère que la personne lésée par une discrimination et qui fait valoir les droits spécifiques de l'art. 5 al. 1 à 4 LEg devant l'autorité judiciaire compétente doit aussi, cumulativement, pouvoir faire valoir des prétentions en dommages-intérêts, en réparation du tort moral ou des prétentions découlant de dispositions plus favorables aux travailleurs réservées à l'art. 5 al. 5 LEg, dès lors que ces prétentions ont le même fondement¹⁰⁵. Même si cette jurisprudence vise essentiellement le concours d'actions, il nous paraît que, pour des raisons pratiques, il faudrait aussi s'en inspirer en cas de cumul et considérer que lorsque des prétentions reposant sur la LEg sont invoquées, elles fonctionnent comme éléments d'attraction, en sorte que les règles spéciales de procédure seraient applicables à l'ensemble des prétentions, notamment les règles concernant la conciliation.

b) Procédure simplifiée et maxime inquisitoire sociale

aa) Présentation du système

Selon l'art. 243 al. 2 lit. a CPC, les litiges relevant de la LEg sont soumis à une procédure simplifiée, quelle que soit leur valeur litigieuse¹⁰⁶. L'idée est que la procédure se déroule rapidement et puisse si possible s'achever lors de la première audience¹⁰⁷.

Le CPC prévoit également que le juge doit établir d'office les faits en la matière¹⁰⁸, imposant ainsi le respect de la maxime inquisitoire sociale, qui constitue l'élément-clé de

¹⁰³ Art. 90 lit. b *a contrario*.

¹⁰⁴ Cf. en ce sens également, TAPPY, CPC commenté, n°s 12 et 22 *in fine*, ad art. 243 ; WYLER/HEINZER, p. 892, qui proposent de limiter cette conséquence en distinguant selon que les conclusions ne relevant pas de la procédure simplifiée sont prises à titre principal ou subsidiaire.

¹⁰⁵ Cf. ATF 133 II 257, consid. 5.2 et 5.4, confirmé *in* : ATF 136 II 241, consid. 7.2.

¹⁰⁶ WYLER/HEINZER, p. 891.

¹⁰⁷ Cf. art. 246 CPC.

¹⁰⁸ Art. 247 al. 2 lit. a CPC.

la procédure simplifiée¹⁰⁹. Cette maxime confère au juge une certaine responsabilité dans l'établissement des faits¹¹⁰. Elle implique que le juge doit tenir compte de tous les faits pertinents établis lors des débats¹¹¹, même si aucune des parties ne les a invoqués qu'il n'est pas limité par les moyens de preuves proposés par les parties. L'établissement des faits d'office ne dispense toutefois pas les parties d'une collaboration active à la procédure ; il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuves disponibles¹¹². C'est ainsi sur la base de la maxime inquisitoire sociale que le juge a l'obligation d'ordonner une expertise si les conditions sont remplies, même si les parties ne la requièrent pas et que, s'il ne s'y conforme pas, il viole l'art. 247 al. 2 lit. a CPC¹¹³.

bb) Difficultés pour le juge

La maxime inquisitoire sociale vise l'établissement des faits et ne touche pas les règles sur le fardeau de la preuve, qui demeurent¹¹⁴. En d'autres termes si, malgré la collaboration accrue du juge à la constatation des faits découlant de la maxime sociale un élément pertinent ne peut être établi, les règles sur le fardeau de la preuve permettront de déterminer quelle partie doit en supporter les conséquences. Le juge doit ainsi établir les faits d'office, mais ne pas exclure qu'une preuve puisse être considérée comme non apportée.

Cet exercice, déjà complexe pour le juge, devient encore plus délicat lorsque s'applique l'art. 6 LEg et que la partie demanderesse peut se limiter à la preuve de la vraisemblance, alors que l'employeur doit prouver l'existence d'un motif justificatif¹¹⁵. En effet, examiner les faits sous l'angle de la vraisemblance, alors que s'applique la maxime inquisitoire sociale suppose pour le juge un équilibre subtil entre la vérification des éléments de faits invoqués par la partie demanderesse, imposée par l'art. 247 al. 2 lit. a CPC, et la réserve qui découle de la preuve de la vraisemblance selon laquelle il n'est pas nécessaire que les faits soient établis pour qu'elle doive être considérée comme apportée. Au stade de la vraisemblance, le juge doit donc se garder de vérifier le bien-fondé des éléments rendus vraisemblables. S'il procède de la sorte, le juge se substitue à l'obligation de la partie adverse et s'écarte ainsi des règles sur le fardeau de la preuve prévues à l'art. 6 LEg.

¹⁰⁹ BOHNET/JEANNIN, p. 233 s.

¹¹⁰ BOHNET/JEANNIN, p. 243.

¹¹¹ En matière de LEg, ATF 126 III 395, consid. 4e non publié.

¹¹² Cf. ATF 139 III 13, consid. 3.2 ; 107 II 233, consid. 2 ; pour plus de détails, cf. notamment BOHNET/JEANNIN, p. 245 ss ; TAPPY, CPC commenté, n° 23 ss, *ad art.* 247.

¹¹³ Cf. arrêts du Tribunal fédéral 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 5.2 ; 4A_249/2007 du 16 novembre 2007, consid. 2.1 avant l'entrée en vigueur du CPC ; cf. *supra* II/B/3.

¹¹⁴ Cf. BOHNET/JEANNIN, p. 245.

¹¹⁵ Cf. *supra* II/B/1/a sur ce mécanisme.

En outre, la maxime inquisitoire sociale n'autorise pas le juge qui ne possède pas des connaissances techniques suffisantes, à instruire lui-même les faits pour éviter d'ordonner une expertise¹¹⁶. Par exemple, dans la cause 4A_249/2007 du 16 novembre 2007, le juge cantonal a considéré que la discrimination n'avait pas été rendue vraisemblable, bien qu'il y ait eu une différence salariale entre la demanderesse et les collègues cités à titre de comparaison, au motif que les faits permettaient d'établir que cette différence n'était pas objectivement justifiée. Pour ce faire, l'autorité cantonale s'était fondée sur des critères qu'elle avait elle-même déterminés, alors que rien n'indiquait qu'elle avait les compétences techniques pour le faire. Le Tribunal fédéral a considéré que les moyens de preuve administrés ne pouvaient suppléer à une expertise et a renvoyé la cause au tribunal cantonal pour qu'il l'ordonne¹¹⁷.

III. Conclusion

La LEg est une loi qui, par comparaison avec le nombre des discriminations à raison du sexe dans les rapports de travail qui existent encore de nos jours, est peu utilisée dans les procédures judiciaires. Cela tient non seulement aux parties, mais aussi aux juges. Nous avons tenté de démontrer les motifs qui peuvent expliquer la réticence de la part des juges à appliquer cette loi, qui découlent notamment des spécificités procédurales qui sont propres à la LEg. Ce phénomène est cependant paradoxal, car l'objectif de cette loi était de faciliter les procédures en matière de discriminations entre femmes et hommes, afin de donner les moyens de faire disparaître celles-ci. Or, ce sont précisément les particularités de la LEg destinées à faciliter le contrôle judiciaire des discriminations qui constituent un frein à son application étendue. Le moyen d'y remédier est de mieux faire connaître la LEg, afin que les procédures fondées sur cette loi soient plus fréquentes et que les particularités procédurales qui y sont liées entrent dans la routine judiciaire.

IV. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

ARIOLI KATHRIN/EGG BIBIAN, *Arbeitswissenschaftliche Gutachten in : Lohnleichheitsprozessen*, AJP/PJA 11/2001, p. 1299.

¹¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2011 du 20 mars 2012, consid. 4.3.

¹¹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2011 du 20 mars 2012, consid. 2.2.

- AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : CLEg-AUTEUR).
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Egalité salariale et décisions judiciaires, AJP/PJA 9/2005 p. 1062 ss.
- BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY (éd.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011 (cité : AUTEUR, CPC commenté).
- BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, RDS 2015 I 223 ss.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, 6841 ss (cité : Message relatif au CPC).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité en exécution de la motion Vreni Hubmann 02.3142, transmise par le Conseil national sous forme de postulat le 21 juin 2002, du 15 février 2006, in FF 2006 3061 ss (cité : rapport du 15 février 2006).
- HOFFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, 2^e éd. Berne 2015.
- KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Bâle 2^e éd. 2009 (cité : K GLG-AUTEUR).
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, Communiqué de presse de l'Office fédéral de la statistique du 21 août 2015 (cité : OFS 2015).
- STUTZ HEIDI, « Quand faire valoir ses droits sera devenu une chose tout à fait normale », AJP/PJA 11/2006, p. 1402.
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 3^e éd. Berne 2014.

SUSY STAUBER-MOSER, ANER VOLODER

Gleichstellungsgesetz wird es noch lange brauchen

Susy Stauber-Moser, Dr. iur., Rechtsanwältin und Mediatorin SAV/SDV-FSM, Vorsitzende der Schlichtungsbehörde nach Gleichstellungsgesetz im Kanton Zürich im Gespräch¹ mit **Aner Voloder**, lic. iur., Projektleiter, Fachstelle für Gleichstellung der Stadt Zürich

Frau Stauber, das Gleichstellungsgesetz ist 20 Jahre alt. Haben wir hinsichtlich seiner Wirkungen einen Grund zu feiern?

Diesbezüglich habe ich gemischte Gefühle. Die Erwartungen sind damals grösser gewesen, als was nun effektiv eingetreten ist. Dennoch sage ich, dass es enorm wichtig ist, dass wir dieses Gesetz haben. Es hat sich insgesamt bewährt.

Wo sehen Sie Schwachstellen oder Tücken in der Anwendung?

Die Schwelle, sich gestützt auf das Gleichstellungsgesetz zur Wehr zu setzen, ist immer noch sehr hoch. Betroffene müssen sich exponieren und Gerichtsprozesse sind sehr langwierig, falls in einem Schlichtungsverfahren keine Einigung erzielt wird. Müssen Betroffene Anwält_innen beiziehen, kommt noch das Risiko der hohen Kosten dazu. Verhindernd wirkt auch die Angst vor schlechten Referenzen und/oder Kündigungen. Im Lohnbereich beispielsweise wagt nur eine verschwindende Minderheit der Betroffenen im ungekündigten Arbeitsverhältnis den Gang an die Schlichtungsbehörde. Ich habe auch das Gefühl, es hat insgesamt ein Backlash stattgefunden. Arbeitgebende haben „Schlupflöcher“ gesucht. Diskriminierende Kündigungen werden häufig mit Reorganisationen begründet, um die wahren Kündigungsgründe (beispielsweise wegen der Mutterschaft) zu vertuschen.

Sollte es nicht möglich sein, Beschwerden der Betroffenen zu entpersonalisieren?

Das kann möglicherweise funktionieren im Lohngleichheitsbereich bei mehreren Betroffenen oder wenn man Betroffenen die Möglichkeit gibt, Anzeige bei einer noch einzurichtenden Aufsichtsinstanz zu erstatten, welche die Angelegenheit dann von Amtes wegen untersuchen würde.

¹ Das Gespräch wurde am 27. Juli 2015 in Meilen (ZH) geführt.

Würden Sie eine periodische Evaluation des GIG² begrüßen, z.B. alle 10 Jahre?

Das wäre auf jeden Fall wünschenswert. Somit könnte auch festgestellt werden, wie viele Schlichtungs- und Gerichtsfälle in der Untersuchungsperiode behandelt wurden und mit welchen Ergebnissen. Für Schlichtungsbehörden wäre es ausserdem nötig, von Amtes wegen zu erfahren, wie ein Fall gerichtlich beurteilt wurde. Das Zürcher Einführungsgesetz zum Gleichstellungsgesetz sah für Gerichte eine Meldepflicht gegenüber der Schlichtungsstelle vor, falls in einer von ihr behandelten Sache ein Urteil ergangen war. In der neuen ZPO³ fehlt eine solche Bestimmung. Das erachte ich als grosses Manko. Wenn also von Gesetzesrevisionen die Rede ist, dann nicht nur beim Gleichstellungsgesetz, sondern auch bei der ZPO.

Vor dem Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung waren Verbandsklagen im Schlichtungsverfahren des Kantons Zürich selten. Worauf ist das zurückzuführen?

Verbandsklagen können ja nur auf Feststellung ausgerichtet werden und sind insgesamt eher eine Seltenheit. Die meisten Verbandsklagen betrafen bis jetzt Lohnungleichheit. Dabei mussten sich die betroffenen Personen doch exponieren, da sie sonst keinen rückwirkenden Lohnausgleich erhalten hätten. Die geringe Zahl an Verbandsklagen kann auch damit zusammenhängen, dass die Teilnahme an Schlichtungsverfahren bis vor der Einführung der neuen ZPO im Kanton Zürich wie auch in verschiedenen anderen Kantonen nicht obligatorisch war. Eine Verbandsklage ist häufig von grosser Tragweite, insbesondere im öffentlich-rechtlichen Bereich, da die öffentliche Hand bei Gutheissung sehr viel finanzielle Mittel für einen Ausgleich bereitstellen muss und hierzu zumeist erst nach einem Urteil des obersten Gerichts bereit ist.

Welches sind die häufigsten Diskriminierungsarten im Schlichtungsverfahren des Kantons Zürich?

Im Kanton Zürich sind es gegenwärtig diskriminierende Kündigungen aufgrund Schwangerschaft/Mutterschaft und nach wie vor auch Lohndiskriminierungen sowie sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz.

In den letzten Jahren beklagen überdurchschnittlich viele Frauen Diskriminierungen wegen Mutterschaft. Verzeichnen Sie auch einen Anstieg an Klagen dieser Art?

Ja, in den letzten Jahren verzeichnen wir tatsächlich einen Anstieg und dies trotz der Mutterschaftsversicherung, was eigentlich erstaunlich ist. Es ist anzunehmen, dass Frauen heute sensibilisierter sind. In den Medien wird vermehrt darauf aufmerksam gemacht, dass

² Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, GIG), SR 151.1.

³ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO), SR 272.

beispielsweise Kündigungen in der Probezeit aufgrund von Schwangerschaft zwar gültig, aber diskriminierend und damit entschädigungspflichtig sein können. Auf der anderen Seite sind Unternehmen wohl kostenbewusster geworden, es wird insgesamt mit härteren Bandagen gekämpft – Mutterschaft einer Mitarbeiterin löst punkto möglichem Aufwand Ängste aus.

Sind Ihrer Erfahrung nach eher Kaderfrauen von diskriminierenden Kündigungen betroffen?

Ich würde eher sagen, dass die Länge des Arbeitsverhältnisses eine Rolle spielt, nicht unbedingt die Funktion der Betroffenen. Arbeitgebende entscheiden sich im Zusammenhang mit Mutterschaft vermehrt dann zu einer Kündigung, wenn das Arbeitsverhältnis nicht so lange gedauert hat.

Verständlicherweise sind meistens Frauen Klägerinnen in einem Schlichtungsverfahren. Wie oft machen Männer Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts geltend?

Das hat es immer wieder gegeben in den letzten Jahren, meistens wegen Lohndiskriminierungen, sexueller Belästigung oder Nichtanstellung. Insgesamt sind in etwa zehn Prozent der Fälle Männer die klagende Partei.

Kann es sein, dass bestimmte Diskriminierungstatbestände, wie derjenige aufgrund der familiären Situation, relativ unbekannt sind? Melden sich bei Ihnen auch Männer, die aufgrund des Wunsches, Familie und Beruf besser unter einen Hut zu bringen, am Arbeitsplatz diskriminiert werden?

Wir hatten einen Fall, in dem ein Mann wegen seiner familiären Verpflichtungen in Konflikt mit seinem Arbeitgeber geriet. Dieser hatte ihm deswegen gekündigt. Im Schlichtungsverfahren kam es anschliessend zu einem Vergleich. Viele Männer wissen nicht, dass das Gleichstellungsgesetz sie in solchen Situationen ebenfalls schützt. Diese Unkenntnis ist übrigens z.T. auch bei Anwältinnen und Anwälten festzustellen, nicht nur bei Betroffenen. Der Bekanntheitsgrad des Gleichstellungsgesetzes muss erhöht werden.

Was waren für Sie bis jetzt die grössten Schwierigkeiten und Herausforderungen in einem Schlichtungsverfahren?

In einem Fall von sexueller Belästigung hat das Ganze einer Betroffenen, die aus einem anderen Kulturkreis stammte, dermassen zugesetzt, dass wir ihre Verhandlungsunfähigkeit feststellen mussten. Das Verfahren hat sich dadurch deutlich verzögert. Gemäss Gesetz sind wir verpflichtet, das Verfahren so rasch wie möglich abzuschliessen; hier hätte das dem Interesse der Betroffenen widersprochen. Immer wieder erleben wir auch, dass Arbeitgebende bzw. ihre Rechtsvertreter_innen von Anfang an nicht kompromissbereit sind, dies aber erst am Ende der Verhandlung kundtun.

Die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes bei Diskriminierungen aufgrund der Geschlechtsidentität wird in der Lehre und Praxis einhellig befürwortet. Wenden sich Betroffene von Diskriminierungen wegen Geschlechtsangleichungen an die Schlichtungsbehörde?

Das erste Verfahren wegen Diskriminierung einer Person infolge Transidentität liegt einige Jahre zurück. Dass hier glücklicherweise ein Tabubruch stattgefunden hat, ist eine neuere Entwicklung. Transmenschen sind heute sichtbarer und sensibilisierter. Sie wehren sich gegen Diskriminierungen.

Während die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes auf Diskriminierungen infolge Transidentität oder Intergeschlechtlichkeit unumstritten ist, äussern einige Autor_innen ihre Bedenken hinsichtlich der *a priori* Anwendung auf Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung, da diese angeblich nicht mit der *ratio legis* des Gleichstellungsgesetzes vereinbar sind. Wie sehen Sie das?

Homo- und bisexuelle Menschen erfüllen oft die Rolle nicht, die ihnen nach konservativem Geschlechterverständnis zugeschrieben wird und passen insofern nicht in das Bild eines „richtigen“ Mannes oder einer „richtigen“ Frau. Wenn sie also ihre „geschlechtliche Rolle“ nicht so erfüllen, wie von ihnen erwartet wird und deswegen am Arbeitsplatz diskriminiert werden, fallen diese Diskriminierungen ganz klar in den Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes, denn es sind schlussendlich Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts.

Und zum Schluss noch ein prophezeiender Blick in die Zukunft. Wo stehen wir in 20 Jahren bezüglich Geschlechtergleichstellung im Erwerbsleben? Was sind Ihre Erwartungen und Wünsche?

Das Gleichstellungsgesetz wird es auf jeden Fall noch lange brauchen. Ich bin zuversichtlich, dass sich beispielsweise die Lohndifferenz zwischen Männern und Frauen verringern wird. Seitens Arbeitgebenden/Vorgesetzten wünsche ich mir mehr Sensibilisierung hinsichtlich sexueller Belästigung, denn sexualisierte Arbeitsatmosphäre darf nicht geduldet werden. Diese Grenzziehung ist durchaus möglich, ohne gleichzeitig in die Prüderie zu verfallen. Anzustreben sind weiter weniger Kündigungen in Zusammenhang mit Schwangerschaft/Mutterschaft und eine höhere Akzeptanz gegenüber Teilzeitarbeit, insbesondere auch was männliche Arbeitnehmende angeht. Unsere Gesellschaft hat auch Nachholbedarf punkto Abbau von Diskriminierungen aufgrund Transidentität und/oder sexueller Orientierung.

Frauendiskriminierung? Eine Beleidigung

Inhaltsübersicht	Seite
I. Einführung	123
II. Spezialthemen	124
A. Dienstalster: Elternurlaub zählt nicht – Gleichbehandlung versus Andersbehandlung	124
B. Recht auf Teilzeitstelle – Prozess verloren aber doch zum Ziel gelangt	124
C. Doppelverdienerinnen – Wie der politische Diskurs Gleichstellung fördern oder hindern kann	125
III. Ein steiler Weg	126
A. Nutzen und Unnutzen von Gutachten – Gutachter studieren keine Prozessakten	126
B. Nutzen und Grenzen der Feststellungsklage gemäss Art. 7 GIG	128
C. Am besten Nichteintreten – Frauendiskriminierung? Unvorstellbar!	129
D. Lohndiskriminierung ? Nein, wir haben sie ja jetzt korrigiert !	131
IV. Literaturverzeichnis	132

I. Einführung

Ich möchte zunächst einige kantonale Urteile aus dem Kanton Tessin vorstellen, die kaum bekannte Themen von allgemeinem Interesse behandeln und danach auf einige Schwierigkeiten – technischer und faktischer Art – eingehen, die in der Praxis immer wieder auftreten und bei der Vorbereitung von Klagen zu berücksichtigen sind.¹

¹ Eine Zusammenfassung der meisten der behandelten Fälle findet sich auf www.sentenceparita.ch (zuletzt besucht am 13.11.15), mit Links zu den Urteilen, falls publiziert.

II. Spezialthemen

A. Dienstalter: Elternurlaub zählt nicht – Gleichbehandlung versus Andersbehandlung

In einem Urteil aus dem Jahr 2000² ging es darum, ob unbezahlter Elternurlaub bei der Berechnung des Dienstalters zu berücksichtigen sei. Gemäss dem damals geltenden kantonalen Personalgesetz unterbrachen unbezahlte Urlaube von über 30 Tagen den Lauf des Dienstalters. Nebst Argumenten bezüglich der Entstehungsgeschichte der fraglichen kantonalen Norm machte die Klägerin geltend, die Nichtberücksichtigung des Elternurlaubes bei der Berechnung des Dienstalters sei diskriminierend, weil davon vor allem die Frauen betroffen seien: Diese brauchen nämlich länger, bis sie die höchste Lohnklasse erreichen und die Dienstaltersgeschenke erhalten. Die Klage scheiterte bereits an der Anerkennung der Ungleichbehandlung: Sämtliche unbezahlten Urlaube bei der Berechnung des Dienstalters blieben unberücksichtigt und der Elternurlaub stehe ja auch den Vätern offen, auch wenn diese zugegebenermassen kaum davon Gebrauch machten.

Interessant ist der Fall deshalb, weil die Klägerin geltend machte, die Regelung habe für Frauen andere Folgen als für Männer, das heisst, einen Anspruch auf Andersbehandlung (indirekte Diskriminierung)³. Dass dies zulässig sei, wurde auch nicht bestritten. Gleich danach wurde aber rein formal auf Gleichbehandlung anerkannt (ausschlaggebend sei die Urlaubsdauer und nicht deren Grund), statt allenfalls einen Rechtfertigungsgrund anzuführen.

B. Recht auf Teilzeitstelle – Prozess verloren aber doch zum Ziel gelangt

Es kommt öfters vor, dass eine Klage zwar abgewiesen wird, die Klägerin wenn auch mit etwas Verspätung aber trotzdem zum Ziel gelangt: Nach Ausschöpfung des Elternurlaubs, während dem sie Teilzeit gearbeitet hatte, stellte eine Primarschullehrerin Antrag auf Reduktion des Einstellungsgrades auf 50%, das heisst, die Klasse gemeinsam mit einer anderen Lehrerin als sogenannte „*doppia docenza*“⁴ führen zu können. Das kantonale Verwaltungsgericht⁵ befand, der Entscheid einer Gemeinde, nur VollzeitlehrerInnen einzustellen, könne effektiv diskriminierend sein. Teilzeit ist eine typisch weibliche

² Urteil des Bundesgerichts 1A.132/2000-1P.210/2000 vom 20. November 2000.

³ Siehe dazu u.a. K GLG- ELISABETH FREIVOGEL, Rz 5 ff. zu Art. 3 GIG.

⁴ Zwei LehrerInnen mit einem Beschäftigungsgrad von je 50% führen gemeinsam eine Klasse.

⁵ Kantonales Verwaltungsgerichts Tessin, Entscheid 52.2002.350 vom 23. September 2003.

Beschäftigungsform, was statistisch nachgewiesen ist. Damit trifft die Verweigerung von Teilzeitanstellungen vor allem Frauen (indirekte Benachteiligung). Im konkreten Fall befand das Gericht dann allerdings, die Gemeinde habe belegt, dass die Verweigerung der Teilzeitarbeit objektiv aus didaktischen und administrativen Gründen (die Gemeinde führe bereits mehrere Klassen in Zweierbesetzung) gerechtfertigt und somit nicht diskriminierend sei. Der im darauffolgenden Schuljahr neu zuständige Gemeinderat fand dann eine Lösung und die Lehrerin kam zu ihrer Teilzeitanstellung.

C. Doppelverdienerinnen – Wie der politische Diskurs Gleichstellung fördern oder hindern kann

Gewisse Themen sind unter Umständen Dauerbrenner, zum Beispiel die sogenannten DoppelverdienerInnen. Damit sind natürlich vor allem Frauen gemeint und es geht um Lohnarbeit (vor allem im öffentlichen Dienst) und nicht etwa um andere Zweiteinkommen wie Kapitalerträge und ähnliches. Aktuell wird das Thema jeweils vor allem, wenn die Arbeitslosigkeit steigt. Dann sollen die Frauen wieder an den Herd, statt den Männern (na ja, auch den unverheirateten Frauen) Arbeitsplätze wegzunehmen.

Am 13. November 1997 schlossen der VPOD und der Kanton vor der kantonalen Schlichtungsstelle einen Vergleich⁶, wonach das sozio-ökonomische Kriterium des Beschäftigungsgrades nicht gegen Art. 4 Abs. 1 und 2 BV⁷ und 3 GIG⁸ verstösst, wenn es einzig beigezogen wird, wo andere objektive Kriterien für die Wahl von Kandidierenden wie Ausbildung, Dienstalter und Erfahrung fehlen. In jedem Fall sind die Ehegatten anzuhören und andere familiäre Umstände zu berücksichtigen. Diese Lösung wurde in der Lehre nicht zu Unrecht kritisiert: *„Unseres Erachtens sind jedoch sozio-ökonomische Kriterien ganz abzulehnen, da sie sich in der Praxis noch immer klar zuungunsten der Frauen auswirken.“*⁹

15 Jahre später führte der Regierungsrat in den kantonalen Stellenausschreibungen folgende Klausel ein: Bei gleicher Qualifikation der Kandidatinnen und Kandidaten wird die Auswahl so getroffen, dass keine Doppelverdienste entstehen, das heisst, keine Beschäftigung von Ehepaaren oder registrierten Partnern zu mehr als insgesamt 150%. Am 2. März 2012 entschied das kantonale Verwaltungsgericht¹⁰, eine solche Klausel entbehre jeglicher gesetzlicher Grundlage. Es brauchte sich somit inhaltlich nicht mit der Frage zu

⁶ Ufficio di conciliazione in materia di parità dei sessi, Verhandlung vom 13. November 1997, 10/97

⁷ Schweizerische Bundesverfassung (BV), SR 101 jetzt Art. 8 Abs. 3 BV.

⁸ Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG), SR 151.1.

⁹ ARIOLI/FURRER ISELI, S. 59.

¹⁰ Verwaltungsgericht Tessin, Entscheid 52.2010.337 vom 2. März 2012.

befassen. Im Moment ist die Sache wieder vom Tapet - heute sollen Schweizer Frauen oder zumindest die Ansässigen ja mehr arbeiten, als Massnahme zur Reduzierung der Einwanderung. Hauptsache, Frauen-Erwerbsarbeit kann auch politisch instrumentalisiert werden.¹¹

II. Ein steiler Weg

A. Nutzen und Unnutzen von Gutachten – Gutachter studieren keine Prozessakten

Die Rechtsprechung hat zur Genüge geklärt, dass das Gericht mit Bezug auf die Beurteilung einer Lohndiskriminierung auf Spezialwissen zurückzugreifen hat¹², das heisst, im Zweifel ist ein gerichtliches Gutachten anzuordnen.

Danach fangen die Probleme aber gleich an: Ist ein analytisches Lohngutachten oder ein statistisches Gutachten zielführend¹³? Welche GutachterIn versteht sich nicht nur auf Arbeitsanalyse, sondern auch auf Gleichstellung? Und im Tessin besonders aktuell: Gibt es eineN geeigneteN GutachterIn, der/die die italienische Sprache beherrscht?

Ein für mich ungelöstes Problem besteht darin, dass GutachterInnen offenbar weder die Prozessakten studieren noch dem Gericht beim Sammeln der Fakten und beim Stellen der Gutachterfragen zur Seite stehen. Angesichts der Offizialmaxime (Art. 247 in Verbindung mit Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO¹⁴) und der Funktion des Gutachters als Gehilfen des Richters dürfte man eigentlich eine engere Zusammenarbeit erwarten.

Das führt dann unter Umständen dazu, dass zwar ein Gutachten erstellt wird, das aber unnütz ist. In einem Fall vor dem Gericht in Lugano, bei dem es um eine Lohndiskriminierung zwischen einer Biologin und einem Biologen ging, wurde zwar ein Gutachten angeordnet und – nach wiederholten Mahnungen – durchgeführt. Offenbar hatte das Gericht aber keineN geeigneteN GutachterIn gefunden, der/die italienisch sprach und eine analytische Arbeitsbewertung hätte durchführen können, so dass schliesslich eine

¹¹ Für weitergehende Informationen, rechtliche wie geschichtliche, zum Thema „Doppelverdienerinnen“ siehe auch die unter sentenzeparita.ch im Zusammenhang mit dem Urteil des Verwaltungsgerichts aufgeschaltete Beschwerde des VPOD.

¹² Dazu, unter anderen, K GLG- STEIGER-SACKMANN, Rz. 64 zu Art. 6 GIG.

¹³ Siehe unter anderen den Leitfaden des Eidgenössischen Gleichstellungsbüros für Gerichtsgutachten in Sachen Lohndiskriminierung; zu den verschiedenen Instrumenten: CLEg-SCHMID, zu Art. 3 GIG, S. 92 ff.; K GLG-FREIVOGEL, Rz. 119 ff. zu Art. 3 GIG und die dort zitierte Grundlagenliteratur.

¹⁴ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO), SR 272.

statistische Lohnanalyse in Auftrag gegeben wurde¹⁵. Dabei beschränkte sich die Gutachterstelle darauf, die Parteien (!) bezüglich der Grunddaten zu befragen (Ausbildung, Erfahrung, berufliche Stellung, Anforderungsniveau). Die Antworten gingen natürlich auseinander. Die ganze Diskussion unter den Parteien, die Partei- und Zeugenbefragungen, bei denen es eben gerade darum ging, ob die behaupteten Unterschiede überhaupt bestanden und falls ja, ob und in welchem Rahmen sie eine Lohndifferenz rechtfertigten, blieben gutachterlich unbeachtet. Das Gutachten wurde denn auch im Urteil nicht einmal erwähnt.¹⁶

Hier wäre eine bessere Zusammenarbeit zwischen Gutachterstelle und Gericht wünschbar, was aufgrund von Art. 185 und 186 ZPO und im Sinne einer Klärung des Mandates zumindest begrenzt möglich sein sollte.

In einem anderen Fall¹⁷ hatte die Gewerkschaft aufgrund von ihr gesammelter Daten eine vertiefte Regressionsanalyse¹⁸ erstellen lassen, die unter anderem auch die Tätigkeiten mitberücksichtigte. Die Arbeitgeberin führte daraufhin eine Analyse mit dem Selbsttest Tool *Logib*¹⁹ durch. Im Gerichtsverfahren einigten sich die Parteien, ein Gutachten gemäss Analysemodell zur Überprüfung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann im Beschaffungswesen des Bundes (Regressionsanalyse) durchzuführen, auf den Zeitraum der Analyse und darauf, dass der Grossverteiler die Basisdaten und sämtliche für das Gutachten erforderlichen Daten, insbesondere die SAP HR Daten, mit Funktionsbeschreibung, Bewertungskriterien und deren Wertung, vorzulegen hatte. Die Anleitung zum genannten Modell enthielt zumindest zum Zeitpunkt der Vereinbarung noch Hinweise auf eine Vertiefung der (Standard-)Analyse.²⁰

Die Arbeitgeberin sprach danach aber immer von *Logib* und das Gericht gab den Anträgen der Gegenpartei auf Abweisung sämtlicher Gutachterfragen, die auf eine Vertiefung der Analyse aufgrund der spezifischen Daten und Situation der konkreten Arbeitgeberin zielten, statt. Selbst der Antrag auf stichprobenmässige Prüfung der Wahrheit der von der

¹⁵ Dies ist auch in Einzelfällen möglich, wobei dann mit Referenzmärkten gearbeitet wird, siehe BGE 130 III 153.

¹⁶ Bezirksgerichts Lugano, Urteil AC.2008.10 vom 5. November 2012.

¹⁷ Bezirksgericht Bellinzona, Urteil DI.2010.323 vom 10. Juli 2015.

¹⁸ Statistisches Lohngutachten.

¹⁹ www.ebg.admin.ch (zuletzt besucht am 13.11.15)-> Dienstleistungen -> Selbsttest Tool: *Logib*.

²⁰ Standard-Analysemodell zur Überprüfung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann im Beschaffungswesen des Bundes (Methodenbeschreibung), Anleitung zur Durchführung der standardisierten Überprüfung, Bern Juni 2015, S. 2 unten, publiziert auf www.ebg.admin.ch (zuletzt besucht am 13.11.15)-> Themen -> Staatliche Kontrollen im Beschaffungswesen.

Arbeitgeberin gelieferten Daten durch die Gutachtenden²¹ wurde schliesslich abgelehnt. Die Gutachterstelle selber wies zwar darauf hin, dass es sich bei *Logib* um eine Standardanalyse handelt. Sie unterliess es aber, auszuführen, dass das gewählte System die Berücksichtigung weiterer firmenspezifischer Daten erlauben würde (deren Herausgabe hatten die Parteien an sich vereinbart) und sich die Toleranzschwelle von 5% bei guter Datenlage²² nicht rechtfertigt. Weiter stellte die Gutachterstelle auf die Kriterien ab, wie sie von der Arbeitgeberin zugeordnet worden waren, ohne selber die Gewichtung vorzunehmen. Damit blieb eine weitere Fehlerquelle ungeprüft.

Die Konsequenz war, dass das Gericht der durch die Klägerin durchgeführten Regressionsanalyse die Glaubhaftmachung der Diskriminierung absprach beziehungsweise feststellte, der Beklagten sei es gelungen, die Glaubhaftmachung zu erschüttern. Ausserdem war das Gerichtsgutachten nicht geeignet, eine Lohndiskriminierung festzustellen, da die Differenzen unter der bei einer Standardanalyse geltenden Toleranzschwelle lagen.

B. Nutzen und Grenzen der Feststellungsklage gemäss Art. 7 GIG

Nützlich ist die Feststellungsklage nicht nur als reine Feststellungsklage wie zum Beispiel im Falle der erwähnten „DoppelverdienerInnen“-Klausel in den kantonalen Stellenausschreibungen.²³

Auch in Verbindung mit Leistungsklagen ist sie unter Umständen zu empfehlen, weil die Legitimation einer Einzelklägerin im Verlaufe eines Verfahrens dahinfallen kann. Es kommt vor, dass die Arbeitgeberin zwar die Klage bestreitet, im Verlaufe des Verfahrens aber dem klägerischen Begehren trotzdem entspricht (womit die Leistungsklage gegenstandslos wird) oder auch weil die Klägerin den Fall aus persönlichen Gründen nicht an eine obere Instanz weiterziehen will. Handelt es sich um eine grundsätzliche Frage, die sich so wieder stellen kann, wirkt sich also der Ausgang des Verfahrens voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen aus, kann der Fall als Feststellungsklage weiterverfolgt werden, auch wenn die Legitimation der EinzelklägerInnen bezüglich der Leistungsklage im Verlauf des Instanzenzuges dahinfallen sollte.²⁴

²¹ Insbesondere auf Uebereinstimmung der gelieferten Daten mit den tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten und Aufgaben.

²² Siehe SCHÄR MOSER/BAILLOD, S. 67, FN 34 sowie oben FN 20.

²³ Siehe oben FN 10.

²⁴ Siehe zum Beispiel den Fall FN 2 und andererseits Urteil des Bundesgerichts 1A.193/2000-1P.345/2000, bei dem die Gewerkschaft nicht selbständig auf Feststellung der Diskriminierung geklagt hatte, mit der

Andererseits ist die reine Feststellungsklage nicht geeignet, die Verjährung für Lohnnachforderungen zu unterbrechen²⁵ und es wird schwieriger, einen Zeitraum zu fixieren, der zu beurteilen ist: Soll sich der Ausgang des Verfahrens auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken, muss das Urteil in einem Zeitpunkt ergehen, zu dem die Ansprüche, die unter Berufung auf das Urteil geltend gemacht werden können, noch nicht verjährt sind. Ein Problem, das sich im bereits erwähnten Verfahren zwischen einer Gewerkschaft und einem Grossverteiler stellte: Die Gewerkschaft hatte aufgrund eines Parteigutachtens über die Löhne im März 2007 auf Feststellung einer Lohndiskriminierung zulasten der Frauen von 13% geklagt, welche der Grossverteiler im Verlauf des über 6 Jahre dauernden Verfahrens bedeutend reduzierte, was dann unter anderem auch dazu führte, dass die Klage schliesslich abgewiesen wurde²⁶. Bis genügend Daten gesammelt und analysiert worden waren und das Schlichtungsverfahren eingeleitet werden konnte, lagen die Daten bereits zwei Jahre zurück. Das Gerichtsverfahren konnte im Herbst 2010 eingeleitet werden. Bis es dann endlich zum erstinstanzlichen Urteil kam, war Juli 2015, gutachterlich analysiert waren die Löhne 2009-2014. Das heisst einerseits, dass bis ein Urteil rechtskräftig ist angesichts des noch durchlaufbaren Rechtsmittelzuges die Forderungen aus einem Grossteil der analysierten Jahre längst verjährt sind²⁷ und andererseits dass der Arbeitgeber bereits im Verlauf des Verfahrens die Lohndifferenz unter Umständen reduziert. Unter anderem weil es nicht mehr um die Lohndifferenz im Jahr 2007 gehen konnte, verlor die Gewerkschaft im besprochenen Fall das Verfahren trotz seriöser Vorbereitung und gut belegten Argumenten.

C. Am besten Nichteintreten – Fraudiskriminierung? Unvorstellbar!

Sich mit Fragen der Gleichberechtigung zu befassen ist aufwändig, und man setzt sich dabei schnell einmal der Kritik von Verwaltung und Politik aus, die den Verdacht, Frauen zu diskriminieren – und die damit verbundenen Kosten für Lohnnachzahlungen -, weit von sich weisen. Deshalb ist es auch für Gerichte bequemer und zeitsparender, sich auf Unzuständigkeit oder sonstige Verfahrensfehler zu berufen.

Folge, dass der Fall nicht weiter verfolgt werden konnte. Die Lebensumstände der Klägerin hatten sich inzwischen geändert und sie hielt die Klage nicht aufrecht.

²⁵ BGE 138 II 1 vom 18. Oktober 2011.

²⁶ Siehe FN 17.

²⁷ Die Verjährungsfrist für Lohnnachzahlungen beträgt 5 Jahre, siehe Art. 128 Ziffer 1 OR (Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220) und BGE 131 I 105 vom 16. Februar 2005.

So musste denn trotz Art. 98a Abs. 1 OG²⁸ vom 16. Dezember 1943 (jetzt Art. 96 Abs. 2 BGG)²⁹ ein Umweg übers Bundesgericht gemacht werden, um das kantonale Verwaltungsgericht, das nicht in die Kompetenz des kantonalen Gesetzgebers eingreifen wollte, anzuhalten, Gleichstellungssachen im öffentlichen Dienst auch in Bereichen, die im kantonalen Zuständigkeitskatalog nicht enthalten waren, zu behandeln. Die Bundesgerichtsbeschwerde gegen den kantonalen Unzuständigkeitsentscheid³⁰ wurde selbstverständlich gutgeheissen, aber es ging über ein Jahr, bis schon nur diese Frage geklärt war.³¹ Unterdessen hat sich auch der kantonale Gesetzgeber bequemt, die Angelegenheit gesetzlich zu regeln.

Dass es auch anders gehen kann, zeigt ein Fall vor Bezirksgericht Lugano³², bei dem davon abgesehen wurde, Gerichtskosten aufzuerlegen, obschon im Verlaufe des Verfahrens das Argument der Diskriminierung gemäss GIG beiseite gelassen worden war.

Auf Verfahrensfragen ist auch deshalb besonders zu achten, weil sie gerne von Beklagten angerufen werden, um sich nicht mit dem Vorwurf der Geschlechterdiskriminierung auseinandersetzen zu müssen. So bemühte ein Grossverteiler³³ das kantonale Obergericht weil ihm keine Gelegenheit zur Stellungnahme gemäss Art. 7 Abs. 1 zweiter Satz GIG gegeben worden sei. Dieses Vorbringen war allerdings müssig, da die Beklagte gar keine Bereitschaft gezeigt hatte, sich mit der von der Organisation vorgebrachten Problematik zu befassen.³⁴

Eine Tessiner Journalistin brauchte geschlagene 10 Jahre, bis ein definitives Urteil vorlag³⁵, weil es einen Umweg über das Bundesgericht brauchte, damit eine Diskriminierung im Verlaufe der Karriere überhaupt geprüft und nicht bloss auf die aktuellen Funktionen abgestellt wurde. Wenigstens ist bei Leistungsklagen der Verzugszins von 5% geschuldet – eigentlich bei den heutigen Marktzinsen eine gute Investition!

Ein weiteres Problem ist, dass schnell einmal auf Daten abgestellt wird, die eine Gleichbehandlung belegen, ohne abzuklären, ob es sich dabei nicht eher um Ausreisser

²⁸ Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz, OG), SR 173.110 (aufgehoben per 31. Dezember 2005).

²⁹ Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG), SR 173.110.

³⁰ Verwaltungsgerichts Tessin, Entscheid 52.1999.00268 vom 28. April 2000.

³¹ Urteil des Bundesgerichts 1A.193/2000-1P.345/2000 vom 1. Dezember 2000.

³² Bezirksgericht Lugano, Entscheid DI.2006.766 vom 5. Februar 2007.

³³ Siehe oben und FN 17.

³⁴ Obergericht Tessin, Entscheid 12.2011.163 vom 1. Juni 2012.

³⁵ Urteil des Bundesgerichts 4C.138/2005 vom 25. Oktober 2005 und Verwaltungsgericht Tessin, Urteil 12.2006.8 vom 13. Dezember 2007.

handelt (Bestätigungsfehler)³⁶. Dabei sitzt die Klägerin, die keinen allgemeinen Zugang zu den Personaldaten hat, trotz Gleichstellungsgesetz am kürzeren Hebel.

D. Lohndiskriminierung ? Nein, wir haben sie ja jetzt korrigiert !

Jemanden zu verklagen mit der Begründung Frauen zu diskriminieren, kann die Klägerin und deren Anwältin schnell mal auch dem Vorwurf der Beleidigung aussetzen. Im Fall einer Buchhalterin, der der Bonus als Juniorpartnerin während des Mutterschaftsurlaubes gekürzt worden war, obwohl er von ihrer Eigenschaft als Mitaktionärin und nicht von ihrer Leistung abhängig war, zogen wir es daher vor, uns auf die Anrufung rein vertragsrechtlicher Normen zu beschränken, damit der Arbeitgeber überhaupt anständig mit uns sprach und sich nicht persönlich beleidigt fühlte³⁷.

Besonders witzig diesbezüglich ist auch das Tessiner Kindergärtnerinnenurteil, in dem zu lesen steht, Art. 8 Abs. 3 BV (und 3 GlG) sei nicht verletzt, da beim Vergleich mit den PrimarlehrerInnen zunächst die Lohnanpassungen zu berücksichtigen seien, die das Gericht ja eben gerade angeordnet habe. Das Gericht zog es vor, die Unterbezahlung der Kindergärtnerinnen mit Mensabetrieb über die Anerkennung einer Ungleichbehandlung zu ihren Kolleginnen ohne Mensabetrieb zu korrigieren (diese mussten 6 ¾ Wochenstunden weniger arbeiten), also unter Berufung auf den allgemeinen Gleichheitsartikel (Art. 8 Abs. 1 BV). Speziell daran ist, dass gleichzeitig die Grundsätze des Gleichstellungsgesetzes angewandt wurden, das heisst Lohnnachzahlung 5 Jahre zurück und unentgeltliches Verfahren.³⁸ 10 Jahre später hat sich dann eine jüngere Richterin desselben Gerichts über das Urteil gewundert und gemeint, in Diskriminierungsfällen gemäss Art. 8 Abs. 1 BV bestehe ja gar kein Anspruch auf Lohnnachzahlung, das erwähnte Urteil lasse da eine Begründung vermissen³⁹.

Der Ehrenrettung halber ist zu vermerken, dass der Tessiner Regierungsrat aufgrund des genannten Urteils die Gemeinden anwies, allen Kindergärtnerinnen den Lohn für die vergangenen 5 Jahre nachzuzahlen, also nicht nur den Klägerinnen oder denjenigen, die den Anspruch ausdrücklich geltend machten. Es ging dabei um mehrere Millionen.

³⁶ Was meines Erachtens auch im Fall einer Erzieherin, Urteil des Bundesgerichts 2A.120/2003 vom 10. Juli 2003 und Verwaltungsgericht Tessin, Entscheid 53.2002.28 vom 18. Februar 2002 der Fall war.

³⁷ Siehe dazu auch oben, FN 32.

³⁸ Verwaltungsgericht Tessin, Urteil 53.2000.14 vom 6. Juli 2004, bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 2P.216/2004 vom 5. Oktober 2004, bei dem es allerdings einzig um die Gemeindeautonomie ging.

³⁹ Verwaltungsgericht Tessin, Urteil 52.2012.95 vom 27. Mai 2014, Erwägung 3.5.

Die Stellvertreterinnen mussten allerdings dann ihrerseits ein weiteres Verfahren einleiten, um zur Nachzahlung des diskriminierungsfreien Lohnes für die Arbeit während der Essenszeit zu gelangen: Das Reglement über die Stellvertretung von Lehrern war zwar im Anschluss an das erwähnte Urteil ebenfalls angepasst worden. Zuvor verdienten aber stellvertretende Kindergärtnerinnen in Kindergärten mit Mensabetrieb ausser der Gratismahlzeit nicht mehr als stellvertretende Kindergärtnerinnen in solchen ohne Mensa, was einer Lohndifferenz von 18.2% (sic!) entsprach. Mit Urteil vom 3. März 2006 mussten 12 Gemeinden noch speziell zu entsprechenden Lohnnachzahlungen verpflichtet werden.⁴⁰ Einige Gemeindeverantwortliche nervte das derart, dass für das Inkasso der (minimale!) Parteientschädigung fast ein Betreibungsverfahren hätte eingeleitet werden müssen.

Gegenwärtig läuft ein Verfahren zum gleichen Thema – der Entlohnung der Arbeitszeit während der Schulmensa – auch für die Spezialschul-Lehrerinnen.

III. Literaturverzeichnis

Sofern nicht anders angegeben, werden die im Literaturverzeichnis aufgeführten Werke oder Beiträge in den Noten nur mit dem Namen des Verfassers oder der Verfasserin zitiert.

ARIOLI KATRIN/FURRER ISELI FELICITAS, Die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes auf öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse, Basel 1999.

AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (Hrsg.), Commentaire de la loi sur l'égalité, Genève 2011 (zitiert : CLEg-AUTOR)

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009 (zitiert: K GLG-AUTOR).

SCHÄR MOSER MARIANNE/BAILLOD JÜRIG, Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung, Orientierungshilfe für die juristische Praxis, Bern 2006.

⁴⁰ Verwaltungsgericht Tessin, Urteil 53.2005.21 vom 3. März 2006.

Deuxième partie – La discrimination salariale devant les tribunaux

Zweiter Teil – Die Lohndiskriminierung vor Gericht

La discrimination salariale au regard de la jurisprudence récente (2011-2015)

Sommaire	Page
I. Introduction	136
II. La notion de discrimination salariale fondée sur le sexe (art. 3 LEg)	137
A. La « rémunération » comprend l'indemnité de départ (art. 339c CO)	137
B. La comparaison avec une personne (précédemment ou ultérieurement) employée par la même entité	138
C. La discrimination directe ou indirecte	139
D. La mise en évidence de l'impact négatif particulier sur les personnes d'un sexe	140
1. La nécessité de trouver un groupe de comparaison	140
2. La nécessité de trouver des chiffres	141
3. La détermination de la nature sexospécifique d'une profession : les critères statistique et historique	141
III. Le recours à une expertise judiciaire	143
IV. La vraisemblance de la discrimination (art. 6 LEg)	145
A. Directe : quel écart salarial peut suffire ?	145
B. Indirecte	146
1. La réduction des vacances pour les directrices de crèche	146
2. L'indemnité pour services de piquet	147
V. La justification objective : l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011	149
A. La valeur du travail	149
B. Les préoccupations sociales : les charges familiales, l'âge	151
C. La situation conjoncturelle	152
VI. La prescription de l'action en paiement du salaire (art. 5 al. 1 lit. d LEg)	152
VII. La réalité de la discrimination en droit de la responsabilité civile	152
VIII. Conclusion	154

* Mes remerciements vont à Samuel Brigueat, stagiaire au BFEG, et à Karine Eychenne-Serizay, assistante à la Faculté de droit de l'Université de Genève, qui ont réuni les arrêts pertinents. Je suis très reconnaissante à Elsa Perdaems, assistante auprès de cette même faculté, d'avoir relu le texte avec minutie.

IX. Bibliographie	154
X. Table des arrêts cités (2011-2015)	155
A. Jurisprudence fédérale	155
B. Jurisprudence cantonale	156

I. Introduction

Le thème de la discrimination salariale fondée sur le sexe illustre à merveille le fossé persistant entre l'égalité *de iure* et l'égalité *de facto*. Sur le plan du droit, les conventions internationales¹, la Constitution fédérale² et la loi sur l'égalité entre femmes et hommes³ interdisent clairement ce phénomène. Dans les faits, pourtant, les indicateurs publiés par l'Office fédéral de la statistique montrent que l'égalité salariale n'est pas encore réalisée⁴. Au regard de ces chiffres, le nombre des procès pour discrimination salariale paraît modeste.

Une recherche sur Internet a permis d'identifier une vingtaine de procédures où une violation du principe du salaire égal pour un travail de valeur égale a été invoquée devant les tribunaux⁵ suisses entre 2011 et 2015. Une majorité des cas concernait des rapports de travail de droit public.

La présente contribution traite de la discrimination salariale à la lumière des précisions apportées par la jurisprudence récente. Onze arrêts du Tribunal fédéral et sept décisions cantonales – dont une fait actuellement l'objet d'un recours au Tribunal fédéral – ont plus particulièrement été examinés. La structure choisie reflète le contenu de ces arrêts, qui portent surtout sur la notion de discrimination salariale (II), la preuve (III, IV), les motifs justificatifs (V) et la prescription de l'action en paiement du salaire (VI).

¹ Notamment la Convention de l'OIT n° 100 du 29 juin 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main d'œuvre féminine et la main d'œuvre masculine pour un travail de valeur égale, RS 0.822.710.20, le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (art. 7), RS 0.103.1, et la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (art. 11), RS 0.108.

² Art. 8 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

³ Art. 3 de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), RS 151.1.

⁴ Cf. en particulier la page : <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/20/05/blank/key/loehne.html> (consulté le 13.11.2015).

⁵ Les cas portés uniquement devant une autorité de conciliation n'ont pas été pris en considération.

L'article se conclut par le résumé d'une affaire qui montre les effets que peut avoir le décalage entre l'égalité salariale *de iure* et *de facto* dans le domaine de la responsabilité civile (VII).

II. La notion de discrimination salariale fondée sur le sexe (art. 3 LEg)

Conformément à la Convention n° 100 de l'OIT⁶ et à la Convention sur l'élimination de toutes les discriminations à l'égard des femmes⁷, l'expression « discrimination salariale » est utilisée en droit suisse pour qualifier les cas où, en présence d'un travail *de valeur égale*, la rémunération n'est pas égale, sans que cette différence de salaire ne soit objectivement justifiée⁸.

Une discrimination « peut résulter dans la fixation du salaire d'une personne déterminée lorsqu'il est comparé à celui d'autres personnes du sexe opposé ayant une position semblable dans l'entreprise »⁹. Dans le secteur public, une discrimination peut, en outre, découler de la façon dont une profession typiquement féminine ou masculine est classée par rapport à une profession typiquement attribuée au sexe opposé ou à une profession dite neutre¹⁰.

A. La « rémunération » comprend l'indemnité de départ (art. 339c CO)

Une récente jurisprudence bâloise¹¹ rappelle que le principe d'égalité salariale consacré à l'art. 8 al. 3 Cst. ne s'applique pas uniquement au salaire au sens étroit, mais vise « toute rémunération fournie en contrepartie du travail effectué », y compris les composantes

⁶ Convention n° 100 du 29 juin 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main d'œuvre féminine et la main d'œuvre masculine pour un travail de valeur égale, RS 0.822.710.20.

⁷ Convention du 18 décembre 1979, RS 0.108. Cf. BINDER/LEMPEN, n° 41, *ad art.* 11 CEDAW.

⁸ Cf. parmi d'autres, CLEg-AUBRY GIRARDIN, n° 22 ss, *ad art.* 3 LEg.

⁹ ATF 130 III 145, consid. 4.2.

¹⁰ Cf. parmi d'autres, CLEg-AUBRY GIRARDIN, n° 22 ss, *ad art.* 3 LEg. Pour le secteur public, cf. *infra* II.D.3.

¹¹ Arrêt de l'*Appellationsgericht* du canton de Bâle-Ville ZB.2013.33 (AG.2014.431) du 26 mars 2014, qui a donné lieu à un arrêt du Tribunal fédéral 4A_523/2014 du 12 février 2015.

sociales du salaire, comme les allocations familiales. La prestation doit se trouver dans un « rapport de connexité étroit avec le travail » pour être qualifiée de rémunération¹².

Une telle connexité existe avec l'indemnité de départ. En effet, bien qu'elle ne soit versée qu'au moment où les rapports de travail prennent fin, son montant est fixé sur la base du salaire mensuel (art. 339c al. 1 et 2 CO¹³). En outre, le fait que l'indemnité puisse être réduite si la partie employée a résilié le contrat sans justes motifs ou a été licenciée avec effet immédiat pour de justes motifs (art. 339c al. 3 CO) témoigne aussi d'un lien étroit avec l'accomplissement du travail. L'indemnité de départ doit donc être qualifiée de rémunération (art. 3 al. 2 LEg), dont le versement peut être demandé dans le cadre d'une action en paiement du salaire dû (art. 5 al. 1 lit. d LEg)¹⁴.

B. La comparaison avec une personne (précédemment ou ultérieurement) employée par la même entité

Lors d'un procès pour discrimination salariale, la comparaison entre différentes activités doit en principe « se faire auprès d'un seul et même employeur »¹⁵. Selon la jurisprudence fédérale, toutefois, il n'est pas nécessaire que les personnes dont on compare la situation travaillent simultanément dans l'entreprise. Ainsi, une discrimination peut être admise en se fondant sur une comparaison avec un-e prédécesseur-e ou un-e successeur-e¹⁶.

Dans l'arrêt bâlois susmentionné¹⁷, le Tribunal a admis, sur la base d'une comparaison avec des collaborateurs masculins congédiés précédemment, qu'une responsable en ressources humaines, licenciée sans dédommagement suite à une réorganisation en 2008

¹² ATF 126 II 217, consid. 8a ; CLÉg-AUBRY GIRARDIN, n^{os} 20-21, *ad* art. 3 LEg.

¹³ Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations) (CO), RS 220.

¹⁴ Arrêt de l'*Appellationsgericht* du canton de Bâle-Ville ZB.2013.33 (AG.2014.431) du 26 mars 2014, consid. 3.1. Dans un arrêt du Tribunal fédéral 4A_523/2014 du 12 février 2015 relatif à cette affaire, le Tribunal fédéral s'intéresse à la question de savoir s'il était possible que la travailleuse renonce à ses prétentions découlant de la loi sur l'égalité dans le cadre de la convention de départ signée avant la fin du contrat et si, au moment où elle a signé la convention, elle se trouvait sous le coup d'une erreur ou d'un dol.

¹⁵ ATF 130 III 145, consid. 3.1.2. A ce sujet : CLÉg-AUBRY GIRARDIN, n^o 25, *ad* art. 3 LEg ; K GLG-FREIVOGEL, n^{os} 90-91, *ad* art. 3 LEg.

¹⁶ ATF 130 III 145, consid. 4.2. Voir aussi un arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2011 du 20 mars 2012, consid. 3.2., où une discrimination salariale a été jugée vraisemblable sur la base d'une comparaison avec le successeur (*cf. infra* III).

¹⁷ Sous II.A.

– alors qu’elle était âgée de 51 ans et au bénéfice de plus de vingt ans d’ancienneté – avait droit, en vertu de la loi sur l’égalité, à une indemnité de départ.

L’employée avait rendu vraisemblable que les plans sociaux antérieurs à celui la concernant prévoyaient des indemnités en fonction du nombre d’années d’ancienneté. Le Tribunal a considéré sans importance le fait que les membres du personnel aient été traités de façon égale dans le cadre de la réorganisation survenue en 2008. La société employeuse n’était pas parvenue à prouver que la décision de ne pas verser d’indemnités de départ dans le cadre de la réorganisation 2008 (qui avait touché majoritairement des femmes), alors que de telles indemnités avaient été prévues lors de restructurations antérieures, répondait à un véritable besoin de l’entreprise et aux exigences de la proportionnalité¹⁸.

C. La discrimination directe ou indirecte

Les articles 8 al. 3 Cst. et 3 LÉg interdisent la discrimination salariale *directe ou indirecte* en raison du sexe.

Dans le cadre d’un procès qui examinait si la pratique d’attribution des charges de cours rémunérées à l’Université de Bâle discriminait indirectement les hommes, le Tribunal fédéral a défini les notions de discrimination directe et indirecte conformément à sa jurisprudence antérieure¹⁹.

Selon le Tribunal, on se trouve en présence d’une discrimination *directe* lorsqu’une différence de traitement repose exclusivement sur le critère du sexe – ou sur un critère ne pouvant s’appliquer qu’à l’un des sexes – et qu’elle ne se justifie pas objectivement. En revanche, il faut partir du principe que l’on se trouve face à une discrimination *indirecte* lorsqu’une réglementation formellement neutre *a pour effet de désavantager « beaucoup plus ou une part prépondérante »²⁰ de personnes d’un sexe* par rapport à l’autre, sans justification objective²¹.

En l’espèce, après avoir comparé la proportion de femmes et d’hommes dans le groupe des personnes au bénéfice d’une charge de cours rémunérée avec la proportion de femmes et d’hommes au sein du groupe des personnes chargées de cours non rémunérées, le

¹⁸ Arrêt de l’*Appellationsgericht* du canton de Bâle-Ville ZB.2013.33 (AG.2014.431) du 26 mars 2014, consid. 3.3., qui donnait lieu à un arrêt du Tribunal fédéral 4A_523/2014 du 12 février 2015.

¹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_1006/2012 du 10 avril 2013, consid. 5.

²⁰ « *Wesentlich mehr bzw. überwiegend* ».

²¹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_1006/2012 du 10 avril 2013, consid. 5.2, qui renvoie notamment à un ATF 138 I 205 (évaluation de l’invalidité d’une personne appartenant à la communauté des gens du voyage), consid. 5.5.

Tribunal cantonal avait constaté que, parmi les personnes chargées de cours à l'Université de Bâle, les hommes avaient été plus nombreux que les femmes à être rémunérés. La pratique de l'université n'avait donc pas pour effet de désavantager une plus forte proportion d'hommes que de femmes (au contraire !) et c'est donc à juste titre qu'une discrimination indirecte à l'égard des premiers n'a pas été retenue²².

D. La mise en évidence de l'impact négatif particulier sur les personnes d'un sexe

En pratique, il n'est pas toujours facile de vérifier si une réglementation neutre « a pour effet de désavantager beaucoup plus de personnes d'un sexe par rapport à l'autre », condition nécessaire à l'admission d'une discrimination indirecte.

1. La nécessité de trouver un groupe de comparaison

Dans certains cas, un désavantage particulier fondé sur le sexe ne pourra être mis en évidence car aucun groupe de comparaison n'aura pu être trouvé.

A titre d'illustration, on peut citer un arrêt du Tribunal administratif du canton d'Argovie relatif à la classification salariale des personnes enseignant les disciplines « travaux manuels, économie domestique et couture » (groupe composé de plus de 70% de femmes). Une nouvelle réglementation prévoyait que les personnes ayant jusqu'à présent enseigné ces disciplines au premier degré secondaire allaient à l'avenir être attribuées à la classe salariale plus élevée « *Sekundarstufe I* ». Une disposition transitoire précisait, toutefois, que celles d'entre elles qui n'étaient pas en possession d'un diplôme équivalent à celui exigé aujourd'hui pour les enseignants au secondaire verraient leur salaire réduit de 5% pendant trois ans²³.

Amené à trancher la question de savoir si une telle réduction de salaire représentait une discrimination fondée sur le sexe, le Tribunal a répondu par la négative. En effet, en l'absence d'un groupe de comparaison masculin ou neutre concerné par une disposition transitoire similaire, il faut partir du principe qu'on se trouve en présence d'un problème isolé, sans lien reconnaissable avec le critère du sexe²⁴.

²² Arrêt du Tribunal fédéral 8C_1006/2012 du 10 avril 2013, consid. 5.2.2. et 5.2.3.

²³ Arrêt du Tribunal administratif du canton d'Argovie WBE.2012.2014 du 5 juin 2013, consid. 1.3, AGVE 2013 315, 316.

²⁴ Arrêt du Tribunal administratif du canton d'Argovie WBE.2012.2014 du 5 juin 2013, consid. 6.4, AGVE 2013 315, 326.

2. La nécessité de trouver des chiffres

Même lorsque des groupes comparables ont pu être identifiés, il arrive que les données statistiques relatives à la part d'hommes et de femmes dans chacun d'entre eux fassent défaut.

A cet égard, il est intéressant de relever que la définition de la discrimination indirecte consacrée par la jurisprudence fédérale susmentionnée²⁵ est plus restrictive que celle retenue en droit européen²⁶ et dans le message du Conseil fédéral relatif à la loi sur l'égalité.

Selon le message, la discrimination est « qualifiée d'« indirecte » lorsque le critère utilisé pourrait s'appliquer à l'un ou l'autre sexe, mais qu'il a *ou peut avoir*²⁷ pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifié objectivement »²⁸. « 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* »²⁹.

Au vu de ces explications, les tribunaux devraient pouvoir admettre un désavantage particulier pour un sexe sur la base d'un simple risque, sans qu'une preuve statistique ne doive nécessairement être apportée³⁰.

La présente revue de jurisprudence n'a toutefois permis de trouver aucun cas où un effet négatif prépondérant sur un sexe aurait été reconnu sans égard aux statistiques. Il faut toutefois réserver les arrêts relatifs à la qualification sexospécifique d'une profession.

3. La détermination de la nature sexospécifique d'une profession : les critères statistique et historique

Comme rappelé plus haut, une discrimination en raison du sexe peut résulter de la façon dont une profession typiquement féminine ou masculine est classée par rapport à une profession typiquement attribuée au sexe opposé ou à une profession dite neutre.

²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_1006/2012 du 10 avril 2013 (affaire relative à l'attribution des charges de cours à l'Université de Bâle), mentionné *supra* II.C.

²⁶ Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006, art. 2 al. 1 lit. b.

²⁷ Mise en évidence par l'auteur.

²⁸ FF 1993 I 1163, 1210. Cf. aussi, parmi d'autres, CLEg-AUBRY GIRARDIN, n° 26, *ad* art. 3 LEg; CLEg-LEMPEN, n° 8, *ad* art. 3 LEg.

²⁹ FF 1993 I 1163, 1211.

³⁰ Pour des explications détaillées à ce sujet : ÜBERSCHLAG, p. 362.

Selon le Tribunal fédéral, il convient de se baser en premier lieu sur des éléments *statistiques* pour déterminer si une profession est typiquement féminine, masculine ou neutre. Une profession est typiquement féminine lorsque la proportion de femmes dépasse 70%. La nature d'une profession peut parfois aussi être établie sur la base d'une analyse *historique*³¹.

S'appuyant sur des éléments avant tout quantitatifs, le Tribunal administratif du canton de Zurich a jugé que la profession de *juge en assurances sociales* n'est pas typiquement féminine³². Dans une autre affaire récente, ce tribunal a laissé ouverte la question de savoir si la profession de *bibliothécaire* devait être qualifiée de typiquement féminine, dans la mesure où, dans le cas d'espèce, l'existence d'une discrimination devait de toute façon être niée pour une autre raison³³. Enfin, selon les juges zurichois, il est notoire que la profession de *technicien ou technicienne en salle d'opération* est de nature typiquement féminine³⁴.

Le Tribunal administratif du canton d'Argovie a considéré quant à lui que la fonction d'*enseignant en « travaux manuels, économie domestique et couture »* (groupe composé dans son ensemble de plus de 70% de femmes) était de nature typiquement féminine, malgré le fait que plus d'hommes que de femmes enseignent les travaux manuels³⁵. Au vu des statistiques et de la jurisprudence fédérale³⁶, le tribunal cantonal a estimé qu'il fallait sans autres admettre la qualification féminine de la profession de *jardinier ou jardinière d'enfants*³⁷.

³¹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_78/2009 du 31 août 2010, en partie publié *in* : ATF 136 II 393. Cf. le consid. 5.2 non publié avec les références, ainsi que CLEg-AUBRY GIRARDIN, n° 30 *ad art.* 3 LEg.

³² Arrêt du *Verwaltungsgericht* du canton de Zurich AN.2011.00002 du 6 décembre 2011, consid. 3.2.2. (qui a donné lieu à un ATF 138 I 321, sans référence à cette question).

³³ Arrêt du *Verwaltungsgericht* du canton de Zurich VB.2014.00595 du 24 juin 2015, consid. 4.3.

³⁴ Arrêt du *Verwaltungsgericht* du canton de Zurich PB.2010.00064 du 5 octobre 2011, consid. 9.2., qui a donné lieu à un arrêt du Tribunal fédéral 8C_846/2011 du 19 avril 2012 (irrecevabilité du recours). Cf. *infra* IV.B.2. (indemnités pour services de piquet).

³⁵ Arrêt du Tribunal administratif du canton d'Argovie du 5 juin 2013, consid. 6.2, AGVE 2013 315, 335, déjà mentionné *supra* II.D.1. Dans le cas d'espèce, où une nouvelle réglementation supprimait la fonction d'enseignant-e en « travaux manuels, économie domestique et couture », le Tribunal a estimé qu'il se justifiait de considérer le groupe dans sa globalité, plutôt que de distinguer la part des femmes et des hommes enseignant chaque discipline.

³⁶ Notamment l'ATF 125 II 530, consid. 2b.

³⁷ Arrêt du *Verwaltungsgericht* du canton d'Argovie du 29 janvier 2014 WBE.2013.151, consid. II.1. Suite à cet arrêt, le Grand Conseil du canton d'Argovie, suivant une proposition du Conseil d'Etat, a décidé le 15 septembre 2015 d'augmenter progressivement la rémunération des jardinières d'enfant jusqu'à ce qu'elle atteigne le niveau de celle des enseignant-es au primaire. Cette révision devrait entraîner dès 2018 des coûts supplémentaires de 9.4 millions de francs, qui devront en partie (35%) être supportés par les communes.

En revanche, bien que le métier d'*enseignant-e au primaire* soit de nos jours exercé par une très forte majorité de femmes au niveau de la Suisse (81%) et dans le canton d'Argovie (87%), les juges cantonaux ont estimé qu'il ne convenait pas de s'écarter de la jurisprudence antérieure qualifiant de « neutre » cette profession autrefois exercée principalement par des hommes. En effet, une qualification retenue sur la base d'une analyse historique doit valoir sur le long terme et ne peut être remise en question uniquement à cause de variations temporaires relatives à la part de femmes et d'hommes dans la profession. En outre, selon le tribunal, il se justifie de qualifier de neutre le métier d'*enseignant-e au primaire* eu égard à la perception sociale de cette profession et au fait que des mesures sont prévues pour augmenter la part des hommes enseignant à l'école primaire³⁸.

Saisi d'un recours contre cette décision, le Tribunal fédéral a jugé, en revanche, qu'il ne se justifie désormais plus de considérer comme neutre le métier d'*enseignant-e au primaire*, eu égard à la proportion toujours plus élevée de femmes dans ce groupe³⁹. Dans un arrêt du 1^{er} décembre 2015, les juges fédéraux ont, pour la première fois, qualifié cette profession de typiquement féminine et renvoyé la cause à l'instance inférieure afin qu'elle se prononce sur l'existence d'une discrimination⁴⁰.

III. Le recours à une expertise judiciaire

Les procédures civiles relatives à la loi sur l'égalité sont soumises à la maxime inquisitoire. Le tribunal établit les faits d'office, quelle que soit la valeur litigieuse (art. 247 al. 2 lit. a CPC). Un arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 28 avril 2011 rappelle que les tribunaux cantonaux ont le devoir d'ordonner les expertises nécessaires pour évaluer la comparabilité de diverses fonctions auprès d'une même entité employeuse⁴¹. Selon la jurisprudence, il

³⁸ Arrêt du *Verwaltungsgericht* du canton d'Argovie du 23 novembre 2013 WBE.2013.154, consid. II.2, qui renvoie aux ATF 125 II 530, consid. 2b et 124 II 529, consid. 5e.

³⁹ Selon CLEg-AUBRY GIRARDIN, n° 30, *ad art.* 3 LEg, « la qualification d'une activité peut varier au fil du temps ». « Par exemple, la profession d'*enseignant-e au primaire* est [...] en passe de devenir typiquement féminine » (n. 93). Dans ce sens, cf. aussi STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n° 20, *ad art.* 322 CO (en 1999, le métier d'*enseignant-e au primaire* était « encore considéré comme neutre »).

⁴⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_366/2014 du 1^{er} décembre 2015. Au sujet de cette affaire, cf. l'entretien entre ELISABETH FREIVOGEL et ANER VOLODER dans le présent ouvrage.

⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 5.2. Au sujet de cet arrêt, cf. aussi *infra* IV.A.

n'y a pas une seule méthode correcte d'évaluation du travail. La loi sur l'égalité interdit toutefois le recours à des critères d'évaluation discriminatoires⁴².

Le Tribunal fédéral précise qu'il n'y a pas besoin de recourir aux services de personnes expertes si, à l'intérieur d'une entreprise, l'équivalence des diverses fonctions est immédiatement évidente, si elle est établie par d'autres moyens de preuve ou si une expertise apparaît « d'emblée inutile parce que, par exemple, le juge dispose lui-même des connaissances scientifiques nécessaires pour élucider une éventuelle discrimination liée au sexe »⁴³. En pareilles circonstances, les tribunaux cantonaux peuvent refuser d'ordonner une expertise sans violer la maxime inquisitoire⁴⁴.

Dans le cas d'espèce, la gérante d'un magasin de meubles à Peseux, dans le canton de Neuchâtel, se plaignait d'être moins bien rémunérée que le gérant d'un autre magasin de meubles, à la Chaux-de-Fonds, exploité par le même patron. La demanderesse reprochait aux premières instances de ne pas avoir ordonné d'expertise.

Le Tribunal fédéral relève que la décision attaquée ne contient aucune description, même sommaire, des tâches et des responsabilités concrètement assumées. Or, il est « indispensable de constater les occupations et les responsabilités des travailleurs dont on compare les situations, puis de les évaluer si elles comportent des différences ». En principe, une expertise est nécessaire. « On ne peut toutefois pas exclure d'emblée que le Tribunal des prud'hommes soit en mesure de constater et d'évaluer lui-même, sans le concours d'experts, les tâches de deux employés d'un commerce de meubles ; il appartiendra donc à la Cour de cassation civile, ou à ce tribunal, de décider si une expertise

⁴² Cf. notamment l'ATF 131 II 393, auquel renvoie CLÉg-AUBRY GIRARDIN, n° 24, *ad art.* 3 LEG. Voir aussi un arrêt du Tribunal administratif du canton d'Argovie WBE.2013.151 du 29 janvier 2014, consid. 3.2, où l'*ancienneté* est mentionnée comme un critère susceptible d'entraîner une discrimination indirecte à l'égard des femmes. Dans un arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons ZK2 14 29 du 30 avril 2015, consid. 5c, le critère des années consacrées à la prise en charge des enfants (*Betreuungsjahre*) n'est, en revanche, pas considéré comme indirectement discriminatoire au motif que ce critère vise précisément à compenser la prise en considération de l'*expérience professionnelle* lors de la fixation du salaire.

⁴³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 5.2, qui se réfère à l'ATF 133 III 545, consid. 4.2.

⁴⁴ A titre d'illustration, voir un arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2011 du 20 mars 2012, consid. 4. (comparaison des salaires versés à des employés de sexe différent pour des tâches identiques, équivalence des fonctions évidente, expertise non nécessaire).

est effectivement indispensable »⁴⁵. En l'occurrence, suite au renvoi de cette affaire à l'autorité de première instance, une expertise a finalement été ordonnée⁴⁶.

IV. La vraisemblance de la discrimination (art. 6 LEg)

La loi sur l'égalité prévoit un allègement du fardeau de la preuve qui s'applique en matière de rémunération. Aux termes de l'article 6, « l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable ». Selon la jurisprudence, le « degré de la simple vraisemblance ne nécessite pas que le juge soit convaincu par les éléments qu'apporte la partie demanderesse ; les faits allégués doivent simplement présenter une certaine vraisemblance au regard d'indices objectifs [...] Si la discrimination liée au sexe a été rendue vraisemblable, le fardeau de la preuve est renversé ; il appartient alors à l'employeur de démontrer [...] que la différence de traitement repose sur des motifs objectifs »⁴⁷.

A. Directe : quel écart salarial peut suffire ?

Selon le Tribunal fédéral, la comparaison avec la rémunération d'un seul collègue de l'autre sexe exerçant la même activité peut suffire à rendre la discrimination vraisemblable⁴⁸. « Par exemple, la vraisemblance d'une discrimination salariale a été admise dans le cas d'une travailleuse dont le salaire, comparé à celui d'un collègue qui accomplissait le même travail, était inférieur de 15 à 25% »⁴⁹.

Plus récemment, la vraisemblance d'une discrimination en raison du sexe a été admise dans le cas d'une conseillère en placement dont la rémunération était de 50% moins élevée

⁴⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 6.

⁴⁶ Voir un arrêt de la Cour de cassation civile du canton de Neuchâtel (CCC.2010.27) du 11 mai 2011, consid. 2, qui renvoie l'affaire à l'autorité de première instance, afin qu'elle décide « si elle est elle-même en mesure de procéder, par instruction directe devant elle, à la comparaison des tâches et responsabilités [...] ou s'il convient de recourir à cette fin aux services d'un expert ». Suite à cet arrêt, une expertise a été ordonnée. Au vu de son résultat, la demanderesse s'est désistée de son action. Par ordonnance du 29 décembre 2012, le tribunal a pris acte du désistement et ordonné le classement du dossier (PHBO.2008.24).

⁴⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 5.1, qui renvoie notamment à l'ATF 130 III 145, consid. 4.2 et 5.2.

⁴⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 5.1, qui renvoie à un arrêt du Tribunal fédéral 4A_449/2008 du 25 février 2009, consid. 3.

⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 5.1, qui renvoie aux ATF 130 III 145, consid. 4.2; 125 III 368, consid. 4.

que celle de son collègue ayant des fonctions identiques⁵⁰. Elle a aussi été retenue lors d'un procès concernant une responsable de service qui avait gagné 25% de moins que son successeur⁵¹.

Dans l'arrêt susmentionné du 28 avril 2011 concernant un commerce de meubles dans le canton de Neuchâtel, l'autorité cantonale, après avoir constaté que la gérante du magasin de Peseux gagnait seulement « moins de 10% » que son collègue de la Chaux-de-Fonds, n'avait pas admis la vraisemblance. Saisi d'un recours contre cette décision, le Tribunal fédéral souligne que « s'il n'est pas établi que tous les travailleurs concernés assument la même fonction, une simple comparaison des salaires ne permet pas d'apprécier la vraisemblance d'une discrimination ». Selon les juges fédéraux, en effet, « s'il se révélait que la valeur intrinsèque du travail confié à la demanderesse fut supérieure à celle de celui attendu de [son collègue], une différence de salaire en faveur de ce dernier, même de "moins de 10%" serait l'indice objectif d'une discrimination ».

Il résulte de cette jurisprudence que lorsque le travail effectué par la personne qui se plaint de discrimination s'avère être d'une valeur supérieure à celui de la personne de sexe différent à laquelle elle se compare, un écart de rémunération inférieur à 10% peut suffire à établir la vraisemblance d'une discrimination salariale en raison du sexe.

Lorsque le travail est identique ou de valeur égale, STAUBER MOSER estime, au regard de la jurisprudence fédérale, qu'une discrimination est rendue vraisemblable avec une différence de salaire d'environ 10%⁵². Selon WYLER, « de jurisprudence constante, il est admis qu'une différence salariale de 16% en moyenne entraîne un renversement du fardeau de la preuve »⁵³.

B. Indirecte

1. La réduction des vacances pour les directrices de crèche

Saisi d'un recours interjeté par la section zurichoise du syndicat des Services publics (SSP/VPOD) contre une réglementation de la ville de Zurich prévoyant une réduction des jours de vacances accordés aux directrices et directeurs de crèches (profession

⁵⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.3.

⁵¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2011 du 20 mars 2012, consid. 3.2.

⁵² STAUBER MOSER, p. 172. Cf. aussi K GLG-STEIGER-SACKMANN, n° 127, *ad art.* 6 LEg et SATTIVA SPRING, p. 43, qui renvoient à un arrêt du Tribunal fédéral 2A.91/2007 du 25 février 2008, consid. 5, où un écart de rémunération de 11% entre collègues de sexe différent avait suffi à rendre vraisemblable une discrimination.

⁵³ CLEg-WYLER, n° 15, *ad art.* 6 LEg.

typiquement féminine), le Tribunal administratif du canton de Zurich, dans un arrêt du 19 novembre 2014, admet la vraisemblance d'une discrimination fondée sur le sexe⁵⁴.

Agissant en constatation de la discrimination sur la base de l'art. 7 LEg, le syndicat se réfère à une décision du Tribunal administratif du 14 septembre 2006, suite à laquelle la ville de Zurich avait dû augmenter de 10% la rémunération des directrices et directeurs de crèches afin de supprimer une discrimination en raison du sexe à l'encontre de cette profession. Or, d'après le SSP, la diminution prévue des jours de vacances équivaut à une réduction de salaire de 2,1% à 6,8% et a, dès lors, pour effet de rétablir la discrimination qui avait été supprimée.

Selon le Tribunal, le fait qu'une augmentation du salaire d'au moins 10% ait été nécessaire pour éliminer une discrimination exclut en principe qu'une réduction puisse avoir lieu via une diminution des jours de vacances, sans qu'il n'en résulte une nouvelle discrimination en raison du sexe. Dès lors, la vraisemblance est établie et il appartient à la ville de Zurich de prouver que la différence de traitement est objectivement justifiée⁵⁵.

Le Tribunal conclut que, bien qu'il n'existe aucun motif objectif justifiant d'octroyer aux directrices et directeurs de crèches plus de vacances qu'aux autres membres du personnel de la ville de Zurich, celle-ci n'est pas parvenue à prouver qu'une diminution des vacances pour ce groupe n'entraînait aucune discrimination fondée sur le sexe. Une telle discrimination doit donc être admise. La ville de Zurich est libre d'y remédier de la manière qui lui paraît la plus appropriée. A cet égard, le Tribunal note qu'une réduction des vacances pourrait tout à fait être admissible si celle-ci faisait l'objet d'une compensation adéquate⁵⁶.

2. L'indemnité pour services de piquet

Dans un arrêt du 5 octobre 2011⁵⁷, le Tribunal administratif du canton de Zurich considère que la réglementation relative à la rémunération des technicien-ne-s en salle d'opération a

⁵⁴ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2014.00164 du 19 novembre 2014. Cette affaire, qui pose notamment la question de l'applicabilité de l'article 6 LEg dans une procédure de contrôle abstrait des normes cantonales, fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral. Sur cette question, cf. CLEg-WYLER, n° 36, *ad* art. 6 LEg.

⁵⁵ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2014.00164 du 19 novembre 2014, consid. 5.

⁵⁶ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2014.00164 du 19 novembre 2014, consid. 6.

⁵⁷ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich PB.2010.00064 du 5 octobre 2011. Cet arrêt a donné lieu à un arrêt du Tribunal fédéral 8C_846/2011 du 19 avril 2012, qui porte essentiellement sur la question de la gratuité de la procédure devant les tribunaux cantonaux (art. 13 al. 5 LEg).

vraisemblablement pour effet de discriminer cette profession – typiquement féminine – par rapport au groupe – non typiquement féminin – des médecins assistant-e-s⁵⁸.

Selon le droit du personnel en vigueur, les interventions à l'hôpital exigées des technicien-ne-s en salle d'opération dans le cadre d'un service de piquet (*Pikettendienst*) ne sont, en effet, pas considérées comme du temps de travail et donnent droit uniquement à une indemnité, alors que, selon la convention collective de travail applicable aux médecins assistant-e-s, les heures de présence (*Präsenzdienst*) effectuées par ce groupe professionnel sont comptées comme du temps de travail et donnent droit au versement du salaire complet⁵⁹.

Etant donné que les heures de présence assumées par les médecins assistant-e-s correspondent à celles assurées par les technicien-ne-s en salle d'opération dans le cadre d'un service de piquet et que, néanmoins, seules les premières donnent droit au versement du salaire, une discrimination en raison du sexe est vraisemblable (art. 6 LEg)⁶⁰.

Par conséquent, il appartient à l'employeur, en l'occurrence l'hôpital universitaire du canton de Zurich, de prouver que la différence de traitement repose sur des motifs objectifs. Le fait que les technicien-ne-s en salle d'opération ne soient pas soumis à une convention collective de travail ne permet pas, selon le Tribunal, de justifier une différence dans le système de rémunération avec les médecins assistant-e-s. Il convient bien plutôt d'examiner dans quelle mesure la façon différente dont les heures de présence sont rémunérées pour ces deux groupes professionnels se justifie par des motifs objectifs liés à l'exercice de l'activité ou à la fonction⁶¹. Le dossier ne comportant pas les éléments de fait permettant de trancher ce point, l'affaire est renvoyée à l'instance inférieure⁶².

⁵⁸ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich PB.2010.00064 du 5 octobre 2011, consid. 11. Une discrimination a aussi été jugée vraisemblable par rapport aux cardio-technicien-ne-s (consid. 12) mais non vis-à-vis des policier/policières (consid. 10).

⁵⁹ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich PB.2010.00064 du 5 octobre 2011, consid. 5.4 et 11.1.

⁶⁰ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich PB.2010.00064 du 5 octobre 2011, consid. 11.2.

⁶¹ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich PB.2010.00064 du 5 octobre 2011, consid. 11.3, qui renvoie à l'ATF 136 II 393, consid. 11.3.

⁶² Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich PB.2010.00064 du 5 octobre 2011, consid. 11.4.

V. La justification objective⁶³ : l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011

Dans un arrêt du 24 août 2011, où une conseillère en placement avait rendu vraisemblable une discrimination par rapport à un collègue masculin dont la rémunération était de 50% plus élevée, le Tribunal fédéral décrit le mécanisme mentionné plus haut⁶⁴, à savoir que l'admission de la vraisemblance entraîne un renversement du fardeau de la preuve. « Il appartient donc à l'employeur d'apporter la preuve stricte qu'il n'existe pas de différence de traitement ou, si celle-ci existe, qu'elle repose sur des facteurs objectifs ». Le Tribunal énonce les trois types de motifs objectifs, qui ressortent de sa jurisprudence antérieure, à savoir ceux susceptibles d'influencer la valeur même du travail, ceux qui découlent de préoccupations sociales et ceux liés à la conjoncture économique⁶⁵.

A. La valeur du travail

L'arrêt susmentionné du 24 août 2011 procède à une énumération, non exhaustive, des motifs objectifs qui peuvent influencer la valeur même du travail. Sur cette liste figurent « la formation⁶⁶, le temps passé dans une fonction, la qualification, l'expérience professionnelle⁶⁷, le domaine concret d'activité, les prestations effectuées, les risques encourus et le cahier des charges⁶⁸ »⁶⁹.

Selon le Tribunal, « pour qu'un motif puisse légitimer une différence de salaire, il faut qu'il *influe véritablement de manière importante* sur la prestation de travail et sa rémunération par l'employeur »⁷⁰. Avec cette formule, le Tribunal semble se montrer plus

⁶³ Pour une analyse de l'ensemble de la jurisprudence relative aux motifs objectifs, voir dans le présent ouvrage l'article de THOMAS GEISER, qui traite notamment de la question de savoir si les salaires du marché peuvent être pris en compte.

⁶⁴ Au chiffre IV.

⁶⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2.

⁶⁶ Cf., par exemple, un ATF 139 I 161 (l'achèvement des études de droit est un critère objectif qui justifie une différence de rémunération entre juges d'arrondissement).

⁶⁷ A titre d'illustration, cf. un arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2011 du 20 mars 2012, consid. 3.2 (comparaison avec le successeur).

⁶⁸ Pour un exemple, voir une affaire résumée sur www.leg.ch (consulté le 24.11.2015), GE 29.10.2013, qui s'est conclue par un arrêt de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève CAPH/101/2013 du 29 octobre 2013 (écart de rémunération justifié tant par le grade différent des personnes concernées que par les tâches différentes effectuées).

⁶⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2.

⁷⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2. Mise en italique par l'auteur.

exigeant que dans des arrêts précédents, où il explique que le motif doit « *influencer* sur la prestation de travail » sans préciser la nature de l'influence⁷¹. Quoiqu'il en soit, la partie employeuse doit démontrer que le but poursuivi « répond à un véritable besoin de l'entreprise et que les mesures discriminatoires adoptées sont propres à atteindre le but recherché, sous l'angle du principe de la proportionnalité »⁷². Lorsque la preuve d'un critère justifiant une différence de traitement a été apportée, l'écart de rémunération non discriminatoire devra être arrêté eu égard au principe de proportionnalité⁷³.

Dans le cas concret, le Tribunal fédéral constate que la recourante et son collègue ont le même *statut* et le même *domaine concret d'activité*, si bien que ces motifs sont impropres à justifier une différence de traitement⁷⁴.

Le Tribunal se penche ensuite sur le motif des *performances*, dont on peut se demander s'il doit être rattaché à la catégorie susmentionnée des « prestations effectuées »⁷⁵. Selon le Tribunal, « les performances du travailleur ne peuvent jouer de rôle pour la fixation de son salaire d'engagement, puisqu'elles n'ont pas encore été accomplies ». Toutefois, il est possible d'en tenir compte dans les cas où, comme celui-ci, la travailleuse avait annoncé lors de l'entretien d'embauche être en mesure de réaliser un certain nombre de placements. En l'espèce, il a été constaté que la conseillère en personnel a généré, par ses placements, des recettes correspondant à 77% de sa rémunération, alors que les recettes tirées des placements de son collègue représentent 81,4% du traitement versé à ce dernier. Le Tribunal fédéral juge une telle différence de pourcentage « bien trop faible » pour justifier une rémunération supérieure du collègue masculin⁷⁶.

En revanche, étant donné que la société employeuse veut effectuer des placements dans le secteur de l'ingénierie, les *connaissances techniques* acquises par ce dernier dans ses précédents emplois peuvent influencer la valeur même de son travail et justifient une différence de traitement. En outre, puisqu'il est établi que la société désire approcher le marché suisse-alsacien, les *capacités linguistiques* du collègue qui, contrairement à la recourante, a une parfaite connaissance de l'allemand et du suisse-allemand, permettent de justifier une différence salariale⁷⁷.

⁷¹ Cf., par exemple, les arrêts du Tribunal fédéral 4A_115/2011 du 20 avril 2011, consid. 5.1 et 4A_449/2008 du 24 février 2009, consid. 3.1. Mise en italique par l'auteur.

⁷² Arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2, qui renvoie à un ATF 130 III 145, consid. 5.2, avec les références.

⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2.

⁷⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.3.1 et 3.3.2.

⁷⁵ WYLER (CLEg, n° 30, *ad art. 6 LEg*) mentionne le « rendement » parmi les critères susceptibles d'influencer la valeur du travail.

⁷⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.3.5.

⁷⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.3.3 et 3.3.4.

Au regard du principe de proportionnalité, « ces deux facteurs non discriminatoires ne sauraient autoriser une disparité de traitement de 50% ». Qui plus est, la formation de base dont bénéficie la recourante est d'un niveau supérieur à celle de son collègue. Partant, il appartient à l'autorité cantonale, à laquelle la cause est renvoyée, de déterminer le salaire non discriminatoire sur la base de ces considérations⁷⁸.

B. Les préoccupations sociales : les charges familiales, l'âge

Selon le Tribunal fédéral, « des disparités salariales peuvent également se justifier pour des motifs qui ne se rapportent pas immédiatement à l'activité en cause, mais qui découlent de préoccupations sociales, comme les charges familiales ou l'âge »⁷⁹.

La présente revue de jurisprudence n'a permis d'identifier aucune affaire où ces motifs ont été invoqués. AUBRY GIRARDIN est d'avis qu'il convient de les manier avec une grande retenue, car derrière de telles justifications se cache souvent une vision inégalitaire de la société⁸⁰. Selon WYLER, il paraît admissible d'octroyer une semaine de vacances supplémentaire aux employé-e-s ayant à charge des enfants en âge scolaire⁸¹.

En ce qui concerne l'âge, et particulièrement pour les seniors, ce critère peut se recouper avec celui de l'ancienneté ou de l'expérience professionnelle. On peut imaginer qu'un ou une responsable d'entreprise justifie une différence salariale entre les sexes en invoquant son souhait d'avoir des égards particuliers pour les travailleurs ou les travailleuses âgé-e-s. A cet égard, il est intéressant d'évoquer une jurisprudence fédérale récente, au demeurant controversée⁸², en vertu de laquelle l'employeur a, dans le cadre d'un licenciement, un devoir accru de protection de la personnalité des salarié-e-s âgé-e-s avec une grande ancienneté⁸³.

⁷⁸ Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.4. Dans un arrêt du 22 décembre 2011, la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud juge qu'une expertise est nécessaire pour déterminer l'écart salarial admissible et renvoie le dossier à l'autorité de première instance.

⁷⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, avec les références.

⁸⁰ CLEg-AUBRY GIRARDIN, n° 36, *ad art.* 3 LEg. Dans le même sens, cf. K GLG-FREIVOGEL, n°s 146-147, *ad art.* 3 LEg.

⁸¹ CLEg-WYLER, n° 31, *ad art.* 6 LEg.

⁸² Cf., notamment, STÖCKLI, p. 19 s.

⁸³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_384/2014 du 12 novembre 2014 (licenciement abusif d'un travailleur âgé), consid. 4.2.

C. La situation conjoncturelle

Enfin, dans l'arrêt du 24 août 2011, le Tribunal fédéral rappelle que la situation conjoncturelle peut justifier des différences de traitement *de manière limitée et temporaire*⁸⁴. En l'espèce, la recourante et son collègue sont entrés en fonction le même jour. De plus, la société employeuse n'a pas pu établir que la situation était alors particulièrement favorable aux conseillers en placement ayant des connaissances techniques telles que celles dont disposait le collègue. « On cherche dès lors en vain le rôle qu'a pu jouer le marché du travail dans le niveau de rémunération accordé à ces deux travailleurs »⁸⁵.

VI. La prescription de l'action en paiement du salaire (art. 5 al. 1 lit. d LEg)

L'action en paiement du salaire prévue par l'article 5 al. 1 lit. d LEg permet de demander la différence entre le salaire reçu et le salaire non discriminatoire. Un délai de prescription de cinq ans est prévu en droit privé (art. 128 ch. 3 CO). Selon le Tribunal fédéral, ce délai est applicable par analogie au droit public⁸⁶. A noter que l'ouverture d'une action en constatation par une organisation au sens de l'art. 7 LEg n'interrompt pas la prescription du droit individuel au paiement des arriérés de rémunération fondé sur l'art. 5 al. 1 lit. d LEg⁸⁷.

VII. La réalité de la discrimination en droit de la responsabilité civile

Faut-il prendre en considération la réalité de la discrimination salariale sur le marché suisse du travail pour calculer le dommage dans le cadre d'une action en responsabilité civile ? La question s'est posée dans le cadre d'une récente procédure dans le canton de Zurich.

Amené à apprécier le manque à gagner subi par une femme n'ayant jamais pu exercer d'activité lucrative en raison d'un accident survenu durant les premiers mois de sa vie, le

⁸⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.3.6, qui renvoie aux ATF 130 III 145, consid. 5.2. et 125 III 368, consid. 5c.

⁸⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.3.6.

⁸⁶ Cf., notamment, un ATF 138 II 1, consid. 4.1 et un arrêt 8C_943/2011 du 26 novembre 2012, consid. 5.

⁸⁷ ATF 138 II 1, consid. 4.3.

Tribunal de commerce du canton de Zurich s'est demandé si, au vu du principe constitutionnel d'égalité, il fallait calculer le dommage sur la base du salaire médian suisse, sans tenir compte des différences selon le sexe ou si, en revanche, il convenait de se fonder sur le salaire médian des femmes, moins élevé que celui des hommes. Optant pour une solution intermédiaire, le Tribunal zurichois a estimé qu'il se justifiait de prendre en considération les différences salariales existant entre femmes et hommes, pour autant que ces différences s'expliquent par des facteurs objectifs, comme l'ancienneté ou la position hiérarchique. En revanche, la part inexpliquée de l'écart salarial – environ 40% selon l'Office fédéral de la statistique – ne devrait avoir aucune influence sur le calcul du dommage. Les juges se sont donc basés sur le salaire médian *des femmes*, mais ont augmenté ce montant de façon à tenir compte du fait qu'une partie de la différence salariale ne peut être expliquée par des facteurs objectifs⁸⁸.

Saisi d'un recours contre cette décision, le Tribunal fédéral a, pour sa part, considéré que le droit constitutionnel à un salaire égal pour un travail de valeur égale n'interdit pas de prendre en compte la discrimination salariale existante pour calculer, dans le cadre d'une action en responsabilité civile, l'étendue du dommage au jour du jugement. Au vu des statistiques, en effet, il faut supposer que la femme lésée aurait en réalité perçu un salaire inférieur à celui auquel elle aurait droit conformément au principe du salaire égal pour un travail de valeur égale⁸⁹. En revanche, lors du calcul du revenu hypothétique *futur*, le Tribunal cantonal doit prendre en considération les efforts actuellement fournis pour réaliser l'égalité salariale et évaluer dans quelle mesure il convient, dès lors, d'augmenter ce revenu pour les années à venir⁹⁰.

L'affaire a donc été renvoyée au Tribunal de commerce du canton de Zurich qui, après avoir examiné l'évolution de la discrimination salariale au cours des dernières décennies, est parti de l'idée, pour apprécier le revenu hypothétique, que celle-ci allait à l'avenir continuer de diminuer à raison de 0,27% de la différence salariale chaque année jusqu'en 2020. A partir de 2020, date à laquelle le Tribunal estime que les mesures législatives décidées par le Conseil fédéral en octobre 2014⁹¹ devraient entrer en vigueur, le Tribunal prévoit une réduction continue de 0,4%⁹².

⁸⁸ Arrêt du *Handelsgericht* du canton de Zurich HG110004-O du 3 mars 2014, consid. 4.4.3.4.

⁸⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_260/2014 du 8 septembre 2014, consid. 8.1.

⁹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_260/2014 du 8 septembre 2014, consid. 8.2.

⁹¹ Cf. un communiqué de presse du 22 octobre 2014 : <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2014/2014-10-221.html> (consulté le 24.11.2015) ainsi qu'un communiqué du 18 novembre 2015 : <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=59508> (consulté le 27.11.2015).

⁹² Arrêt du *Handelsgericht* du canton de Zurich HG140240 du 16 avril 2015, consid. 4.2.6.5.

VIII. Conclusion

L'affaire résumée dans la section précédente souligne que le droit de la responsabilité civile prend acte de la réalité et n'a pas vocation à la transformer⁹³. La loi sur l'égalité, en revanche, « a pour but de promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes »⁹⁴.

En pratique, la mise en œuvre en justice du droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale n'est pas toujours aisée. La jurisprudence récente du Tribunal fédéral montre que l'affaire doit souvent être renvoyée à l'instance inférieure pour complément d'instruction. Dans une majorité des cas analysés, l'existence d'une discrimination en raison du sexe n'a pas été admise, soit parce la comparaison avec un groupe neutre ou du sexe opposé n'était pas possible, soit parce que la différence de rémunération a été considérée comme objectivement justifiée.

Quelques procès, en particulier celui intenté par les jardinières d'enfant dans le canton d'Argovie, ont toutefois permis de mettre en lumière une discrimination fondée sur le sexe à l'égard de tout un groupe professionnel typiquement féminin. Le succès de ces actions implique non seulement des effets positifs concrets sur le salaire de chaque individu membre du groupe concerné, mais aussi, de façon plus fondamentale, une meilleure valorisation sociale du travail de prise en charge et de soins aux enfants (travail de *care*).

IX. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève, 2011 (cité : CLEg-AUTEUR).

BINDER ANDREA/LEMPEN KARINE, Art. 11 CEDAW (Allgemein), in : E. Schläppi/S. Ulrich/J. Wytenbach (éd.), CEDAW. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne/Vienne 2015.

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2^e éd. Bâle 2009 (cité : K GLG-AUTOR).

SATTIVA SPRING CHRISTINE, La difficile preuve de la discrimination salariale, Plaidoyer 3/2013, p. 40-45.

STAUBER-MOSER SUSY, Egalité des salaires et jurisprudence du Tribunal fédéral, PJA 2006, p. 1364-1375.

⁹³ Dans ce sens : WEBER, p. 158 s.

⁹⁴ Art. 1 LEg.

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Missbräuchliche Entlassung eines älteren Arbeitnehmers. Besprechung des Urteils des Bundesgerichts, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_384/2014 vom 12. November 2014, DTA 2015, p. 17-20.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e éd. Zurich/Bâle/Genève 2012.

ÜBERSCHLAG JAKOB, Anforderungen an das Vorliegen einer stärkeren nachteiligen Betroffenheit bei der indirekten Geschlechterdiskriminierung, PJA 2014, p. 361-363.

WEBER STEPHAN, Vom Umgang mit Statistiken und einmal mehr die Zinsfrage. Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2014 vom 8. September 2014 und zum Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG 140240 vom 16. April 2015, HAVE 2015, p. 153-160.

X. Table des arrêts cités (2011-2015)

Lorsque l'affaire a été portée devant le Tribunal fédéral, seul l'arrêt fédéral est mentionné dans la liste qui suit.

A. Jurisprudence fédérale

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_115/2011 du 28 avril 2011 (NE) : gérante d'un magasin de meubles, principe du recours à une expertise, notion de vraisemblance.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011 (VD) : conseillère en placement, vraisemblance, motifs justificatifs, proportionnalité.

Arrêt du Tribunal fédéral 8C_269/2011 du 18 octobre 2011 publié in : ATF 138 II 1 (ZH) : personnel soignant, ouverture d'une action en constatation par une organisation (art. 7 LEg), non interruption de la prescription de l'action individuelle en paiement du salaire (art. 5 al. 1 lit. d LEg).

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2011 du 20 mars 2012 (BL) : juriste responsable d'un service, comparaison avec le successeur dont le salaire est plus élevé de 25%, différence objectivement justifiée, refus d'ordonner une expertise, maxime inquisitoire non violée.

Arrêt du Tribunal fédéral 8C_846/2011 du 19 avril 2012 (ZH) : technicien-ne-s en salle d'opération à l'hôpital universitaire de Zurich, profession typiquement féminine, services de piquet, rémunération des heures de présence, discrimination vraisemblable vis-à-vis des médecins assistant-e-s et des cardio-technicien-ne-s mais non des policiers ou policières, motifs objectifs non établis. Irrecevabilité du recours au Tribunal fédéral concernant le principe de la gratuité de la procédure (art. 13 al. 5 LEg).

Arrêt du Tribunal fédéral 8C_943/2011 du 26 novembre 2012 (VD) : maîtresse d'activités créatrices sur textiles, délai de prescription de cinq ans applicable par analogie pour l'action en paiement du salaire dans la fonction publique.

Arrêt du Tribunal fédéral 8C_1006/2012 du 10 avril 2013 (BS) : professeur titulaire à l'Université de Bâle, attribution des charges de cours rémunérées, définition de la discrimination directe et indirecte, absence de discrimination à l'égard des hommes.

Arrêt du Tribunal fédéral 8C_827/2012 du 22 avril 2013 publié in : ATF 139 I 161 (SG) : juge d'arrondissement pour les affaires familiales, différence salariale entre juges au bénéfice d'une formation juridique et juges n'ayant pas achevé leurs études de droit, critère objectif pertinent, absence de discrimination.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_260/2014 du 8 septembre 2014 (ZH) : femme gravement accidentée à l'âge de quatorze mois, prise en compte de la discrimination salariale pour apprécier le dommage.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_523/2014 du 12 février 2015 (BS) : responsable en ressources humaines âgée de 51 ans et au bénéfice de plus de vingt ans d'ancienneté, licenciement sans indemnité de départ suite à une réorganisation, comparaison avec des collègues masculins licenciés dans le cadre de restructurations antérieures, discrimination admise mais éventuelle renonciation conventionnelle, non applicabilité de l'art. 341 CO dans le cas d'espèce, renvoi à l'instance inférieure pour qu'elle examine si les conditions du dol (art. 28 CO) sont réunies.

Arrêt du Tribunal fédéral 8C_366/2014 du 1^{er} décembre 2015 (AR) : enseignant-e-s au primaire, profession qualifiée pour la première fois de typiquement féminine par le Tribunal fédéral. Renvoi à l'instance inférieure afin qu'elle se prononce sur l'existence d'une discrimination.

B. Jurisprudence cantonale

Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich AN.2011.00002 du 6 décembre 2011 : juge en assurances sociales, profession non typiquement féminine, absence de discrimination. Cet arrêt a donné lieu à un ATF 138 I 321, qui ne contient aucune référence au principe d'égalité salariale entre femmes et hommes.

Arrêt de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève, CAPH/101/2013 du 29 octobre 2013 : collaborateur d'une banque, comparaison avec les supérieures hiérarchiques, écart de rémunération justifié par le grade différent des personnes concernées et par les tâches différentes effectuées, absence de discrimination.

Arrêt du Tribunal administratif du canton d'Argovie WBE.2012.2014 du 5 juin 2013 publié in AGVE 2013 315 : suppression de la fonction typiquement féminine d'enseignant-e en « travaux manuels, économie domestique et couture », disposition transitoire prévoyant une réduction temporaire de salaire, aucun groupe de comparaison neutre ou masculin, absence de discrimination.

Arrêt du Tribunal administratif du canton d'Argovie WBE.2013.151 du 29 janvier 2014 : jardiniers et jardinières d'enfants, profession typiquement féminine, discrimination vraisemblable, nécessité pour le canton de revoir son système salarial. En septembre 2015, décision du parlement cantonal d'augmenter le salaire des jardinières et jardinières d'enfant au niveau de celui des enseignant-e-s au primaire.

Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2014.00164 du 19 novembre 2014 : directrices et directeurs de crèches en ville de Zurich, réduction du nombre de jours de vacances, contrôle abstrait des normes cantonales, vraisemblance établie, justification objective non prouvée, discrimination admise. Recours au Tribunal fédéral.

Arrêt du Tribunal cantonal du canton des Grisons ZK2 14 29 du 30 avril 2015 : coordinateur pour la réhabilitation auprès d'une clinique, comparaison avec deux collègues de sexe féminin mieux rémunérées, vraisemblance admise, question de savoir si les années consacrées à la prise en charge des enfants (*Betreuungsjahre*) peuvent être prises en compte pour fixer le salaire ou si ce critère est indirectement discriminatoire à l'égard des hommes, absence de discrimination.

Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2014.00595 du 24 juin 2015 : bibliothécaires, nature de la profession, question laissée ouverte en l'espèce, absence de discrimination.

Die «objektiven» Rechtfertigungsgründe für eine Lohndiskriminierung und ihr Beweis

Inhalt	Seite
I. Lohn und Lohndiskriminierung	160
A. Lohnfestsetzung und Vertragsfreiheit	160
B. Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbot	161
1. Unterschiede	161
2. Kein allgemeines Gleichbehandlungsgebot, aber ein Diskriminierungsverbot	161
3. Besondere Diskriminierungsverbote als Gleichbehandlungsgebote?	162
II. Der Markt als objektiver Rechtfertigungsgrund?	163
A. Grundlagen im Gleichstellungsgesetz	163
B. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	165
1. Berücksichtigung arbeitsplatzspezifischer Kriterien	165
2. Markt als Kriterium	166
3. Arbeitsplatzbezogene Kriterien und Markt	167
4. Gesamte Arbeitsbedingungen und der Markt sind zu berücksichtigen	167
5. Gleicher Beruf	168
6. Folgerung zum Verhältnis Markt und Arbeitsplatzbewertung	169
7. Beweislast	169
C. Die Fallkonstellationen	170
D. Kritik	171
1. Bei gleicher Arbeit	171
2. Bei gleichwertiger Arbeit	171
III. Folgerung	172
IV. Bibliographie	173

* Ich danke MATTHIAS MAUCHLE M.A. HSG für seine Mithilfe bei diesem Aufsatz.

I. Lohn und Lohndiskriminierung

A. Lohnfestsetzung und Vertragsfreiheit

Gemäss Art. 322 Abs. 1 OR¹ ist jener Lohn geschuldet, der zwischen den Parteien verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist. In erster Linie richtet sich der Lohn damit nach der vertraglichen Abrede zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer. Ausgangspunkt bildet die Vertragsfreiheit. Auch wenn diese in der Verfassung nicht ausdrücklich erwähnt wird, ist sie dennoch als ein Kernstück der Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht gewährleistet.² Von Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang ist dabei die Inhaltsfreiheit. Die Arbeitsbedingungen und damit der Lohn bestimmen sich nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien. Es entspricht der Privatautonomie, dass der Wille frei gebildet werden kann³ und jede Person ihrer Willensbildung die eigene Wertentscheidung zugrunde legen darf. Das bedeutet ein *Recht auf Willkür*, das dem Einzelnen im Gegensatz zum Staat *grundsätzlich* zusteht. Allerdings ist dieses Recht – wie jedes Grundrecht – nicht grenzenlos.⁴ Vielmehr findet es seine Schranken an den Rechten anderer und an den öffentlichen Interessen.⁵ Eingegrenzt wird die Verfügungsspanne bezüglich der Arbeitsbedingungen namentlich durch Gesamtarbeitsverträge, deren Mindestlohnvorschriften nicht unterschritten werden dürfen (höhere Lohnabreden sind kraft Günstigkeitsprinzip zulässig).⁶ Zudem hat der Gesetzgeber eine Vielzahl von Lohnvorschriften aufgestellt, so dass auch die Schweiz staatliche Mindestlöhne kennt, wenn diese auch nicht flächendeckend zur Anwendung gelangen.⁷

¹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Obligationenrecht) vom 30. März 1911, (OR) (SR 220).

² VALLENDER, N. 45 zu Art. 27 BV; PÄRLI, Rz. 12 und 638.

³ BERGER, Rz. 52.

⁴ PÄRLI, Rz. 856.

⁵ Art. 36 Abs. 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101) (BV).

⁶ BGE 122 III 110, E. 4b; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Art. 322 OR, N 1.1.

⁷ Vgl. dazu: GEISER, in Löschnigg, S. 56 ff.

B. Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbot

1. Unterschiede

In der öffentlichen Diskussion wird häufig nicht zwischen einem Anspruch auf Gleichbehandlung und einem Diskriminierungsverbot unterschieden. Rechtlich handelt es sich aber um zwei grundsätzlich unterschiedliche Dinge. Die Vertragsfreiheit erlaubt grundsätzlich beliebige Differenzierungen, ohne dass diese irgendeiner inneren Rechtfertigung bedürften. Verhandelt ein Arbeitnehmer schlechter als sein Kollege, so hat er die sich daraus ergebenden schlechteren Arbeitsbedingungen hinzunehmen.⁸ Auch wenn die etymologische Herkunft des Wortes „Diskriminierung“ bloss auf „Unterscheidung“ hinweist,⁹ setzt der Begriff heute immer eine *Abwertung* des Einzelnen oder einer Gruppe von Personen voraus. Eine (möglicherweise unzulässige) Diskriminierung liegt erst vor, wenn mit der unterschiedlichen Behandlung eine herabsetzende Wertung verbunden ist.

2. Kein allgemeines Gleichbehandlungsgebot, aber ein Diskriminierungsverbot

Auf Grund des Spannungsverhältnisses zur Vertragsfreiheit ist ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot nicht möglich. Die Vertragsfreiheit setzt die Möglichkeit von unterschiedlichen Behandlungen auch im Arbeitsrecht voraus. Aus diesen Grundsätzen ergibt sich auch, dass sich aus der Fürsorgepflicht¹⁰ kein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz ableiten lässt.¹¹

Eine Einschränkung erfolgt typischer Weise nur, wenn es nicht um vertragliche sondern um freiwillige Leistungen geht.¹² Wer einzelnen Arbeitnehmern freiwillig zusätzliche Leistungen gewährt, muss diese den anderen auch gewähren, sofern keine objektiven Gründe eine Differenzierung zulassen. Eine eigentliche Begründung für diese Einschränkung der Privatautonomie ist schwer zu finden. Offenbar schlägt hier aber die Gefahr einer Diskriminierung durch und mangels einer vertraglichen Verpflichtung greift die Vertragsfreiheit nicht.

⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N. 20 zu Art. 322 OR; GEISER, FS Rehbinder, S. 39; Ob.Ger. BL, JAR 1985, S. 128.

⁹ Vgl. dazu PÄRLI, Rz. 25 ff.

¹⁰ Art. 328 OR.

¹¹ GEISER/MÜLLER, Rz. 391d.

¹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N. 20 zu Art. 322 OR; GEISER, FS Rehbinder, S. 39; STAEHELIN, S. 67; Gew.Schiedsgericht BS, JAR 1992, S. 287 f.

3. **Besondere Diskriminierungsverbote als Gleichbehandlungsgebote?**

Demgegenüber lässt sich ein allgemeines Diskriminierungsverbot sehr wohl aus der in Art. 328 OR verankerten Fürsorgepflicht ableiten. Es ist nicht zulässig, einem Arbeitnehmer Leistungen zu verweigern, wenn damit eine Geringschätzung der Person ausgedrückt wird. Darin liegt eine Verletzung der von Art. 28 ZGB erfassten und durch Art. 328 OR vertraglich verstärkten Persönlichkeit. Die Beweislast für die Verletzung der Persönlichkeit trägt der sie geltend machende Arbeitnehmer. Er muss damit auch nachweisen, dass die Arbeitgeberin damit eine Geringschätzung seiner Person zum Ausdruck bringt. Daneben hat der Gesetzgeber in den letzten Jahren eine Vielzahl von besonderen Diskriminierungsverboten aufgestellt, welche bei bestimmten Unterscheidungskriterien anknüpfen. Diese Bestimmungen setzen der freien Lohnfestsetzung Schranken. Es sind dies in erster Linie das Lohngleichheitsgebot zwischen Mann und Frau, der Lohngleichheitsanspruch für Heimarbeitnehmer, Mindestlohnvorschriften in Arbeitsbewilligungen für Ausländer, Lohnvorschriften auf Grund der bilateralen Verträge mit der EU und schliesslich Vorschriften in Submissionsverordnungen.¹³

Regelmässig werden dabei nicht nur direkte sondern auch indirekte Diskriminierungen erfasst. Unterschiede sind nicht nur verpönt, wenn das entsprechende Kriterium als solches zur Ungleichbehandlung verwendet wird, sondern auch wenn auf ein Kriterium abgestellt wird, dass bei der einen Kategorie signifikant häufiger vorkommt als bei der andern.¹⁴ Zudem haben diese besonderen Diskriminierungsverbote die Eigenschaft, dass die negative Wertung im Sinne einer *praesumptio iuris et de iure* aus der Ungleichbehandlung geschlossen wird. Sie braucht nicht mehr nachgewiesen zu werden. Damit wird bereits die Schlechterstellung einer Kategorie von Arbeitnehmern unzulässig, ohne dass dahinter eine eigentliche Diskriminierung stehen muss. Es bedarf keiner Absicht. Die Ungleichbehandlung muss der Arbeitgeberin nicht einmal bewusst sein. Damit entsteht insoweit ein eigentliches Gleichbehandlungsgebot. Der diskriminierende Charakter der Ungleichbehandlung kann nur dadurch widerlegt werden, dass ein vom entsprechenden Kriterium unabhängiges sachliches Kriterium für die unterschiedliche Entlohnung geltend gemacht werden kann. Es fragt sich, ob als rechtfertigendes Kriterium in diesem Sinne auch eine *unterschiedliche Lage auf dem Arbeitsmarkt* genügt.

Nur am Rande sei erwähnt, dass ein System, welches einzelne Gleichbehandlungsregeln kennt, aber auf einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz verzichtet, logisch nicht aufgehen kann. Es hat zur Folge, dass beispielsweise ein auf Grund einer indirekten

¹³ Vgl. dazu im Einzelnen GEISER/MÜLLER, Rz. 383 ff.

¹⁴ GEISER/MÜLLER, Rz. 385.

Diskriminierung des Geschlechtes gegenüber einem anderen Mann schlechter gestellter Mann gegen die Diskriminierung nicht vorgehen kann, während dies in der gleichen Situation eine Frau kann. Hat aber eine Frau mit Erfolg ihre Besserstellung erstritten, kann der Mann dann doch auch vorgehen, weil er dann gegenüber der Frau direkt diskriminiert ist. Dieser Umweg macht aber wenig Sinn.

II. Der Markt als objektiver Rechtfertigungsgrund?

A. Grundlagen im Gleichstellungsgesetz

Der Anspruch auf gleichen Lohn für Frau und Mann besteht ausdrücklich nicht nur bei gleicher, sondern auch bei gleichwertiger Arbeit.¹⁵ Damit muss die zu erbringende Arbeit bewertet werden. In der Regel ist anhand mehrerer Kriterien die Gleichwertigkeit zu ermitteln, insbesondere anhand von Anforderungen, Verantwortung und Leistung. Unterschiede bei diesen Kriterien können auch unterschiedliche Löhne rechtfertigen.¹⁶ Arbeitswissenschaftliche Gutachten helfen bei dieser Bewertung. Das Bundesgericht lässt verschiedene Methoden zu.¹⁷ Im Vordergrund stehen die sog. analytische Arbeitsbewertung und die statistische Lohnanalyse oder Regressionsanalyse. Bei der analytischen Arbeitsbewertung werden die Funktionen, Merkmale und Belastungen eines Arbeitsplatzes erfasst und bewertet, woraus sich der Lohn ermitteln lässt. Bei der statistischen Lohnanalyse oder Regressionsanalyse wird mithilfe von ökonomischen Theorien das Humankapital – bestehend aus Ausbildung, Wissen und Dienstalter – ermittelt und durch funktionsbezogene Aspekte wie bspw. das Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes ergänzt.¹⁸

Eine ungleiche Entlohnung ist nicht diskriminierend und entsprechend zulässig, wenn objektive Gründe sie rechtfertigen, die ihrerseits wiederum weder direkt noch indirekt geschlechterdiskriminierend sind. Als zulässige Gründe gelten Elemente, die den Wert der Arbeit selbst bestimmen wie bspw. Ausbildung, Berufserfahrung, Aufgaben oder Arbeitsbelastung.¹⁹ Überdies wurden auch traditionelle Lohnkriterien wie Familienlasten, Alter oder die Arbeitsmarktlage als nicht diskriminierend betrachtet, was von der Lehre

¹⁵ BGE 130 III 145, Erwägung 3.1.2.

¹⁶ Vgl. BGE 125 III 368, Erwägung 5.

¹⁷ BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, N. 126 zu Art. 8 BV.

¹⁸ BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, N. 127 zu Art. 8 BV.

¹⁹ AUBRY GIRARDIN, S. 1068; BGE 130 III 145, Erwägung 5.2; BGE 127 III 207, Erwägung 3b; BGE 125 III 368, Erwägung 5; BGE 125 II 541, Erwägung 6c.

kritisiert worden ist.²⁰ Finanzielle Schwierigkeiten der Arbeitgeberin,²¹ Budgetfragen²² oder die Gefahr schwerwiegender Auswirkungen auf das Lohngefüge der Arbeitgeberin²³ sollen demgegenüber keine Rechtfertigungsgründe für geschlechtsspezifische Lohnunterschiede darstellen.²⁴ Logisch zwingend ist diese unterschiedliche Würdigung der Kriterien nicht. Es handelt sich vielmehr um Wertentscheidungen, für die es allerdings sehr wohl gute Argumente gibt. Ferner hat das Bundesgericht im Sinne eines Grundprinzips festgehalten, dass der Arbeitgeber nicht eine Diskriminierung durch eine andere zu rechtfertigen vermag. Unzulässige Lohnunterschiede zwischen weiblichen und männlichen Arbeitnehmern sind somit auch möglich, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmer/innen des gleichen Geschlechts ebenfalls ungleich behandelt.²⁵

Damit stellt sich nun die Frage, wie Unterschiede auf Grund des Arbeitsmarktes hier einzuordnen sind. Keine diskriminierende Ungleichbehandlung bei unterschiedlicher Entlohnung wurde fallweise auch bei einer Rechtfertigung der Ungleichbehandlung mittels wirtschaftlichen Motiven gesehen, d.h. bei sog. Marktlohn, bei dem die konjunkturelle Lage als Rechtfertigungsgrund für die unterschiedliche Entlohnung von Frauen und Männern aufgeführt wird.

Die Lohnbemessung auf Grund des Marktes weicht von den der analytischen Arbeitsbewertung sowie von der statistischen Lohnanalyse bzw. Regressionsanalyse ab, indem nicht versucht wird, einen irgendwie bestimmten „objektiven“ Wert der Arbeit zu bestimmen. Vielmehr wird der Marktwert der Arbeit auf Grund des Verhältnisses von Angebot und Nachfrage ermittelt. Es wird ausschliesslich danach gefragt, welchen Lohn die Arbeitgeber auf dem Markt bereit sind, in einem bestimmten Zeitpunkt für die entsprechende Arbeit zu bezahlen. Es geht um das Verhältnis von Angebot und Nachfrage. Die Lohnhöhe kann deshalb erheblich von der Verhandlungsposition der Vertragsparteien abhängig sein.²⁶

Hinter den beiden Konzepten steht in erster Linie ein unterschiedlicher Begriff des „tatsächlichen“ oder „objektiven“ Wertes der Arbeit. Wird auf den Markt abgestellt, geht es um die Feststellung des Marktwertes. Das entspricht dem Begriff des Verkehrswertes, wie er in anderen Bereichen des Privatrechts, wie beispielsweise im Güterrecht oder im Erbrecht verwendet wird. Bei den sogenannten wissenschaftlichen Arbeitsbewertungsmethoden geht es um die Bewertung des Humankapitals einer Person.

²⁰ AUBRY GIRARDIN, S. 1069; K GLG-FREIVOGEL, N. 146 zu Art. 3 GIG; BGE 130 III 145, E. 5.2; BGE 127 III 207, Erwägung 3c; BGE 125 III 368, Erwägung 5.

²¹ BGE 125 I 71, Erwägung 4d.

²² BGE 124 II 436, Erwägung 10h.

²³ BGE 124 II 436, Erwägung 10g; BGE 117 Ia 262, Erwägung 3c.

²⁴ K GLG-FREIVOGEL, N. 148 zu Art. 3 GIG.

²⁵ BGE 136 II 393, Erwägung 11.3; BGE 127 III 207, Erwägung 4b.

²⁶ SEILER, S. 145 f.

Entscheidend ist hier regelmässig der Aufwand, den die betroffene Person betrieben hat, um sich bestimmte Fähigkeiten anzueignen und die für ihre Arbeit notwendigen Erfahrungen zu sammeln.

B. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Lohngleichstellungsklagen treten bei zwei Konstellationen auf: Es gibt Fälle bei denen sich jemand beschwert, dass aus geschlechtsspezifischen Gründen bei *gleicher Arbeit* eine unterschiedliche Entlohnung erfolgt und es gibt jene Fälle bei denen es bloss um *gleichwertige Arbeit* geht. Der zweite Fall ist erheblich häufiger als der erste. Geht es um die gleiche Arbeit ist die Diskriminierung meist offensichtlich und damit kommt es gar nicht erst zu einem Prozess.

Damit verschiedene Tätigkeiten auf ihre Gleichwertigkeit hin untersucht und damit geklärt werden kann, ob die entsprechenden Löhne eine Diskriminierung enthalten oder nicht, bedarf es eines *Lohnsystems*, das untersucht werden kann. Lohnsysteme treten aber nur in grösseren Betrieben und beim Staat auf. Es wundert von daher nicht, dass die Gleichwertigkeit verschiedener Tätigkeiten praktisch immer nur im öffentlichen Sektor ein Thema ist. Dort vermengt sich aber das Verbot der Geschlechterdiskriminierung mit dem Willkürverbot, auch wenn die Rechtsprechung und die Lehre sich befleissigen, die beiden Aspekte zu trennen. Im öffentlichen Sektor spielt die Vertragsfreiheit nicht. Das ist bei einer Übertragung der Rechtsprechung in einen Bereich auf den anderen immer zu beachten.

1. Berücksichtigung arbeitsplatzspezifischer Kriterien

In Lehre und Rechtsprechung unbestritten ist, dass Lohnunterschiede gerechtfertigt sind, wenn sich diese mit arbeitsplatzspezifischen Kriterien rechtfertigen lassen. Dabei wird auf die Ausbildung und die Anforderungen des Arbeitsplatzes abgestellt. Individuell begründete Differenzierungen, die auch zwischen Arbeitnehmern gleichen Geschlechts zu unterschiedlicher Entlohnung Anlass gäben, können Lohnunterschiede zwischen typischen Frauen und typischen Männerberufen rechtfertigen, ohne den Lohngleichheitsgrundsatz zu verletzen.²⁷ Allerdings dürfen die entsprechenden Arbeitsplatzkriterien ihrerseits nicht geschlechtsspezifisch sein.²⁸

Die Rechtsprechung hat auch richtig erkannt, dass jedes Besoldungssystem notwendigerweise auf bestimmten Werthierarchien beruht, die nicht nach wissenschaftlichen Kriterien richtig oder falsch sein könnten. Vielmehr handelt es sich um

²⁷ BGE 117 Ia 270 ff. (Arbeitslehrerinnen und Hauswirtschafts- und Primarlehrkräfte).

²⁸ BGE 124 II 409 ff. (Handarbeitslehrerinnen und Primarlehrer).

nicht weiter begründbare Wertentscheidungen, welche allerdings offen zu legen sind. Unzulässig sind diese Werthierarchien nur, wenn sie ohne sachlichen Grund ein Geschlecht benachteilige. Entsprechend ist es begründungsbedürftig, wenn von der mit Hilfe einer Arbeitsplatzbewertung ermittelten Lohnklasse zum Nachteil geschlechtsspezifischer Funktionen abgewichen wird.²⁹

2. Markt als Kriterium

An Stelle dieser arbeitsplatzspezifischen Kriterien hat das Bundesgericht aber auch arbeitsmarktspezifische Überlegungen zur Beurteilung der Lohnhöhe und der unterschiedlichen Entlohnung unterschiedlicher Berufe zugelassen. Der Markt weist allerdings unterschiedliche Aspekte auf. In einem Fall, der die Einstufung von Krankenschwestern in einem Lohnsystem betraf, liess das Bundesgericht die von der Arbeitgeberin angerufene konjunkturelle Lage als Argument für die Verweigerung einer höheren Einstufung gelten.³⁰ Sie vermöge zumindest zeitweise eine unterschiedliche Entlohnung zu begründen, soweit diese nicht an das Geschlecht der betroffenen Beschäftigten gebunden sei. Rein budgetäre Schwierigkeiten vermögen indessen eine Abweichung vom verfassungsmässigen Lohngleichheitsanspruch nicht zu rechtfertigen. Es ist dem Kanton aber nicht verwehrt, sein Lohnsystem auf einen grösseren Markt auszurichten und die dort bezahlten Gehälter bei der LohnEinstufung mit zu berücksichtigen, soweit er damit nicht einen typischen Frauenberuf in sachlich ungerechtfertigter Weise und in Abweichung von der Arbeitsplatzbewertung deutlich unterbezahlt.

Neben konjunkturellen Entwicklungen darf auch auf den Arbeitsmarkt in einem weiten Umfeld abgestellt werden. So konnte der Kanton Bern die unterschiedliche Entlohnung der Krankenschwestern und Polizisten mit dem Lohndruck auf dem Arbeitsmarkt für Polizisten begründen.³¹

Entscheidend ist aber immer, dass das Marktkriterium konsequent angewendet wird. Die Arbeitgeberin darf das Arbeitsmarktargument nicht so anwenden, dass sie daraus nur zum Nachteil des einen Geschlechts Schlüsse zieht, nicht aber beim anderen Geschlecht bzw. bei neutralen Funktionsbereichen. Zudem darf der zu Vergleichszwecken berücksichtigte Markt nicht als solcher diskriminierend sein. Demnach muss sich die Arbeitgeberin – insbesondere wenn es um Herabsetzungen von Löhnen geht – vergewissern, dass die Vergleichslöhne auf dem entsprechenden Markt nicht selbst diskriminierende Züge aufweisen. Zudem müssen die geltend gemachten arbeitsmarktlichen Verhältnisse

²⁹ BGE 131 II 393 ff. (Krankenschwestern).

³⁰ BGE 125 I 71 ff.

³¹ Verwaltungsgericht Bern, Nr. 19952U.

tatsächlich vorhanden gewesen sein und den Lohnentscheid auch beeinflusst haben.³² Grosse Schwierigkeiten wird dabei regelmässig die Frage bereiten, ob der Markt als solcher geschlechtsdiskriminierend ist. Sie kann letztlich nur dadurch beantwortet werden, dass die Marktunterschiede nach arbeitsplatzspezifischen Kriterien bewertet werden. Damit wird aber das Marktargument wiederum ausgehebelt.

3. Arbeitsplatzbezogene Kriterien und Markt

Häufig spielen arbeitsplatzbezogene Kriterien und Marktelemente zusammen, namentlich wenn es um Arbeitsstellen in der Privatwirtschaft geht und die Arbeitgeberin nicht über ein starres Lohnsystem verfügt. Entsprechend verletzen Lohnunterschiede den Anspruch auf Gleichstellung nicht, wenn sie einerseits aufgrund objektiver Motive wie Alter, Dienstalter, Familienverpflichtungen, Erfahrung, Qualifikation, (Berufs)Risiken usw. erfolgen und andererseits auch Gründe wie die konjunkturelle Lage, welche im Moment der Rekrutierung von neuem Personal einen Einfluss auf die Anstellungsbedingungen hat, den Unterschied rechtfertigen.³³ Dabei kann auch eine durch die Entwicklung der konjunkturellen Lage bedingte temporär unterschiedliche Entlohnung prinzipiell mit dem Lohngleichheitsgrundsatz kompatibel sein. Allerdings ist bei Ungleichbehandlungen dieser Art Vorsicht geboten, um nicht Gefahr zu laufen, mit den entsprechenden Argumenten eine geschlechtsspezifische Diskriminierung zuzulassen.³⁴ Insbesondere ist immer zu prüfen, ob die marktspezifischen Überlegungen auch konsequent angewendet werden.

4. Gesamte Arbeitsbedingungen und der Markt sind zu berücksichtigen

Neben dem Arbeitsmarkt und den arbeitsplatzspezifischen Kriterien lässt das Bundesgericht es auch zu, das weitere Umfeld für die Begründung von Lohndifferenzen anzuführen. Entsprechend konnte der Lohnunterschied zwischen Lehrerinnen für psychiatrische Krankenpflege und Berufsschullehrern auch damit begründet werden, dass der Staat die Ausbildung der Lehrerinnen für psychiatrische Krankenpflege bezahle, nicht aber jene der Berufsschullehrer.³⁵

Die Argumentation erstaunt. Die Ausbildung ist immer kostenintensiv. Auch bei den Berufsschullehrern kommt jemand für die Ausbildung während der Lehre auf. In der Regel sind dies private Unternehmen, welche die Lehrlinge und Lehrtöchter ausbilden. Warum

³² BGE 131 II 393 ff.: Mit Hinweis auf BGE 125 I 71 ff.

³³ BGE 113 Ia 107 ff.: (Ersatzschauspielerin und festangestellte Besetzung); vgl. auch Verwaltungsgericht Bern, Nr. 19952U (Krankenschwestern und Polizisten).

³⁴ BGE 113 Ia 107 ff.: (Ersatzschauspielerin und festangestellte Besetzung).

³⁵ BGE 126 II 217 ff.

diese Kosten nicht zu berücksichtigen sind, wohl aber die Kosten der öffentlichen Hand, lässt sich nicht begründen. Ob die Kosten der Ausbildung die konkrete Arbeitgeberin, d.h. jener Kanton, welcher anschliessend auch die Lehrerin für psychiatrische Krankenpflege beschäftigt, getragen hat oder ein anderes Gemeinwesen – möglicherweise auch ein ausländisches -, hat das Bundesgericht nicht geprüft. Es handelt sich aus meiner Sicht um ein Argument, welches nur scheinbar plausibel ist.

Demgegenüber versteht es sich von selber, dass nicht nur die Löhne zu vergleichen sind, sondern die gesamten Arbeitsbedingungen. Andere Ferienregelungen, bezahlte Urlaube und Weiterbildungsmöglichkeiten sowie Pensionierungsregelungen sind zweifellos mit zu berücksichtigen.³⁶ Sie können bei gleichem Lohn ihrerseits zu einer unzulässigen Diskriminierung führen.

5. Gleicher Beruf

Sehr viel einfacher gestaltet sich die Rechtslage, wenn es um den Vergleich zwischen zwei Personen mit der gleichen Arbeit geht. Soweit nicht Alter, Ausbildung oder ähnliches den Lohnunterschied rechtfertigen, kann dieser nur noch mit der konjunkturellen Lage im Moment der Anstellung gerechtfertigt werden. Diese vermag jedenfalls zeitweise eine unterschiedliche Entlohnung zu rechtfertigen, wenn diese nicht an das Geschlecht gebunden sind.³⁷ Damit ist das Bundesgericht der Lehrmeinung, wonach eine Rechtfertigung von Lohnunterschieden zwischen Mann und Frau durch die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt generell abzulehnen sei, nicht gefolgt.³⁸

Allerdings muss diese Ungleichbehandlung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Verhältnismässigkeit wahren.³⁹ Der Lohnunterschied muss einem Ziel dienen, das einem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entspricht, und zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sein. Der Lohnunterschied darf die nachgewiesenen Konjunkturschwankungen nicht übersteigen und muss zeitlich auf das Notwendige beschränkt bleiben.⁴⁰ Entsprechend hat die Arbeitgeberin die konjunkturbedingte Lohnstruktur innert angemessener Frist im Rahmen der periodischen Überprüfung zu beseitigen.⁴¹ Dies muss nicht durch eine Erhöhung des Frauenlohnes erfolgen. Vielmehr kann auch eine Senkung des entsprechenden Männerlohnes erfolgen.

³⁶ BGE 126 II 217 ff.

³⁷ BGE 125 III 368 ff. (Zeitungsjournalistin) mit Verweis auf BGE 125 I 71.

³⁸ Nachweise bei STEINER, S. 295 f.

³⁹ BGE 125 III 368 ff.

⁴⁰ Vgl. ALBRECHT, S. 157.

⁴¹ BGE 125 III 368 ff.

6. Folgerung zum Verhältnis Markt und Arbeitsplatzbewertung

Bezüglich des Verhältnisses zwischen Arbeitsplatzbewertungsverfahren und Marktargumenten hält das Bundesgericht fest, dass die Arbeitsmarktlage Lohnunterschiede nur begrenzt und vor allem nur vorübergehend rechtfertigen kann. Das Gewicht der konjunkturellen Lage unter den lohnbestimmenden Faktoren darf nicht überschätzt werden. Der Wert einer Arbeit hänge in erster Linie von den objektiven Anforderungen und von der individuellen Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft der Arbeitskraft ab.

Das Bundesgericht vertritt insofern mehr eine auf das Humankapital als auf den Markt ausgerichtete Betrachtungsweise⁴² und trägt damit dem Umstand Rechnung, dass der Arbeitsmarkt ein höchst unvollkommener Markt ist. Die Unternehmen sind den Regeln von Angebot und Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt nicht vollständig ausgeliefert. Ihr finanzieller Spielraum erlaube regelmässig ein diskriminierungsfreies Lohnsystem.⁴³ Es sei zwar denkbar, dass bei einer Neuanstellung wegen spezifischer Bedürfnisse des Unternehmens eine spezialisierte und besonders wertvolle Arbeitskraft aufgrund der momentanen Marktlage höher entlohnt werden müsse als früher angestellte Personen des andern Geschlechts. Leisteten letztere Personen aber nicht nur gleichwertige, sondern auch gleichartige oder gleiche Arbeit, so ist ein durch die Marktlage zu rechtfertigendes unternehmerisches Bedürfnis nach einer unterschiedlichen Entlohnung kaum bzw. jedenfalls nicht für längere Zeit denkbar.

7. Beweislast

Wer eine Lohndiskriminierung geltend macht, hat diese zu beweisen.⁴⁴ Art. 6 GIG⁴⁵ erleichtert allerdings diese Beweislast, indem eine Diskriminierung zu vermuten ist, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Weisen die Klägerinnen bei einer Lohngleichstellungsklage nach, dass von der mit Hilfe einer Arbeitsplatzbewertung ermittelten Lohnklasse zum Nachteil geschlechtsspezifischer Funktionen abgewichen wird, ist entsprechend eine Diskriminierung zu vermuten. Es liegt dann an der Arbeitgeberin, nachzuweisen, dass die verwendeten Kriterien geschlechtsneutral sind.⁴⁶ Demgegenüber genügt es nicht, eine Abweichung nach unten der eigenen Entlohnung gegenüber der Arbeitsplatzbewertung nachzuweisen, weil es dem Kanton nicht verwehrt ist, sein Lohnsystem auf einen grösseren Markt auszurichten und die dort bezahlten

⁴² BGE 125 III 368 ff.

⁴³ BGE 125 III 368 ff.; vgl. STEINER, S. 295.

⁴⁴ Art. 8 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, (SR 210) (ZGB).

⁴⁵ Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz), (SR 151.1).

⁴⁶ BGE 131 II 393 ff. (Krankenschwestern).

Gehälter bei der Lohneinstufung mit zu berücksichtigen, soweit er damit nicht einen typischen Frauenberuf in sachlich ungerechtfertigter Weise und in Abweichung von der Arbeitsplatzbewertung deutlich unterbezahlt. Gelingt es den Klägerinnen nicht nachzuweisen, dass es sich bloss um (als Argument unzulässige) Budgetgründe für die Schlechterbezahlung handelt, ist die Lohndiskriminierung nicht nachgewiesen.⁴⁷

Beruft sich die Arbeitgeberin auf die Lage im Arbeitsmarkt, bedarf es allerdings einer sorgfältigen Marktanalyse. Entsprechend ordnete das Verwaltungsgericht Bern eine statistische Überprüfung der Löhne der Polizisten in anderen Kantonen an. Die Überprüfung ergab, dass tatsächlich ein nachweisbarer Lohndruck bestanden hatte, was die höhere Entlohnung gegenüber Krankenschwestern rechtfertigen konnte.⁴⁸ Die Beweislast für die marktbedingten Unterschiede trifft die Arbeitgeberin, welche sich darauf beruft.⁴⁹

C. Die Fallkonstellationen

Die Konzepte und Methoden führen zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen im Einzelfall. Wie damit umzugehen ist, hängt wohl letztlich von der konkreten Fallkonstellation ab.

- Handelt es sich um gleiche Arbeit, kann der Markt höchstens im Rahmen konjunktureller Schwankungen bezüglich des Anstellungszeitpunktes Lohnunterschiede rechtfertigen. Diese sind dann aber auch innert nützlicher Frist auszugleichen. Angemessen dürfte in der Regel eine Frist von einem Jahr sein. Entscheidend werden dafür regelmässig die vereinbarten Kündigungsfristen sein, weil der Arbeitgeberin auch die Möglichkeit offen stehen muss, die Ungleichbehandlung durch eine Senkung des höheren Salärs auszugleichen.
- Handelt es sich um bloss gleichwertige Arbeit, kann der Markt neben den auf das Humankapital und die weiteren auf den Arbeitsplatz ausgerichteten Faktoren ein Argument für eine Lohnungleichheit sein. Voraussetzung ist aber, dass der Markt nicht selber als diskriminierend angesehen werden muss. Letzteres kann aber wiederum nur auf Grund einer Analyse der anderen Faktoren beurteilt werden und bildet insofern einen Zirkelschluss.

⁴⁷ BGE 125 I 71 ff. (Einstufung von Krankenschwestern).

⁴⁸ Verwaltungsgericht Bern, Nr. 19952U.

⁴⁹ Art. 8 ZGB; BGE 113 Ia 107 ff.: (Ersatzschauspielerin und festangestellte Besetzung).

D. Kritik

1. Bei gleicher Arbeit

Relativ einfach ist die Rechtslage, wenn es um die Zulässigkeit von unterschiedlichen Arbeitsbedingungen zweier Personen geht, welche die gleiche Arbeit verrichten. Solche Unterschiede sind in der Privatwirtschaft zulässig, solange kein spezifisches Gleichbehandlungsgebot zur Diskussion steht. Grundsätzlich nicht zulässig ist eine solche Unterscheidung, wenn es sich um Personen unterschiedlichen Geschlechts handelt.

Auch diesfalls kann sich aber eine unterschiedliche Entlohnung rechtfertigen, wenn sie mit einem Kriterium begründet werden kann, welche auch bei Personen gleichen Geschlechts zu unterschiedlichen Entlohnungen führen würde. Das ist bei unterschiedlichem Alter und unterschiedlichem Ausbildungsstand zutreffend. Heikel werden allerdings auch diese Kriterien immer dann, wenn sie nicht bei beiden Geschlechtern gleich häufig auftreten. Zu denken ist insbesondere an den Beschäftigungsgrad und die Betriebszugehörigkeit. Insoweit sind die Kriterien immer im Einzelnen auf ihre Diskriminierungsfreiheit zu prüfen. Das ist letztlich ein wertender Vorgang. Die Beurteilung des einzelnen Kriteriums kann sich im Laufe der Zeit stark verändern.

Neben diesen Kriterien können konjunkturelle Schwankungen vorübergehende Unterschiede rechtfertigen, weil diese zuerst erkannt werden müssen und dann für die Vertragsanpassung aus arbeitsvertraglichen Gründen gewisse Fristen gewahrt werden müssen. Die Anpassung muss nicht immer nach oben erfolgen; sie kann auch durch eine Lohnkürzung auf der anderen Seite vorgenommen werden. Solange diese Senkung aber nicht tatsächlich erfolgt ist, besteht für die Person des anderen Geschlechts ein Anspruch auf den höheren Lohn.

2. Bei gleichwertiger Arbeit

Bezüglich der Gleichwertigkeit der Arbeit ist in erster Linie auf *sogenannte wissenschaftliche Arbeitsplatzbewertungsmethoden* abzustellen. Das Bundesgericht hat sich diesbezüglich zu Recht nie auf eine bestimmte Methode festlegen lassen sondern akzeptiert die unterschiedlichsten Vorgehensweisen. Bewertet werden einerseits das Humankapital und andererseits die Anforderungen des Arbeitsplatzes. Welche Kriterien zu berücksichtigen sind und wie sie gewichtet werden, sind Wertentscheidungen, die sich nicht wissenschaftlich begründen lassen. Entscheidend ist aber, dass sie nicht statistisch bei einem Geschlecht erheblich häufiger auftreten dürfen als beim andern, weil sie sonst ihrerseits indirekt diskriminierend sind.

Neben der Arbeitsplatzbewertung können auch die *weiteren Umstände der Arbeitsbedingungen und des Ausbildungsumfeldes* als Rechtsfertigungsgründe angeführt werden. Bezüglich der weiteren Arbeitsbedingungen ist dies nicht zu beanstanden. Es liegt auf der Hand, dass der Lohn immer im Zusammenhang mit den weiteren Leistungen der Arbeitgeberin und dem Umfang der Arbeitsleistung steht. Demgegenüber sind weitere Elemente, wie namentlich die Frage, wer die Ausbildung bezahlt, kaum taugliche Kriterien für die Bewertung der Arbeit. Soweit die Ausbildung nicht ausschliesslich durch die konkrete Arbeitgeberin finanziert wird, sondern bloss durch die Branche, ist nicht einzusehen, wieso sich dies auf das Lohngefüge auswirken soll. Andernfalls müsste konsequenter Weise auch berücksichtigt werden, ob für die entsprechende Ausbildung Stipendien zur Verfügung stehen und ob die entsprechende Ausbildungsstätte staatlich finanziert wird - wie beispielsweise Universitäten - oder nicht.

Schliesslich lässt das Bundesgericht auch die Berücksichtigung der *unterschiedlichen Marktsituation bei unterschiedlichen Berufen* zu. Das ist wohl durchaus sinnvoll und rechtfertigt sich in einer marktwirtschaftlich organisierten Gesellschaft. Der Arbeitsmarkt ist aber ein höchst unvollkommener Markt, der – wie Das Bundesgericht durchaus selber festgestellt hat – die Löhne und Arbeitsbedingungen nur in einem beschränkten Masse bestimmt. Der Markt alleine kann von daher nie bestimmend sein. Zudem liegen dem Marktverhalten der Parteien nicht zwingend die klassischen Faktoren von Angebot und Nachfrage zu Grunde, sondern Wertvorstellungen, welche sich ihrerseits am Humankapital und den Anforderungen an einen Arbeitsplatz richten. Zudem hat Lehre und Rechtsprechung auch richtig erkannt, dass auf Grund dieser Sonderfaktoren der Markt selber diskriminierende Züge aufweisen kann. Insofern darf er aber nicht berücksichtigt werden, weil es sich um ein verfassungswidriges Marktverhalten handelt. Dies festzustellen ist aber häufig gar nicht einfach.

III. Folgerung

In einer marktwirtschaftlich organisierten Gesellschaft ist es unumgänglich, dass der Markt bei wirtschaftlichen Entscheidungen mitberücksichtigt wird. Das gilt auch für die Frage, welche Arbeitsbedingungen zulässig sind und welche nicht. Unsere Gesellschaft ist aber namentlich im Bereich des Arbeitsrechtes nicht nur marktwirtschaftlich ausgerichtet. Vielmehr liegen den Arbeitsbeziehungen auch andere Wertvorstellungen zu Grunde.

Letztlich stehen sich zwei unterschiedliche Menschenbilder gegenüber, welche beide unsere Gesellschaft prägen: Zum einen geht es in der Tat um ein marktwirtschaftliches im Sinne von Angebot und Nachfrage. Unsere Gesellschaft ist aber zum anderen auch durch ein mehr humanitäres Weltbild geprägt, so dass auf dem Arbeitsmarkt (!) dem Humankapital und den Anforderungen des konkreten Arbeitsplatzes Rechnung getragen

wird. Der Wert der Arbeit bestimmt sich nicht nur nach Nachfrage und Angebot. Damit vermengen sich die Kriterien zur Beurteilung, ob es sich um *gleichwertige Arbeit* handelt oder nicht. Markt und sogenannt wissenschaftliche Arbeitsplatzbewertungsmethoden bedingen sich gegenseitig.

Weil sich die Praxis wohl zu Recht nie auf eine einzige Betrachtungsweise und damit auch nicht auf eine einzige Bewertungsmethode festgelegt hat, besteht bei Lohngleichheitsklagen immer eine grosse Rechtsunsicherheit. Es ist jeweils nur schwer vorauszusehen, welches Kriterium letztlich den Rechtsstreit entscheiden wird. Das ist wohl kaum zu vermeiden.

Entscheidend sollte aber sein, dass die gewählte Methode im Einzelfall konsequent angewendet wird. Stellt das Gericht auf den Markt ab, muss dieser auch umfassend berücksichtigt werden. Wenn eine öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin geltend macht, die Arbeitsmarktlage sei bei der einen Berufsgruppe anders als bei der anderen, sollte nicht nur der Nachweis dieses Unterschiedes verlangt werden. Vielmehr rechtfertigt sich dieser als Begründung für eine Lohnungleichheit nur dann, wenn die Arbeitgeberin bei ihrem Lohnsystem auch konsequent den Markt berücksichtigt. Das ist aber dann nicht der Fall, wenn zwar geltend gemacht wird, der Arbeitsmarkt für Lehrerin von Psychiatriekrankenpflegepersonal sei schlechter als jener für Berufsschullehrer, innerhalb der verschiedenen Berufen bei den Berufsschullehrern dann aber keine Differenzen nach der Marktsituation vorgenommen wird. Damit wird das Marktargument zum Scheinargument.

IV. Literaturverzeichnis

Sofern nicht anders angegeben, werden die im Literaturverzeichnis aufgeführten Werke oder Beiträge in den Noten nur mit dem Namen des Verfassers zitiert.

ALBRECHT ANDREAS C., Der Begriff der gleichwertigen Arbeit im Sinne des Lohngleichheitssatzes „Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit“ (Art. 4 Abs. 2 BV), Diss. Basel 1997, Basel 1998.

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Égalité salariale et décisions judiciaires: questions pratiques du point de vue de la justice, *in*: AJP 2005, S. 1062 ff.

BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/KÄGI-DIENER REGULA, *in*: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2014.

FAVRE CHRITIAN/MUNOZ CHARLES/TOBLER ROLF A., Le Contrat de Travail Code Annoté. Lausanne 2010.

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 2009 (zitiert: K GLG-AUTOR).

- GEISER THOMAS, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht?, *in*: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger (Hrsg.), *Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes*, FS Reh binder, München/Bern 2002, S. 37 ff.
- GEISER THOMAS, Staatliche Lohnregeln in der Schweiz, *in*: Löschnigg (Hrsg.), *Staatliche Eingriffe in das System der Mindestentgelte im internationalen Vergleich*, Wien 2013, S. 56 ff.
- GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Bern 2015.
- PÄRLI KURT, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, Habil. St. Gallen, Bern 2009.
- SEILER HANSJÖRG, Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, *in*: ZBI 104/2003, S. 113 ff.
- STAEHELIN ADRIAN, *Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im schweizerischen Arbeitsrecht*, BJM 1982, S. 67 ff.
- STEINER OLIVER, *Das Verbot der indirekten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben*, Diss. Basel 1998, Basel 1999.
- VALLENDER KLAUS A., *in*: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 2014.

ELISABETH FREIVOGEL, ANER VOLODER

Lohndiskriminierungen will man häufig nicht wahrhaben

Elisabeth Freivogel lic. iur. LL.M. Rechtsanwältin und Mediatorin SAV, Basel im Gespräch¹ mit **Aner Voloder**, lic. iur., Projektleiter, Fachstelle für Gleichstellung der Stadt Zürich

Frau Freivogel, am 01. Juli 2016 wird das Gleichstellungsgesetz 20 Jahre alt. Ist Ihnen nach Feiern zumute?

Ja. Es ist ein enorm wichtiges Gesetz zur Förderung der Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben, das sich in den vergangenen 20 Jahren grundsätzlich bewährt hat. Allerdings lässt die effektive Durchsetzung des Rechts bis dato zu wünschen übrig und die Ergebnisse sind nicht so, wie wir uns das damals bei der Verabschiedung des Gleichstellungsgesetzes erhofft hatten.

Welche Erwartungen hatten sie damals?

In erster Linie hätte die Prozessführung in diesem Zusammenhang leichter und selbstverständlicher werden sollen. Die juristische Gemeinde und Gerichte hätten sich flächendeckend die notwendige Fachkompetenz aneignen müssen, damit es Betroffenen ähnlich wie in anderen arbeitsrechtlichen Angelegenheiten relativ leicht fallen würde, einen Prozess zu führen. Das hat sich leider nicht bewahrheitet.

Sehen Sie nach 20 Jahren Reformbedarf im materiellen Teil des Gleichstellungsgesetzes?

Es bestehen sicher einige revisionswürdige Schwachstellen, insgesamt würde ich aber sagen, das Gleichstellungsgesetz ist gut, umfassend und gleichzeitig auch einfach verständlich formuliert. Reformbedarf orte ich eher im Durchsetzungsbereich als bei den materiell-rechtlichen Bestimmungen.

¹ Das Gespräch wurde am 28. September 2015 in Basel geführt.

Die durchschnittliche Lohndifferenz hat sich in den letzten 20 Jahren kaum verringert. Frauen verdienen immer noch markant weniger als Männer. Wo bleibt die abschreckende Wirkung des Gleichstellungsgesetzes?

Das ist eine gute Frage. Die erhoffte Abschreckungswirkung ist im Bereich der geschlechtsspezifischen Lohndiskriminierungen weitgehend ausgeblieben. Den Grund dafür sehe ich in erster Linie darin, dass Arbeitgebende bei Lohndiskriminierungen nach wie vor nicht wirklich damit rechnen müssen, zur Verantwortung gezogen zu werden. Ergehen Urteile wegen Lohndiskriminierung, so kann dies für die fehlbaren Arbeitgebenden zwar teuer werden. Es gab aber nicht genügend Prozesse, gerade weil die Prozessführung so aufwendig und langwierig ist. Die im Laufe der Zeit entwickelten Lohngleichheitsinstrumente, wie z.B. ABAKABA (Arbeitsbewertungsanalyse gemäss Katz und Baitsch), die statistische Lohnanalyse oder der LOGIB helfen zweifellos bei der Beweisführung, doch ihre Handhabung ist nicht immer einfach, insbesondere wenn es um ganze Berufsgruppen und Arbeitsbewertungen geht. Betroffene lassen sich bei so einer Ausgangslage von einer Klage eher abhalten. Prozessführungen sind zudem oft nur dann möglich, wenn Verbände dahinterstehen und Kosten zusprechen. Diese stossen jedoch nicht selten auch an ihre finanziellen Grenzen. Es muss aber auch gesagt werden, dass der Staat seine diesbezügliche Verantwortung in ungenügender Art und Weise wahrgenommen hat. Zu diesem Schluss kamen wir bereits bei der Wirkungsanalyse des Gleichstellungsgesetzes zehn Jahre nach seinem Inkrafttreten. Zusätzliche staatliche Durchsetzungsmechanismen sind unabdingbar. Einschlägige Institutionen müssen befähigt werden, Lohndifferenzen von Amtes wegen zu überprüfen und bei Diskriminierungsverdacht dagegen vorzugehen.

Als Anwältin und Fachexpertin haben Sie mehrere Prozesse nach dem Gleichstellungsgesetz insbesondere im Lohnbereich erfolgreich durchgeführt. Welchen Prozess würden Sie hinsichtlich seiner Auswirkungen auf die Gleichstellung besonders hervorheben?

Mein erster grosser Lohngleichheitsprozess betraf Lohndiskriminierungen von Kindergärtnerinnen, Hauswirtschafts- und Handarbeitslehrerinnen in Basel-Stadt, den ich noch vor dem Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes durchführte. Damals betreten wir noch absolutes Neuland und auch die oben erwähnten Instrumente standen noch nicht zur Verfügung. Der Prozess war sehr aufwendig, schwierig und risikobehaftet und dauerte sehr lange, war aber erfolgreich und hatte grosse Auswirkungen auf andere Berufsbereiche und Kantone. Der Fall etablierte unter anderem die Möglichkeit, Lohngleichheitsprozesse für ganze (geschlechtsspezifisch identifizierte) Berufsgruppen zu führen und die Ergebnisse von Arbeitsbewertungsverfahren gerichtlich zu überprüfen.

Die Inhaltsanalyse ausgewählter kantonaler Gerichtsfälle nach dem Gleichstellungsgesetz hat gezeigt, dass die Untersuchungsmaxime kaum zur Geltung gelangt. Wie ist das zu erklären?

Das ist mir auch schleierhaft. Es ist ja davon auszugehen, dass Gerichte wissen, was Untersuchungsmaxime bedeutet und wie sie anzuwenden ist. Und wenn sie nicht zur Geltung gelangt, dann hegt man fast den Verdacht, es werden Wege gesucht, um eine Diskriminierung möglichst nicht feststellen zu müssen. Dies sage ich, ohne jemand Böswilligkeit unterstellen zu wollen, aber die (unbewussten?) Ausweichmechanismen sind stark.

Wie gut ist das Gleichstellungsgesetz bekannt in juristischen Kreisen?

Mittlerweile ist es zumindest bekannt, dass das Gesetz existiert, was natürlich nicht bedeutet, dass man es auch versteht. Es ist nach wie vor so, dass es wenige Gerichte gibt, die sich das notwendige Know-How angeeignet haben. Häufig steht man insbesondere vor Gerichten erster Instanz da und stellt fest, dass sie sich noch in die Materie einarbeiten müssten (es gibt aber löbliche Ausnahmen!). Auf zweitinstanzlicher Ebene ist zwar die Qualität der Urteile in der Regel besser, mit der Kompetenz steigt aber nicht selten auch die Energie, zum Teil abenteuerliche juristische Auswege zu suchen.

In der Praxis herrscht nach wie vor Unklarheit bezüglich Anforderungen an Rechtfertigungsgründe bei Lohndifferenzen. Insbesondere bei Gerichten unterer Instanzen sind diese Anforderungen tief. Wie beurteilen Sie das?

Dafür habe ich fast mehr Verständnis, da dies dogmatisch eine ziemlich schwierige Angelegenheit sein kann. Vor etwa zwei Jahren stiess ich aber auf ein diesbezüglich in beispielhafter Art und Weise verfasstes Gerichtsurteil erster Instanz. Das hat mir wieder Hoffnung gegeben. Leider ist es aber nach wie vor so, dass oft nicht gesetzeskonform nach den geltenden Beweislastregeln geprüft, sondern jeder beliebige Grund als Rechtfertigung für die unterschiedliche Entlohnung anerkannt wird. Lohndiskriminierungen will man häufig einfach nicht wahrhaben.

Zurzeit vertreten Sie Kindergarten- und Primarlehrkräfte des Kantons Aargau in einem komplexen Lohngleichheitsprozess, der noch vor Bundesgericht hängig ist. Was sind die Besonderheiten dieses Falles?

Nach 20 Jahren Gleichstellungsgesetz exemplifiziert dieser Fall genau die Schwierigkeiten, die bei der Durchführung von Lohnrevisionen, Neubewertungen und in der Durchsetzung des Lohngleichheitsgebots immer noch anzutreffen sind. Der Kanton Aargau führte eine Besoldungsrevision in Anwendung des (angepassten) analytischen Arbeitsbewertungssystems ABAKABA und unter Beizug eines Fachexperten durch. Funktionen wurden neu bewertet und man versicherte die grösstmögliche Gewährleistung für den Ausschluss jedweder Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Die

Bewertungsergebnisse zeigten auf, dass ein grosser lohnmässiger Aufholbedarf bei den Funktionen der Kindergarten- und Primarlehrkräfte bestand. Da das vorgesehene Budget für den Ausgleich nicht ausreichte, suchte man Auswege und installierte postwendend das sogenannte 3-Vektoren-Modell, nach dem Kindergarten- und Primarlehrkräfte (und nur diese beiden Kategorien!) in der Überführung wesentlich schlechter da standen als bei einer 1:1 Überführung der ABAKABA-Ergebnisse. Nicht die Bewertung, aber das danach installierte 3-Vektorenmodell führt zu diskriminierenden Ergebnissen. Bezüglich der Kindergartenlehrkräfte hat das Verwaltungsgericht die Beschwerden grundsätzlich gutgeheissen. Es befand jedoch, Primarlehrkraft sei geschlechtsneutral und kein typischer Frauenberuf, obwohl diese Funktion im Kanton Aargau heute zu 87% weiblich besetzt ist. Das Gericht verweist auf die angebliche historische Prägung des Berufs, der vor langer Zeit tatsächlich ein Männerberuf war. Dieses „historische“ Argument kann meines Erachtens auf keinen Fall Geltung beanspruchen bei einer Neubewertung einer Funktion, die heutzutage und angesichts der heutigen Verhältnisse durchgeführt wird. Wir hoffen diesbezüglich auf ein klares neues Präjudiz des Bundesgerichts.

Vom Instrument der Verbandsklage wurde bis jetzt nur zurückhaltend Gebrauch gemacht. Was denken Sie ist der Grund dafür?

Offen gestanden habe ich davon auch zurückhaltend Gebrauch gemacht. Wenn eine Klage erhoben und der aufwendige Weg bestritten wird, dann will man auch, dass der Erfolg direkte Auswirkungen auf Betroffene hat. Verbandsklage kann das nur bedingt. Wenn ein Verband hinter einer Klage steht, kann er in der Regel auch Individualklägerinnen organisieren, sodass Massenklagen eingereicht werden können, was für die Betroffenen effektiver ist. Wo – aus welchen Gründen auch immer - sich keine Individualklägerinnen einem Prozess aussetzen können, wäre in der Regel eben die Behördenklage als Durchsetzungsinstrument nötig.

Was sind Ihre Wünsche oder Erwartungen für die Zukunft, wenn Sie an Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben denken?

Der Bund soll den Kampf gegen Lohndiskriminierung fortführen und den Weg beschreiten, den er angekündigt hat. Das bedeutet, dass er nicht mehr auf Projekte wie Lohngleichheitsdialog setzen, sondern effektive behördliche Durchsetzungsmechanismen einführen und somit Verantwortung übernehmen soll. Mein weiterer Wunsch bezieht sich auf die Medienberichterstattung über das Thema. Ich wünschte mir, dass Journalistinnen und Journalisten mit dem hochkomplexen Thema der Lohndiskriminierung ernsthafter umgehen und sich das notwendige Wissen aneignen, bevor sie Artikel dazu veröffentlichen.

Réflexions sur l'action judiciaire individuelle pour discrimination salariale

Sommaire	Page
I. Introduction	179
II. La procédure simplifiée, la maxime inquisitoire et l'allègement du fardeau de la preuve en pratique	180
A. Principes applicables	178
B. Mise en œuvre pratique des principes	181
III. Questions pratiques en lien avec l'expertise	183
A. Principes	183
B. Questions liées au choix de la méthode d'expertise	184
C. Questions liées à l'exécution de la mission d'expertise	186
IV. Conclusions et pistes	188
V. Bibliographie	189

I. Introduction

Depuis 1981, la Constitution fédérale garantit l'égalité entre femmes et hommes et, en particulier, le droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. La loi sur l'égalité, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1996, a pour but de concrétiser cette exigence constitutionnelle et de promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes.

Pour atteindre ces buts, la loi sur l'égalité confère des droits et des protections spécifiques aux travailleuses et travailleurs (art. 5 et 10 LEg¹) et prévoit les instruments procéduraux que sont l'allègement du fardeau de la preuve (art. 6 LEg), la qualité pour agir des organisations (art. 7 LEg), la procédure de conciliation (art. 11 LEg², art. 200 al. 2 et 210

¹ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), RS 151.1.

² Abrogé.

al. 1 lit. a CPC³), la procédure simplifiée (art. 12 al. 2 LEg⁴ en lien avec l'art. 343 al. 2 CO⁵ ; art. 243 al. 2 lit. a CPC), la maxime inquisitoire (art. 12 al. 2 LEg⁶ en lien avec l'art. 343 al. 4 CO⁷ ; art. 247 al. 2 lit. a CPC) et la gratuité de la procédure (art. 12 al. 2 LEg⁸ en lien avec l'art. 343 al. 3 CO⁹ ; art. 113 al. 2 lit. a et 114 lit. a CPC).

Dans les procès collectifs, qui concernent principalement des collectivités publiques, il s'agit généralement de juger la conformité à l'exigence constitutionnelle d'égalité d'une politique salariale transparente et peu individualisée ; ces procès collectifs permettent ainsi de traiter directement les problématiques de fond concernant l'évaluation potentiellement discriminatoire de la valeur du travail de différentes catégories de fonctions.

Dans les procès individuels, qui concernent principalement le secteur privé, la décision d'agir en justice se prend le plus souvent suite à la découverte par une personne d'éléments relatifs à la situation salariale d'un ou plusieurs autres salariés de l'autre sexe qui semblent mettre en évidence l'existence d'une discrimination. Dans ces procès, à l'ouverture de la procédure, la personne plaignante n'a souvent qu'une connaissance très partielle de la politique salariale générale de l'entreprise. Par ailleurs, cette politique salariale est souvent très individualisée, ce qui complique l'administration des preuves et rend difficile la mise en évidence d'une discrimination.

Sur la base d'expériences issues de la pratique, les lignes qui suivent présentent quelques réflexions sur le procès individuel en matière d'égalité et ses difficultés.

II. La procédure simplifiée, la maxime inquisitoire et l'allègement du fardeau de la preuve en pratique

A. Principes applicables

Le procès en matière d'égalité est soumis à la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 lit. a CPC). A rigueur du texte légal, il suffit à la partie demanderesse de prendre des conclusions et de décrire l'objet du litige (art. 244 al. 1 CO) ; il n'est donc pas nécessaire, au stade du

³ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC), RS 272.

⁴ Abrogé.

⁵ Abrogé.

⁶ Abrogé.

⁷ Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations) (CO), RS 220.

⁸ Abrogé.

⁹ Abrogé.

dépôt de la demande, de présenter des allégations de fait et d'indiquer, pour chaque allégation, les moyens de preuve présentés. Le procès en matière d'égalité est également soumis à la maxime inquisitoire (art. 247 al. 2 lit. a CPC), ce qui signifie que le juge doit établir les faits d'office, les parties devant quant à elles collaborer activement à la procédure en renseignant le juge sur les faits de la cause et en lui indiquant les moyens de preuve disponibles¹⁰.

L'art. 6 LEg sur l'allègement du fardeau de la preuve constitue la spécificité du procès en matière d'égalité. Selon cette disposition, l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable. Dans les travaux préparatoires et dans la doctrine, cet allègement du fardeau de la preuve est justifié par le fait que la preuve positive d'une discrimination est considérée comme difficile à rapporter dans la mesure où elle porte sur des faits qui relèvent de la sphère d'influence de l'employeur et qui ne sont connus que de lui¹¹. L'application de l'art. 6 LEg intervient à l'issue de la procédure, lorsque tous les moyens de preuve ont été administrés. Il appartient alors au juge de déterminer, sur la base des faits établis, s'il considère qu'une discrimination a été rendue vraisemblable. Si tel est le cas, le juge doit examiner, toujours sur la base des faits établis dans la procédure, s'il existe des éléments objectifs (non discriminatoires) permettant de justifier la différence de traitement¹².

Si le raisonnement du juge doit se faire en deux temps, le procès lui-même et l'administration des preuves ne se déroulent pas en deux temps. Il n'existe pas de mi-temps procédurale lors de laquelle le juge indiquerait à l'employeur qu'il considère que la travailleuse a rendu la discrimination vraisemblable et ouvrirait une deuxième phase du procès relative à la justification de la différence de traitement. Par ailleurs, la maxime inquisitoire prévue à l'article 247 al. 2 lit. a CPC s'applique aussi bien à la constatation de la vraisemblance de la discrimination qu'à l'établissement d'un motif justificatif de la différence de traitement¹³.

B. Mise en œuvre pratique des principes

Dans le procès individuel en matière d'égalité salariale, une discrimination est considérée comme vraisemblable dès qu'il existe dans la même entreprise une différence sensible entre le salaire de la partie demanderesse et le salaire d'un employé de sexe opposé ayant

¹⁰ CLEg-BOHNET/DIETSCHY, n° 31, *ad art.* 12 LEg.

¹¹ Message LEg, FF 1993 I 1163, p. 1215 ; CLEg- WYLER, n° 2, *ad art.* 6 LEg.

¹² CLEg- WYLER, n°10, *ad art.* 6 LEg, et les références jurisprudentielles citées.

¹³ ATF 127 III 207, consid. 7 et 8 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4C.432/1999 du 19 janvier 2001, consid. 7 ; CLEg-BOHNET/DIETSCHY, n° 29, *ad art.* 12 LEg.

la même activité ou une activité avec un cahier des charges comparable¹⁴. Lorsque l'activité exercée par les deux personnes entrant en considération n'est pas identique et que l'employeur conteste la valeur identique de ces activités, une expertise est en principe ordonnée sur cette dernière question. En pratique, le procès individuel en égalité salariale débute ainsi généralement par la présentation, dans les allégations de la demande, de la situation d'un « jumeau » auquel la partie demanderesse se comparera.

Ce mode usuel de procéder est-il le seul envisageable ? Etant donné que le procès en matière d'égalité ne suppose pas l'existence d'allégations de fait et que la maxime inquisitoire s'applique déjà à l'établissement de la vraisemblance d'une discrimination, il devrait - en tout cas théoriquement - être possible d'entamer un procès en égalité salariale sans présenter la situation d'un « jumeau » et de demander néanmoins au juge de vérifier l'existence ou non d'une discrimination à raison du sexe dans l'entreprise.

Malgré ce cadre légal ouvert, les juges sont réticents à admettre de tels procès « exploratoires ». Ils semblent exiger que la personne plaignante présente une personne à qui se comparer avant que des preuves ne soient administrées, et en particulier qu'une expertise ne soit ordonnée. Dans un arrêt récent, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice de Genève relevait ainsi : « En l'absence de tout point de comparaison préétabli, l'expertise sollicitée par l'appelante constitue en réalité une mesure exploratrice, l'expert devant selon elle, à l'instar de ce qu'a fait sur plusieurs années le département des ressources humaines de l'intimée, évaluer les fonctions de l'ensemble des collègues masculins de l'intimée afin de déceler l'existence d'une éventuelle discrimination. Or, même dans le cadre élargi prévu par l'art. 6 LEg, une telle recherche indéterminée de preuve ne saurait être admise. »¹⁵

Un tel raisonnement revient en pratique, sans aucune base légale, à imposer la règle de la vraisemblance de la discrimination au stade de l'allégation des faits déjà. Selon l'art. 150 al. 1 et 152 al. 1 CPC, tous les moyens de preuve permettant d'établir des faits pertinents devraient pourtant être administrés ; le fait qu'une discrimination puisse être rendue vraisemblable ou prouvée par un moyen de preuve exploratoire n'est donc pas un obstacle. Selon les règles ordinaires de procédure, il faudrait, sur la base d'une appréciation anticipée des preuves, que le juge soit déjà convaincu de l'existence ou de l'inexistence d'une discrimination, pour que l'administration d'un moyen de preuve, en particulier la production de pièces par l'employeur (art. 160 al. 1 lit. b CPC), les témoignages (art. 169 ss CPC) ou l'expertise (art. 183 ss CPC), soit refusée.

¹⁴ ATF 130 III 145, consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011, consid. 3.2.

¹⁵ GE, CAPH/143/2015 du 25 août 2015, consid. 3.2.1.

Le passage préalable obligé par la présentation de la situation d'un « jumeau », qui n'est pas imposé par la loi, peut constituer un détour inutile et peut même aboutir à une impasse, car l'équivalence des situations comparées est rarement totale. En effet, ne pas identifier le bon « jumeau » ne permet pas d'exclure l'existence d'une politique salariale discriminatoire de l'entreprise¹⁶. A l'inverse, le « jumeau » identifié peut se révéler être un cas isolé, trop « favorisé », sans que la politique salariale générale de l'entreprise ne soit discriminatoire et sans qu'il n'existe de discrimination individuelle à l'égard de la plaignante¹⁷.

De manière plus générale, au vu des statistiques démontrant la persistance de discriminations salariales à raison du sexe¹⁸, il est tout à fait vraisemblable que de telles discriminations puissent se produire dans n'importe quelle entreprise. Toute travailleuse devrait ainsi être en droit d'interroger son employeur sur la conformité de sa politique salariale au principe de l'égalité entre femmes et hommes. A défaut de recevoir des réponses claires et crédibles à ce propos, toute travailleuse devrait être en mesure de demander d'entrée de cause au juge d'ordonner une expertise sur la politique salariale de l'entreprise pour déceler l'existence d'une éventuelle discrimination à son préjudice.

Enfin, force est d'admettre qu'une procédure judiciaire fondée d'emblée sur une analyse complète et globale de la politique salariale de l'entreprise, à l'aide d'experts, devrait aboutir à un résultat plus solide et moins aléatoire qu'une procédure fondée sur une seule comparaison entre deux situations individuelles.

III. Questions pratiques en lien avec l'expertise

A. Principes

Dans une jurisprudence bien établie, le Tribunal fédéral juge que si l'équivalence entre les diverses fonctions d'une même entreprise ne saute pas aux yeux ou si elle n'est pas établie par d'autres modes de preuve, les tribunaux cantonaux doivent ordonner des expertises. Les experts doivent alors décider si ces fonctions sont comparables les unes aux autres et déterminer les critères permettant de mettre à jour un cas de discrimination. Le juge qui

¹⁶ Dans ce sens, FLÜCKIGER, ch. 1.3 et 3.

¹⁷ Comme la vraisemblance de la discrimination peut être admise sur la base de la comparaison avec un seul collègue, WYLER propose que l'employeur puisse être admis à prouver l'absence d'une discrimination au regard d'une approche collective (CLEg- WYLER, n^{os} 16 et 17, *ad art.* 6 LEg).

¹⁸ OFS 2015.

refuse d'ordonner une expertise consacre une violation de l'art. 12 al. 2 LEg¹⁹ (correspondant à l'actuel art. 247 al. 2 lit. a CPC), à moins que l'expertise apparaisse d'emblée inutile, parce que, par exemple, le juge dispose lui-même des connaissances scientifiques nécessaires pour élucider une possible discrimination liée au sexe²⁰.

Dans la logique de cette jurisprudence, l'expertise constitue la deuxième étape de la procédure lorsque l'équivalence de la fonction de la plaignante et de son « jumeau » est contestée par l'employeur. Si, sur la base de l'expertise, cette équivalence est admise par le juge et que la différence de salaire entre la plaignante et son « jumeau » est sensible, la discrimination sera vraisemblable et la demande sera admise, sauf si d'autres motifs pertinents établis par la procédure permettent de justifier cette différence de salaire.

Cette jurisprudence n'indique pas clairement comment procéder lorsque l'expertise arrive à la conclusion que les fonctions ne sont pas équivalentes. Or, l'interdiction de discrimination salariale devrait aussi inclure l'interdiction de rémunérer un travail de moindre valeur par un salaire exagérément bas²¹. Lorsque les tâches effectuées par la plaignante et son « jumeau » ne sont pas d'équivalente valeur, il n'est donc pas possible de conclure automatiquement à l'inexistence d'une discrimination. Dans de tels cas, le juge, avec l'aide de l'expert, devrait donc déterminer quelle différence de salaire est justifiée pour qu'il n'y ait pas discrimination.

B. Questions liées au choix de la méthode d'expertise

Pour établir l'existence d'une discrimination salariale à raison du sexe et, le cas échéant, pour déterminer son ampleur, il existe deux types d'instruments d'analyse : (1) l'évaluation du travail fondée sur la science du travail (approches des psychologues du travail) et (2) l'analyse statistique des salaires (approche économique).

La méthode d'évaluation du travail fondée sur la science du travail a pour but de déterminer la valeur (sous forme de points) d'une fonction donnée : les exigences (compétences impérativement nécessaires à accomplir les tâches de la fonction) et charges

¹⁹ Abrogé.

²⁰ ATF 133 III 545, consid. 4.2 et 4.3 : « Cette autorité n'a jamais prétendu avoir des compétences techniques pour comparer les activités des trois juristes, qui ne se recoupaient apparemment nullement. Son raisonnement, dépourvu de toute approche méthodologique et scientifique, est du reste fondé sur un choix de critères vagues » ; ATF 130 III 144, consid. 3.1.2.

²¹ Dans ce sens, CLÉg 2000-FREIVOGEL, n° 101, *ad* art. 3 LEg.

objectives (facteurs préjudiciables pouvant être liés à l'exécution des tâches) d'un poste de travail sont recensées et évaluées par rapport à d'autres postes de travail²².

La méthode fondée sur l'analyse statistique des salaires (ou analyse de régression) cherche à déterminer l'impact sur le salaire de divers facteurs explicatifs liés au capital humain (par ex. la formation) et à d'autres aspects (p. ex. le niveau d'exigences requis pour un poste). Dans cette méthode, le différentiel de salaire entre femmes et hommes qui ne peut pas s'expliquer par des facteurs objectifs est interprété comme motivé uniquement par le sexe²³.

La première méthode présente un certain caractère normatif puisque l'expert est appelé à déterminer - dans l'absolu - la valeur qu'il appartient de donner à différentes fonctions (au vu notamment des cahiers des charges) et à différents critères (tels que la formation, l'expérience, etc.). Cette méthode porte donc potentiellement atteinte à la liberté de l'employeur de déterminer quelle est pour lui la valeur respective des différentes fonctions et des différents critères. La deuxième méthode ne présente pas un tel caractère normatif puisqu'elle vise à mettre sous forme d'équation les différentes variables que choisit librement l'employeur pour déterminer la valeur du travail et à isoler, dans cette équation, une éventuelle « variable interdite » liée au sexe de l'employé ; cette deuxième méthode ne semble, en revanche, pas permettre de corriger un mode d'évaluation des fonctions ou un choix de critères comprenant des éléments sexistes. Sur le plan pratique, le choix de la méthode statistique - dans laquelle toutes les données de l'entreprise ou d'une partie d'entreprise sont prises en compte - rend inutile le passage préalable par une comparaison avec un « jumeau » ; cette méthode statistique devrait aussi éviter les problèmes liés à une comparaison avec un « jumeau » isolé trop favorisé.

En fonction de différents critères, notamment de la taille de l'entreprise, de la structure de la rémunération et des données disponibles, la doctrine préconise l'emploi de l'une ou de l'autre de ces méthodes, voire une combinaison des deux méthodes²⁴.

Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral n'a pas rendu d'arrêt de principe sur la méthode d'expertise à utiliser dans les litiges relatifs à l'égalité salariale. Dans l'affaire qui a fait l'objet de l'ATF 130 III 145 et des arrêts 4P.253/2002 et 4P.205/2003 du 22 décembre 2003, le Tribunal fédéral, sans analyser dans l'absolu la question du choix de la méthode d'expertise, a confirmé un arrêt cantonal vaudois qui, après avoir écarté une première expertise analytique favorable à l'employeur, s'était fondé sur une deuxième expertise économique favorable à la plaignante ; dans cette affaire, la procédure avait mis en

²² SCHÄR MOSER/BAILLOD, p. 27-28 et p. 29 ss.

²³ SCHÄR MOSER/BAILLOD, p. 28 et p. 60 ss ; pour un plaidoyer en faveur de cette méthode, FLÜCKIGER, p. 1340 ss.

²⁴ SCHÄR MOSER/BAILLOD, p. 96 ss .

évidence les faiblesses méthodologiques de l'expertise analytique²⁵. Dans un autre arrêt du 10 juillet 2007, le Tribunal fédéral, toujours sans analyser la question du choix de la méthode d'expertise, a cassé un arrêt cantonal qui reprenait les conclusions d'une expertise analytique défavorable à une plaignante au motif que cette expertise était arbitraire²⁶.

Au-delà des questions liées à la qualité de l'expertise figurant au dossier, il serait opportun que le Tribunal fédéral, dans un arrêt de principe, examine les enjeux liés au choix de la méthode d'expertise et fixe des lignes directrices claires en la matière.

C. Questions liées à l'exécution de la mission d'expertise

Quelle que soit la méthode choisie, dans l'exécution de son mandat, l'expert est amené à conduire une forme d'instruction parallèle à celle du juge en examinant des pièces (cahiers des charges, contrats, fiches de salaire, etc.), en recueillant des explications des parties, voire de tiers (en particulier des autres employés). Comme les parties sont en litige, des contestations interviennent inmanquablement à propos de ces éléments recueillis par l'expert. A titre d'exemples, les cahiers des charges produits peuvent ne plus correspondre à la réalité, des employés peuvent garder un titre de « cadre » sans exercer de responsabilité correspondante, la plaignante peut avoir tendance à surévaluer ses responsabilités ou l'employeur peut avoir tendance à surévaluer les responsabilités du « jumeau ».

Selon le Tribunal fédéral, lorsque l'expert se fonde sur des déclarations, il doit préciser de qui elles émanent et quels éléments il tient pour déterminants. En vertu du droit d'être entendu, les parties doivent être en mesure de requérir l'audition par le juge des personnes entendues par l'expert ou leur récolement, à supposer que des incertitudes émanent d'édites déclarations²⁷. Dans un arrêt du 10 juillet 2007, le Tribunal fédéral s'est ainsi posé la question du respect du droit d'être entendu de la plaignante en raison du caractère obscur des éléments sur lesquels une experte s'était fondée :

« En l'occurrence, l'experte a écrit dans son rapport que pour mieux comprendre les différentes tâches accomplies par la demanderesse, C. _____ et D. _____, elle a réalisé treize entretiens avec divers collaborateurs des défenderesses (cf. p. 2/3 et p. 6 *in fine* du rapport d'avril 2006). Elle a ainsi entendu la recourante et les deux prénommés, cinq "autres employés", quatre responsables et, apparemment ensemble, deux employés des ressources humaines. On ne trouve pas trace dans le rapport d'expertise du moindre résumé de ces différentes déclarations. Interrogée à ce propos lors de son audition du 14 septembre 2006 devant la Cour d'appel, l'experte a déclaré, si on la comprend bien, qu'elle

²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4P.205/2003 du 22 décembre 2003, consid. 2.2.

²⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_77/2007 du 10 juillet 2007, consid. 4.3 et 4.4.

²⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_77/2007 du 10 juillet 2007, consid. 4.2.1 et les références citées.

n'avait pas voulu rattacher à des personnes déterminées les déclarations effectuées "afin de respecter la confidentialité" (cf. procès-verbal de l'audition de l'experte, p. 3).

Il appert que la plupart de ces personnes avaient été entendues précédemment comme témoins par le Tribunal des prud'hommes (cf. procès-verbal de l'audition de l'experte, p. 2 *in initio*). Partant, on peut très sérieusement se demander si la manière de procéder de l'experte, qui a eu pour résultat de priver la demanderesse de soulever les éventuelles contradictions pouvant survenir entre les dires qu'une même personne a articulés devant le juge et devant la psychologue, ne constitue pas une entorse au droit d'être entendue de la recourante. »²⁸

Dans la méthode analytique, l'expert, qui est généralement un psychologue du travail, est amené à évaluer la valeur du travail effectué par des personnes pouvant exercer des professions les plus diverses (des juristes, des ingénieurs, des économistes, ...). Comme, il est très délicat d'évaluer objectivement la difficulté du travail effectué par un tiers exerçant une autre profession que soi et l'ampleur de ses responsabilités, le résultat de l'expertise pourra souvent être mis en cause. Dans l'arrêt précité du 10 juillet 2007, le Tribunal fédéral s'est par exemple rendu compte que l'évaluation par l'experte de la difficulté du travail d'un juriste n'était pas très crédible :

« Selon le rapport de l'experte, le travail de C. _____ au service du contentieux exigeait des "connaissances juridiques pointues" (cf. p. 8 du rapport d'expertise, ch. 3.2). En outre, il prenait, contrairement à la demanderesse, des décisions ayant un enjeu financier important pour les intimées ; et l'experte de dire que sont tout particulièrement significatives à cet égard "les mains levées d'opposition (sic)" (cf. p. 10 *in fine* de son rapport). (...)

A cela s'ajoute que l'expérience judiciaire enseigne qu'il n'est nul besoin d'avoir des connaissances juridiques étendues pour s'occuper de mainlevées d'opposition, lesquelles sont soumises à la procédure sommaire (art. 25 ch. 2 LP²⁹). A ce sujet, N. _____, qui avait un poste de juriste auprès des défenderesses, a exposé que l'ensemble des personnes du service contentieux était habilité à s'occuper des mainlevées et qu'il y avait des "masques", c'est-à-dire des modèles préétablis, pour rédiger les requêtes. Cette juriste a enfin affirmé que C. _____ s'adressait à elle pour toutes questions ayant trait à l'application du droit. »³⁰

Il n'est pas certain que, confronté à une expertise concernant un ingénieur plutôt qu'un juriste, le Tribunal fédéral ait pu se rendre compte du caractère peu convaincant des conclusions d'un expert. Pour aboutir à un résultat sérieux, il devrait donc être exigé de

²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_77/2007 du 10 juillet 2007, consid. 4.2.2

²⁹ Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) du 11 avril 1889, RS 281.1.

³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_77/2007 du 10 juillet 2007, consid. 4.3.2.

l'expert pratiquant la méthode analytique qu'il s'entoure d'auxiliaires connaissant directement la branche et l'activité exercée par chacune des personnes entrant en ligne de compte dans la comparaison.

IV. Conclusions et pistes

Les quelques réflexions qui précèdent ont démontré que le procès individuel en égalité salariale est une aventure longue³¹ et périlleuse dont l'issue est incertaine³². En outre, même si la dispense des frais judiciaires est prévue par les articles 113 al. 2 lit. a et 114 lit. a CPC, cette aventure peut être coûteuse, car les plaignantes doivent prendre en charge les frais de leur avocat et risquent, en cas d'échec de leur demande, de devoir payer des dépens à leur employeur³³. Enfin, même si la loi est sensée protéger les personnes qui font valoir leurs droits, cette aventure peut être stigmatisante pour les plaignantes³⁴.

Comme les écarts salariaux entre femmes et hommes sont persistants, en particulier dans les fonctions élevées³⁵, il importe que la loi permette la mise en œuvre effective de l'égalité salariale entre femmes et hommes dans les entreprises. Les écueils procéduraux et les risques mis en évidence justifient donc que l'on réfléchisse à d'autres pistes, notamment au recours à des instruments étatiques de contrôle et de mise en application de l'égalité salariale³⁶. Il serait en particulier envisageable de donner à des autorités étatiques, telles que les bureaux de l'égalité, la qualité pour agir en procédure civile. Il pourrait aussi être judicieux que des droits de participation en matière d'égalité entre femmes et hommes soient introduits dans la loi sur la participation³⁷ pour que la mise en œuvre de l'égalité se réalise au sein des entreprises ; cela supposerait toutefois un renforcement des prérogatives

³¹ L'ATF 130 III 145 du 22 décembre 2003 constitue par exemple l'issue d'une demande en justice déposée le 22 mai 1996.

³² En raison notamment de ces incertitudes, les litiges en matière d'égalité, quand ils sont entamés, se terminent souvent par des transactions.

³³ En application de l'art. 116 CPC, les cantons peuvent prévoir des dispenses de frais plus larges et exclure l'allocation de dépens à la charge de la partie qui succombe ; dans le canton de Genève, l'article 22 al. 2 LaCC prévoit ainsi qu'il n'est pas alloué de dépens ni d'indemnité pour la représentation en justice dans les causes soumises à la juridiction des prud'hommes (cette règle s'applique dans les procès en égalité tant en première qu'en deuxième instance).

³⁴ JACCOTTET TISSOT, p. 1514 ss, ch. 3 ; en pratique, les procès en matière d'égalité sont le plus souvent ouverts après une démission ou un licenciement.

³⁵ OFS 2015.

³⁶ MULLER/ITIN/SCHWENKEL, Interface, rapport du 24 octobre 2013.

³⁷ Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993 (Loi sur la participation), RS 822.14.

et des moyens alloués aux représentations des travailleurs et une réelle protection des membres de ces dernières contre les licenciements pendant la durée de leur mandat³⁸.

Dans le cadre procédural actuel, il serait judicieux de privilégier les procédures de conciliation qui, en matière d'égalité, permettent l'administration de preuves – y compris l'expertise – ainsi qu'une certaine publicité dans une procédure de proposition de jugement (art. 203 al. 2 et 3 CPC en lien avec l'art. 210 al. 1 lit. a CPC). Dans les procédures au fond, il serait souhaitable d'éviter le passage préalable obligé par la comparaison avec un « jumeau » et de pouvoir débiter d'emblée par un examen global de la politique salariale de l'entreprise au regard de l'exigence de l'égalité entre femmes et hommes et par la mise en œuvre d'une expertise.

V. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : CLEg-AUTEUR).

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/KAUFMANN CLAUDIA, Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000 (cité : CLEg 2000-AUTEUR).

CONSEIL FÉDÉRAL, 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 fédérale, FF 1993 I 1163 (cité : Message LEg).

FLÜCKIGER YVES, Approche économique des discriminations salariales et de l'évaluation des dommages subis, *in* : AJP/PJA 11/2011 p. 1340 ss.

MULLER FRANZISKA/ITIN ARIANE/SCHWENKEL CHRISTOF/WYTTEBACH JUDITH/RITZ ADRIAN, Instruments étatiques de contrôle et de mise en application permettant de réaliser l'égalité des salaires, rapport établi à l'attention de l'OFJ et du BFEG, 24 octobre 2013, Interface, Université de Berne, *in* : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gleichstellung/ber-interface-f.pdf> (consulté le 22.11.15) (cité : MULLER/ITIN/SCHWENKEL, Interface, rapport du 24 octobre 2013).

JACCOTTET TISSOT CATHERINE, Les procès en égalité : De l'exigence de justice à la pratique, *in* : AJP/PJA 12/20014, p. 1514 ss.

³⁸ A l'heure actuelle, les représentations des travailleurs, malgré les prérogatives qui leur sont reconnues sur de nombreuses questions (cf. art. 9 et 10 de la loi sur la participation), jouent en pratique un rôle très restreint dans l'application du droit du travail ; à l'exception de la question des licenciements collectifs, il n'existe d'ailleurs quasiment aucune jurisprudence relative à la loi sur la participation.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, Communiqué de presse de l'Office fédéral de la statistique du 21 août 2015 (cité : OFS 2015).

SCHÄR MOSER MARIANNE/BAILLOD JURG, Discriminations salariales et instruments d'analyse, Berne 2006.

La discrimination salariale dans le canton de Vaud : problèmes choisis

Sommaire	Page
I. Introduction	191
II. L'égalité salariale dans la pratique	193
A. La personne de comparaison	193
B. L'expertise LEg : oui, mais avec quel expert ?	196
III. Conclusion	197
IV. Bibliographie	198

I. Introduction

Comment faire avancer l'égalité salariale et selon quel calendrier ? Tel est le titre de l'interpellation parlementaire déposée au Conseil National le 19 juin 2015, et non encore traitée à ce jour¹. Le texte déposé rappelle que les femmes continuent de gagner 18,9% de moins que les hommes à travail égal, soit 10.- fr. de moins par heure, différence estimée à 23% dans le secteur privé. Les chiffres évoqués montrent que la Suisse fait figure de mauvais élève en comparaison de la moyenne européenne, la différence salariale étant de 16,2% dans l'Union européenne et de 15,2% dans les pays de l'OCDE. « Dans son message à l'appui du programme de la législature 2011-2015, le Conseil fédéral reconnaît lui-même des lacunes et indique par exemple que "la hausse de la productivité du travail ne s'accompagne que d'une lente diminution des inégalités entre femmes et hommes en termes tant de statut professionnel que de revenu" », d'où la nécessité de renforcer les mesures visant à lutter contre les discriminations salariales à raison du sexe et à examiner

¹ Interpellation 15.3739 déposée par MARGRET KIENER NELLEN, Comment faire avancer l'égalité salariale et selon quel calendrier ?, http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20153739 (consulté le 3.11.2015).

les instruments supplémentaires susceptibles d'être mis en œuvre par les pouvoirs publics². Cela étant, la question salariale reste un tabou dans les entreprises³.

La présente contribution se propose de faire un petit point sur la situation dans le canton de Vaud et les problèmes rencontrés pour faire valoir judiciairement les inégalités salariales.

Les différents chiffres salariaux connus à ce jour, fondés sur l'enquête statistique suisse 2012, montrent de manière évidente des divergences hommes – femmes qui se retrouvent dans le canton de Vaud. Ainsi, dans le secteur privé vaudois, en 2012, le salaire médian des femmes est en retrait de 15% de celui des hommes, s'établissant à 5'320.- fr. contre 6'260.- fr. pour les hommes. Cela paraît important, même si l'écart s'est légèrement réduit depuis 2002 et peut probablement s'expliquer, dans une certaine mesure, par la répartition en termes de branches d'activité ou de position professionnelle. Ainsi, les hommes sont majoritaires dans les branches les plus rémunératrices alors que les femmes forment la part la plus importante des travailleurs dans les branches économiques où les salaires sont plus bas. Les écarts salariaux persistent quelle que soit la position hiérarchique, l'âge ou l'ancienneté. On notera toutefois que le salaire médian est plus haut dans le secteur public (administrations communales et cantonales, unités de la Confédération localisées dans le canton de Vaud et établissement de droit public)⁴.

Alors même que la Loi vaudoise d'application dans le canton de Vaud de la Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes⁵ prévoit qu'une copie de toute décision rendue dans le canton de Vaud en application de la LEG⁶ est envoyée au Bureau cantonal de l'égalité, celui-ci ne paraît être que très rarement informé du déroulement de causes liées à la loi sur l'égalité, et notamment à l'égalité salariale. Pourtant, il s'agit là du type de discrimination qui est le plus souvent invoqué, même si les causes vaudoises ne sont pas légion⁷. Les considérations des Autorités vaudoises dans une affaire où la discrimination salariale n'avait pas été retenue alors que la collaboratrice gagnait près de 30% de moins peuvent être considérées comme révélatrices de l'état d'esprit du canton de

² Mesure 112 du programme de législature 2011-2015, à laquelle se réfère l'interpellation 15.3739.

³ Telle est la remarque faite par Mme SYLVIE DURRER, directrice du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, accessible sur le portail PME de la Confédération suisse sous référence <http://www.kmu.admin.ch/aktuel/00524/04231/04406/index.html?lang=fr> (consulté le 3.11.2015).

⁴ Chiffres tirés de la publication de Statistique Vaud, Département des finances et des relations extérieures, *numerus*, hors-série, juin 2015.

⁵ LVLEg, du 24 juin 1996, RSV 173.63.

⁶ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), RS 151.1.

⁷ Cf. le site www.leg.ch (consulté le 25.11.2015), conçu par la Conférence romande de l'égalité pour faire connaître en particulier la jurisprudence en la matière.

Vaud dans ce domaine⁸ ; en particulier, l'autorité de première instance avait jugé suffisant que l'écart salarial ait été expliqué⁹.

II. L'égalité salariale dans la pratique

Le principe de l'égalité salariale, introduit dans la Constitution en 1981¹⁰, n'est pas récent ; il était d'ailleurs déjà appliqué dans les rapports de travail relevant du droit public antérieurement¹¹. Le toilettage de la Constitution fédérale n'a pas amené de changement marquant sur ce point, en théorie du moins : le problème reste toujours celui de la mise en application pratique du problème de l'égalité.

Dès son entrée en vigueur, la LEg a introduit une base légale à l'interdiction de discrimination salariale : l'art. 3, alinéa 2 prohibe clairement toute discrimination s'appliquant à la rémunération.

On ne s'étendra pas ici sur les différents éléments de la discrimination fondée sur le sexe en matière de rémunération¹². Pour se concentrer sur deux obstacles pratiques auxquels se heurte la mise en œuvre effective, par les tribunaux, de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes : le problème de la personne de comparaison, d'une part, et la difficulté de mettre en œuvre une expertise d'autre part.

A. La personne de comparaison

En matière de loi sur l'égalité et donc de discrimination salariale, le Code de procédure civile suisse¹³ prévoit une procédure qui sera, dans tous les cas simplifiée. Cela signifie en particulier que l'objet du procès est soustrait à la libre disposition des parties, le juge appliquant la maxime inquisitoire sociale, soit une maxime des débats atténuée dans le cadre de laquelle le tribunal amènera si nécessaire les parties à compléter les allégations insuffisantes et à désigner des moyens de preuves¹⁴.

⁸ VD, Chambre des recours civile I, arrêt du 17 février 2011 n°97/I, HC/2011/147.

⁹ Pourtant, il n'y a pas lieu d'appliquer ici la méthode « *comply or explain* ».

¹⁰ Art. 4, al. 2 aCst., RS 101.

¹¹ ATF 103 Ia 517.

¹² Sur cette notion, cf. en particulier CLEG-AUBRY GIRARDIN, *ad* art. 3, p. 76-88 et K GLG-FREIVOGEL, *ad* art. 3, p. 78-103.

¹³ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC), RS 272.

¹⁴ HALDY, p. 167, n° 583 et réf. citées.

Cela étant, les parties ne sont pas dégagées de l'obligation de donner aux juges les éléments appropriés qu'il s'agisse des faits ou des preuves. A cet égard, une des difficultés majeures pour la personne qui conduit un procès est de trouver le bon comparateur, soit l'employé de sexe opposé qui lui permettra d'établir la réalité de la discrimination dont elle se prévaut. Ce n'est pas chose facile, tant l'on sait que le salaire reste tabou et n'est généralement pas communiqué aux tiers. Dans la mesure où la différence de salaire atteint une fourchette de 15 à 25%, la personne touchée pourra bénéficier de l'atténuation du fardeau de la preuve fixée à l'art. 6 LEg, selon lequel l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que celui qui s'en prévaut la rende vraisemblable. Le degré de vraisemblance n'est pas fixé, mais le juge doit admettre la vraisemblance si la position de la partie requérante n'est pas tout simplement indéfendable ou hors de propos.

Cela étant, cette première appréciation du juge, si elle peut être déterminante dans la mesure où elle fait peser le fardeau de la preuve sur les épaules de l'une ou l'autre partie, n'a pas pour conséquence la perte du droit à invoquer l'inégalité salariale. L'art. 6 LEg postule au contraire un raisonnement en deux temps. Le juge examine tout d'abord s'il est ou non convaincu de la vraisemblance d'une discrimination ; s'il ne l'est pas, les règles ordinaires de preuves s'appliquent. S'il l'est, l'art. 6 LEg trouvera application et la position de la partie demanderesse sera facilitée puisqu'il appartiendra à l'employeur d'apporter la preuve stricte de la non-discrimination.

On discerne ici déjà une première difficulté : en l'absence d'indications strictes relatives au degré de vraisemblance, la position des juges va varier sensiblement et, avec elle, la possibilité ou non de se prévaloir de l'art. 6 LEg.

Par ailleurs, en pratique, cette manière de faire en deux temps se concilie mal avec la procédure simplifiée dans le cadre de laquelle les causes devraient être liquidées autant que possible lors de la première audience¹⁵. On ne saurait trop recommander à la partie demanderesse de motiver sa demande, même si l'art. 244, alinéa 2 CPC ne l'exige pas : les éléments qu'elle indiquera, et les pièces dont elle prendra soin de requérir la production seront indubitablement utiles à donner au juge un aperçu de la situation avant la première audience. A cet égard, on peut songer notamment à la politique salariale de l'employeur, dont l'inexistence le desservira même dans une petite structure ; l'organigramme de l'entreprise, les cahiers des charges disponibles sur l'intranet seront autant d'éléments pertinents pour établir le bien-fondé de la comparaison dont on veut se prévaloir, en gardant à l'esprit que le juge n'aura peut-être pas toujours les connaissances spécifiques pour se prononcer, même sous l'angle de la vraisemblance, sur l'adéquation du comparateur.

¹⁵ Art. 246 al. 1 CPC.

Une difficulté majeure à laquelle peut se heurter la partie demanderesse est de se voir discriminée sous l'angle salarial non seulement comme femme, mais également en raison d'une autre caractéristique (nationalité, race...). Dans un tel cas, la comparaison avec un homme qui ne présente pas, lui aussi, ce deuxième élément potentiellement discriminant peut parfois être considérée comme inefficace par les tribunaux. Pourtant, aux termes de l'art. 9 de l'annexe I ALCP¹⁶, un travailleur salarié ressortissant d'une partie contractante ne peut, sur le territoire de l'autre partie contractante, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux salariés en ce qui concerne des conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération. Il s'ensuit cette conséquence logique en théorie, mais pas toujours appliqué en pratique, que les salariées frontalières ne sauraient se voir proposer/imposer des conditions de rémunération différentes ni des salariés frontaliers (sous l'angle de la comparaison LEg), ni des salariés et salariées suisses, dans le cadre d'un examen des dispositions de l'ALCP, combiné avec les exigences de la LEg dans le dernier cas de figure.

Le problème du comparateur est particulièrement aigu dans les actions où est invoquée la discrimination du fait du caractère féminin de la profession ; il s'est posé en lien avec la réforme du système salarial du canton de Vaud¹⁷, notamment dans le cadre de la classification de l'enseignement, largement féminin, de certaines branches. Les actions intentées émanaient toutefois de particuliers et non d'associations au sens de l'art. 7 LEg, pratiquement lettre morte dans le canton.

Faire valoir la discrimination salariale est un droit individuel¹⁸, qui ne suppose pas la comparaison du groupe favorisé (par hypothèse homme) et défavorisé (par hypothèse femme), mais bien celle de deux personnes dont les situations sont suffisamment semblables pour être confrontées. C'est ainsi qu'un employeur ne pourra pas se prévaloir du fait qu'il a voulu favoriser seulement un collaborateur pour des raisons qui lui sont propres¹⁹.

¹⁶ Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 (ALCP), RS 0.142.112.681.

¹⁷ Introduction de Decfo-Sysrem en décembre 2008, *in* : DEPARTEMENT DES FINANCES ET DES RELATIONS EXTERIEURES, Rapport méthodologique, p. 7-10.

¹⁸ K GLG-FREIVOGEL, n° 74, *ad* art. 3.

¹⁹ Cela résulte du raisonnement du Tribunal fédéral dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011 ; cf. également ATF 127 III 207 consid. 5c.

B. L'expertise LEg : oui, mais avec quel expert ?

Au moment où le juge a constaté qu'une inégalité salariale est vraisemblable, au sens indiqué ci-dessus, il devra, s'il ne s'estime pas en mesure de trancher de l'équivalence des postes ou des conditions de travail, commettre un expert²⁰. Généralement combattue par la partie employeur, cette mesure apparaît souvent déjà comme une demi-victoire à l'employé. Pourtant, le plus difficile reste à faire : trouver un expert.

A cet égard, la tâche est double : il faut d'abord déterminer selon quelle méthode l'expertise devra être menée, soit de manière analytique²¹, si le nombre des postes de travail est d'une bonne cinquantaine, ou s'il y a lieu de recourir à la statistique, selon l'analyse de régression²². Le choix de la méthode dépendra dans une large mesure de la taille de l'entreprise à évaluer, l'analyse économico-statistique étant en principe réservée à une entreprise de 50 employés au minimum²³.

Il conviendra ensuite de trouver un expert ayant les connaissances nécessaires au vu de la méthode à appliquer, qui s'exprime en français pour pouvoir converser aisément avec les parties²⁴ et qui accepte le mandat confié. Dans certaines affaires, les quelques experts connus du Tribunal et des parties déclinent tour à tour le mandat et il faut parfois plus d'une année pour parvenir à trouver une personne qui accepte de se charger de la mission dont le juge l'investira. A cet égard, on ne peut que souhaiter la mise sur pied d'une formation qui permette ensuite de trouver plus aisément des personnes aptes à fonctionner

²⁰ ATF 133 III 545, consid. 4.3, où le TF a reproché à l'autorité cantonale de s'être considérée comme capable d'établir l'équivalence des tâches.

²¹ Par exemple sur la base de la méthode ABAKABA (*Analytische Bewertung von Arbeitstätigkeiten nach Katz und Baitsch : Evaluation analytique du travail selon Katz et Baitsch*), qui permet l'évaluation scientifique du travail pour déterminer la valeur d'une fonction et donc établir la valeur comparative des différentes fonctions.

²² Alors même qu'elle fait actuellement l'objet de critiques au niveau du parlement (cf. Postulat 14.3388 de M. RUEDI NOSER Egalité salariale. Améliorer la pertinence des statistiques, http://www.parlament.ch/e/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20143388, consulté le 9.12.2015), la méthode a été avalisée par le Tribunal Fédéral dès l'arrêt du 22 décembre 2003, ATF 130 III 145, consid. 6.3. Dans son rapport du 18 novembre 2015 répondant au postulat NOSER, et se fondant sur le rapport final de l'étude mandatée par le BFEG, le Conseil fédéral est parvenu à la conclusion que les modèles d'analyse de la statistique nationale comme celui de l'analyse de régression sont appropriés pour atteindre leurs objectifs respectifs. (cf. site du BFEG, <http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00068/00646/index.html?lang=fr>, et <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=59529>, consultés le 9.12.2015)

²³ www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/egalite/egalite-entre-femmes-et-hommes/vie-professionnelle/ouils-pour-les-entreprises/analyse-salariale-logib/ (consulté le 25.11.15).

²⁴ Cette exigence réduit encore terriblement le cercle des personnes disponibles.

comme expert, sans obliger les parties à attendre de longs mois, avec les conséquences que l'on imagine sans autre en matière de preuves.

Dans sa tâche, l'expert pourra se voir confier le soin de définir dans quelle mesure les différents paramètres déterminants pour la fixation du salaire justifient ou non l'écart de salaire ; depuis 2009 en effet, le TF a nuancé sa position en ce sens qu'il convient d'examiner la différence salariale sous l'angle de proportionnalité et de déterminer, sur la base de ce principe, le salaire non discriminatoire²⁵.

III. Conclusion

A l'heure de faire un bilan pour les 20 ans d'application de la LEg, le constat n'est pas encore très réjouissant sous l'angle de l'égalité salariale dans le canton de Vaud. Seules deux entreprises ont participé au Dialogue sur l'égalité des salaires²⁶ et six ont obtenu la certification *Equal-salary*²⁷. Le logiciel *Logib*, instrument permettant de vérifier l'égalité salariale proposé par la Confédération²⁸, permet de faire une analyse générale de la situation. Malheureusement, le recours aux tribunaux, que la LEg voulait faciliter, reste une démarche pénible et périlleuse ; la durée de la procédure, les difficultés liées à l'expertise, la crainte d'être stigmatisées sur le marché du travail mais surtout d'être désavouées par les juges sont autant d'éléments qui découragent les demanderesse.

Ce bilan vaudois n'est toutefois pas un cas isolé et c'est bien la raison pour laquelle l'Office fédéral de la justice travaille sur un projet de loi qui devrait poser des mesures contraignantes pour garantir le respect de l'égalité. En l'absence d'une prise de conscience du problème, faudra-t-il avoir recours à l'amende pour transposer dans les faits le principe, déjà sexagénaire²⁹ du salaire égal à travail égal ou de valeur égale ?

²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_449/2008 du 25 février 2009.

²⁶ www.dialogue-egalite-salaires.ch (consulté le 25.11.15).

²⁷ www.equalsalary.org/fr/about-equal-salary/certified-companies/ (consulté le 25.11.15).

²⁸ www.logib-etape-par-etape.ch (consulté le 25.11.2015)

²⁹ Notamment l'art. 2 de la Convention n° 100 de l'OIT du 29 juin 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale, du 21 juin 1951, entrée en vigueur pour la Suisse le 25 octobre 1973 (RS 0.822.720.0).

IV. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : CLEg-AUTEUR).

DÉPARTEMENT DES FINANCES ET DES RELATIONS EXTÉRIEURES DU CANTON DE VAUD, La nouvelle politique salariale, Du système de classification des fonctions au système de rémunération, du 1^{er} décembre 2008, Rapport méthodologique, novembre 2009, http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/etat_droit/personnel_etat/fichiers_pdf/Rapport_POLSAL_Methodo_nov2009.pdf (consulté le 3.12.2015) (cité : DÉPARTEMENT DES FINANCES ET DES RELATIONS EXTÉRIEURES, Rapport méthodologique)

HALDY JACQUES, Procédure civile suisse, Bâle 2014.

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (éd.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Bâle 2e éd. 2009 (cité : K GLG-AUTEUR).

SCHÄR MOSER MARIANNE/BAILLOD JÜRIG, Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung. Orientierungshilfe für die juristische Praxis, Berne 2006.

Troisième partie – La mesure de la discrimination salariale et les contrôles

Dritter Teil – Die Messung von Lohndiskriminierung und die Kontrollen

YVES FLÜCKIGER

Expertise en matière de discrimination salariale : le point de vue économique

Sommaire	Page
I. Introduction	201
II. Expertise à l'origine de l'ATF 130 III 145	203
III. Des analyses volontaires préventives	206
A. Grande entreprise caractérisée par une multitude de fonctions	206
B. Entreprise caractérisée par une part importante du salaire au mérite	209
C. Le cas d'une petite entreprise active dans un secteur employant un personnel peu qualifié	209
IV. Les approches certificatives	210
A. Les différences entre <i>Logib</i> et <i>Equal Salary</i>	211
B. Un exemple d'utilisation d' <i>Equal Salary</i>	212
V. Expertises juridiques	213
A. PME avec moins de 50 employés	213
B. Absence de discrimination salariale et soupçon de discrimination à la promotion	219
VI. Conclusions	220
VII. Bibliographie	221

I. Introduction

L'équité est une condition de l'efficacité. Ainsi, la productivité individuelle d'un travailleur dépend de sa qualification et de son effort au travail, mais aussi d'autres éléments comme la productivité des autres employés, l'organisation du travail, son environnement et la qualité des infrastructures. Elle est aussi liée à la perception que l'individu a de son entreprise. Si celle-ci offre des conditions de travail respectueuses des droits des employés et, plus généralement, conformes aux principes d'équité, la productivité de son personnel s'en trouvera accrue en raison de l'effet que cette conformité exerce sur sa motivation.

Plus généralement, une réduction des discriminations de fait dans le domaine des salaires est en mesure d'accroître l'efficacité globale de l'économie. Dans ce contexte, il faut identifier les inégalités inefficaces et injustes qui doivent être combattues, développer les formes d'équité qui sont un facteur d'efficacité accrue et trouver le niveau acceptable d'inégalités (ou de différences) susceptibles d'assurer au demeurant le dynamisme de l'économie.

En Suisse, l'article 8 alinéa 3, 3^e phrase de la Constitution fédérale¹ prévoit que « [l]'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. » La Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes² concrétise cette norme constitutionnelle en interdisant toute discrimination entre les sexes en matière notamment de rémunération³.

La mise en œuvre effective de ce principe se heurte cependant à des obstacles comme en attestent les inégalités qui existent aujourd'hui encore entre les femmes et les hommes sur le marché du travail. Elles ne se manifestent pas seulement au niveau des salaires. Elles existent aussi au niveau du taux et de la durée du chômage ainsi que de la probabilité de retrouver un emploi, de la répartition des femmes et des hommes entre les différents secteurs d'activité et de leur chance d'obtenir une promotion ou de suivre une formation continue. Finalement, les inégalités se manifestent au niveau du type d'emploi occupé. Certes les choses ont changé au cours des dernières décennies, en partie grâce à l'accroissement de la participation féminine au marché du travail. Mais il reste encore bien du travail à accomplir pour que l'on puisse parler réellement d'égalité des chances entre les femmes et les hommes en Suisse.

De ce point de vue, il est important de bien distinguer inégalités et discriminations. Non seulement parce que ces deux termes sont souvent confondus par les médias, mais aussi parce que la priorité absolue doit être accordée à la lutte contre toute forme de discrimination.

Les premières reflètent des différences dans les réponses individuelles à des opportunités identiques. Ainsi, toutes les personnes ne choisissent pas d'investir dans leur formation post-obligatoire. Ces différences de choix se traduisent dès lors par des inégalités salariales qu'il ne s'agit pas d'éliminer car elles créent les incitations à se former ce qui à terme favorise la croissance économique.

Les inégalités destructives, assimilables à la discrimination, sont en revanche liées à des privilèges de personnes qui sont déjà avantagées et qui bloquent le potentiel productif des personnes moins aisées ou défavorisées. Associées à des inégalités d'opportunité, elles

¹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

² Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), RS 151.1.

³ Art. 3 LEg.

contribuent à réduire l'efficacité économique et la croissance. Elles sont donc à la fois inefficaces et inéquitables et elles doivent être combattues pour ces deux raisons.

Si du point de vue conceptuel, cette distinction est simple, elle est en revanche beaucoup plus compliquée à opérationnaliser. C'est sans doute une des raisons pour lesquelles, pendant trop longtemps, les cas de discrimination salariale portés devant les tribunaux ont été fréquemment rejetés. En effet, sauf à trouver une situation bien hypothétique où, dans la même entreprise, un homme et une femme, par ailleurs parfaitement similaire hormis leur genre, gagnent des salaires différents, il existe toujours des disparités entre les profils individuels qui pourraient être employées pour justifier des inégalités de salaires. Fussent en raison de l'expérience acquise sur le marché du travail, des années d'ancienneté ou du niveau de formation, pour ne citer que quelques exemples, il existe toujours des différences entre des hommes et des femmes susceptibles d'être utilisées pour tenter d'« expliquer » des inégalités salariales.

C'est la raison pour laquelle les analyses que j'ai pu conduire sur cette question, en y apportant une méthode fondée sur une approche positive, ont contribué à faire avancer cette question si cruciale pour l'équité du système économique. L'objectif de ce chapitre est triple. Il vise à présenter, en premier lieu, l'approche employée pour détecter les cas de discriminations éventuelles. Il entend d'autre part donner une image de la diversité des cas soumis en justice. Il souhaite finalement montrer qu'au-delà de cette diversité, il existe toujours une même méthode qui peut être employée soit dans une optique répressive⁴, préventive ou certificatrice.

Pour ce faire, je commencerai en premier lieu par présenter l'expertise que j'ai réalisée dans le cas de l'affaire qui a conduit à un important arrêt du Tribunal fédéral⁵. Je présenterai ensuite quelques cas qui ont fait suite à cette décision du TF laquelle a été appliquée notamment dans le domaine préventif, tout d'abord, puis, dans le chapitre IV, dans celui de la certification. Finalement, dans le chapitre V, je présenterai d'autres cas traités devant des tribunaux mais qui se distinguent par certaines caractéristiques qui en ont fait des cas emblématiques.

II. Expertise à l'origine de l'ATF 130 III 145

Cette affaire qui est à l'origine de l'arrêt susmentionné du Tribunal fédéral⁶ se réfère à une entreprise financière ayant engagé, au milieu des années 90, une femme au chômage

⁴ Cas soumis à la justice.

⁵ ATF 130 III 145.

⁶ ATF 130 III 145.

résidant dans un autre canton. Dans sa plainte, la demanderesse compare son salaire à celui d'un homme occupé dans la même entreprise lequel accomplit selon elle un travail de « valeur identique ». Les analyses faites par un premier expert concluent à l'absence de toute discrimination, examen que la demanderesse rejette en demandant une expertise économique complémentaire que j'ai eu le privilège d'effectuer. Il convient de relever à ce propos que le premier expert arrive à sa conclusion de non-discrimination principalement en raison du fait que la demanderesse a un profil différent de l'employé auquel elle se compare ce qui justifierait, selon lui, un traitement salarial différencié. En revanche, il ne se prononce pas sur le montant de la différence qui serait justifié au regard des disparités observées dans les deux profils considérés. C'est en ce sens que son expertise était manifestement insuffisante, une lacune que l'expertise que j'ai effectuée a permis de pallier.

La première partie de mon expertise s'est attachée à examiner la politique salariale, d'embauche et de promotion du personnel au sein de l'entreprise incriminée pour collecter le cas échéant des éléments susceptibles de constituer de présomptions d'inégalité de traitement. De ce point de vue, nous avons pu faire les observations suivantes :

1. Le pourcentage de personnel féminin occupé au sein de la défenderesse était largement et significativement inférieur à celui observé au niveau de l'ensemble du secteur de référence défini à partir de l'activité de l'entreprise concernée. Cette sous-représentation des femmes était particulièrement patente au sein du personnel opérationnel de l'entreprise incriminée qui ne comptait dans ses rangs aucune femme sur une équipe de 50 personnes !
2. De surcroît, au niveau du marché du travail de référence, il existait de fortes différences dans les positions hiérarchiques occupées par les femmes et les hommes. Ainsi, 47,2% des femmes occupées dans ce secteur de référence n'avaient aucune responsabilité quelconque, un pourcentage qui, au sein de la défenderesse, s'élevait à plus de 83% !
3. Ces différences étaient encore confirmées par les inégalités de salaires plus fortes au sein de l'entreprise que dans le marché de référence.

Ces données relatives à la représentation et à la répartition de la population féminine et masculine au sein de la défenderesse ne constituent pas en soi des preuves que nous avons utilisées à l'encontre de la défenderesse. Elles fournissaient néanmoins une première information indiquant que la défenderesse ne faisait pas preuve d'une grande ouverture face à la participation des femmes dans la vie active. Or, le fait que les femmes soient peu nombreuses et concentrées dans des postes subalternes peut constituer un terrain favorable pour une pratique discriminatoire à l'encontre du personnel féminin.

Sur la base de ces éléments qui instituaient l'évidence d'une présomption, renforcée par les éléments du dossier soumis par la plaignante, le fardeau de la preuve a été renversé ce qui a obligé l'entreprise concernée à nous livrer toutes les données pertinentes pour fixer

ses salaires. Pour savoir si la politique salariale mise en œuvre par l'entreprise incriminée contribue effectivement à établir une discrimination entre le personnel féminin et masculin, nous avons donc effectué une estimation de l'équation de salaire basée sur l'ensemble du personnel employé par la défenderesse en utilisant, et c'est très important à relever, les variables que la défenderesse jugeait elle-même pertinentes pour fixer ses salaires.

Sans entrer dans les détails de cette estimation, nous avons pu constater que le caractère prédictif de notre estimation était très élevé ce qui était assez remarquable compte tenu de la division du personnel de l'entreprise en deux groupes assez nettement distincts. La conclusion principale de cette analyse était que la variable relative au genre confirmait la présomption de discrimination salariale pratiquée à l'encontre du personnel féminin. Toutes choses égales par ailleurs, la défenderesse offrait des rémunérations moins élevées à son personnel féminin que celles qu'elle accordait à ses employés masculins. A ce propos, il est intéressant de souligner que la pénalité qui frappait le personnel féminin de la défenderesse était significativement plus élevée que la discrimination observée au niveau du marché de référence dans lequel l'entreprise était active (la finance). Ce résultat constituait indéniablement une circonstance aggravante à l'encontre de l'entreprise en question.

Pour vérifier la pertinence de notre approche, nous avons appliqué les résultats de notre estimation à l'employé auquel la demanderesse se comparait. En procédant de la sorte, nous avons pu établir le niveau de rémunération annuelle brute prédit par notre méthode pour cet employé. Celle-ci s'élevait à 194'531 fr., montant qui correspondait à très peu de choses près au salaire obtenu par ce collègue masculin au sein de l'entreprise incriminée, soit 196'264 fr. selon les données transmises par la défenderesse. Ce résultat a permis de démontrer que notre estimation constituait un outil extrêmement précis et très performant pour évaluer les salaires auxquels les employés de la défenderesse pouvaient prétendre. Il n'y avait dès lors pas de raison, toutes choses égales par ailleurs, de ne pas l'appliquer à la demanderesse.

En utilisant la même approche, nous avons donc déterminé le salaire auquel la demanderesse aurait pu prétendre compte tenu de ses caractéristiques personnelles et notamment, de sa formation, de son expérience et de sa position hiérarchique au sein de la défenderesse. Le calcul effectué a permis d'estimer cette rémunération qui aurait dû s'élever à 180'756 fr. Sur la base de ce résultat, nous avons pu chiffrer le montant du préjudice subi par la demanderesse.

La méthode que nous avons employée dans cette affaire pour examiner l'existence d'une éventuelle discrimination salariale présente l'immense avantage de reposer sur une approche systématique et « objective » des politiques salariales. Elle est également très précise comme en témoigne le résultat obtenu dans le cadre du procès pour lequel nous

avons effectué une expertise économétrique des salaires non-discriminants. Cette méthode est donc difficilement attaquable car elle laisse très peu de place à la subjectivité. C'est sans doute la raison pour laquelle elle a été validée par le Tribunal fédéral dans son arrêt. Elle a ensuite servi de base à des évaluations volontaires des politiques salariales appliquées par les entreprises. Elle a été aussi utilisée par des outils tels que *Logib* ou *Equal Salary* pour délivrer des certificats ou des attestations de conformité à la LEg dans des procédures d'adjudication publique. Finalement, elle a été employée dans d'autres affaires soumises à des tribunaux en matière de discrimination salariale.

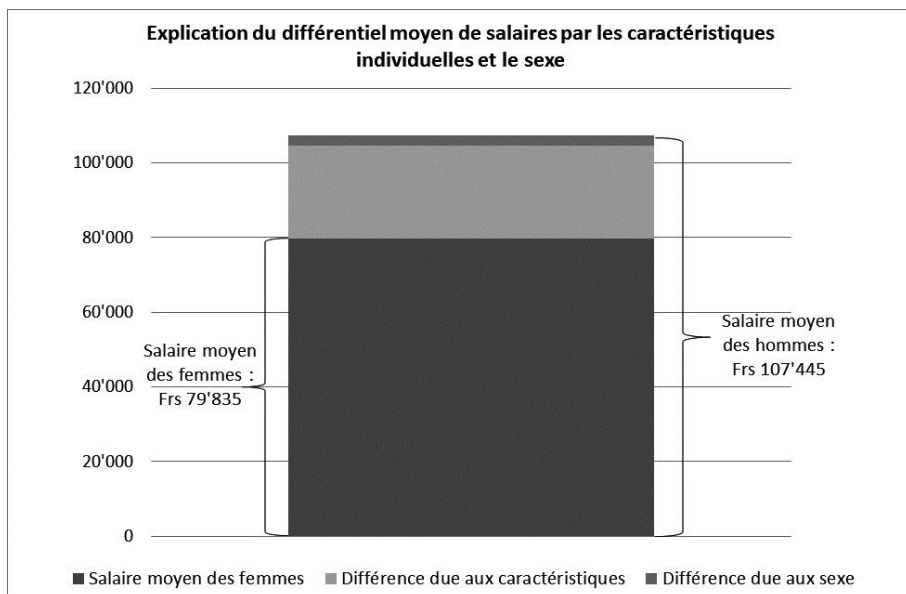
III. Des analyses volontaires préventives

A. Grande entreprise caractérisée par une multitude de fonctions

Dans les jours qui ont suivi l'annonce de l'arrêt du Tribunal fédéral⁷ qui déboutait l'entreprise condamnée en première instance à verser des dommages et intérêt à la demanderesse, j'ai été contacté par de nombreuses entreprises qui ont souhaité soumettre, de manière volontaire et préventive, leur politique salariale au test de la méthode employée dans l'affaire présentée précédemment qui a fait office de jurisprudence ouvrant grand la porte à bien des développements favorables pour améliorer l'équité salariale entre femmes et hommes sur le marché suisse du travail.

En particulier, nous avons reçu les données individuelles concernant 19'716 personnes employées dans une entreprise qui avait émis le souhait de se soumettre à cette analyse. Cela nous a permis d'observer des différences significatives, en grande partie non discriminatoires, entre femmes et hommes. En effet, bien que le sexe ait été un des facteurs explicatifs de ces différences salariales, les résultats que nous avons obtenus ont permis de montrer très clairement que le déterminant principal était la structure fonctionnelle adoptée par cette entreprise. La prise en compte de cette structure fonctionnelle conjointement à la région, l'âge, l'ancienneté, le rang hiérarchique et le sexe de la personne employée permettait d'expliquer près de 95% des écarts de salaire observés au niveau individuel comme le présente la figure suivante :

⁷ ATF 130 III 145.



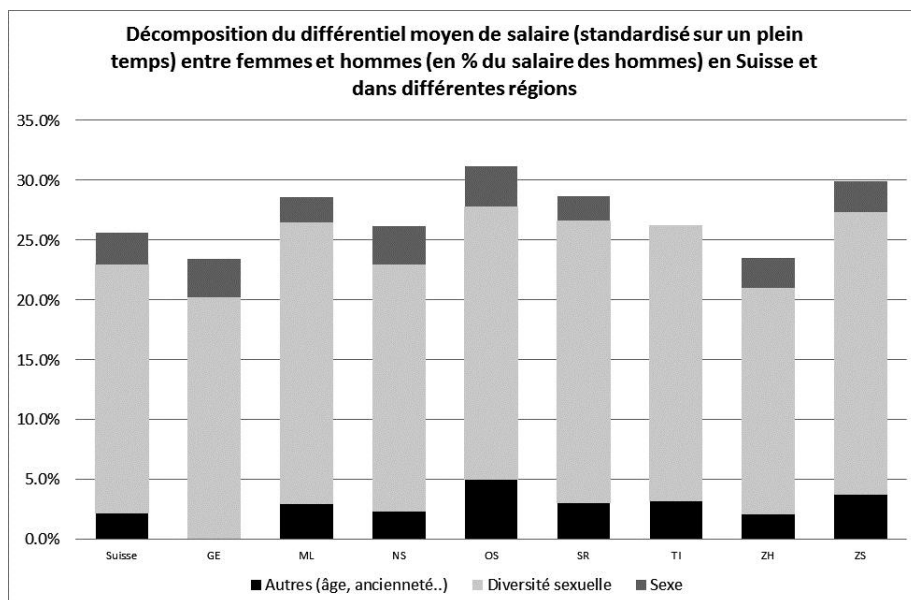
Cette figure synthétise les résultats de la décomposition du différentiel de salaire moyen entre femmes et hommes basée sur la méthode utilisée dans le cadre de l'ATF 130 III 145 à partir des salaires (bruts annuels standardisés à plein temps) en francs. Il existait alors au sein de l'entreprise une différence de 27'610 fr. (25,7% du salaire des hommes) entre le salaire masculin moyen (107'445 fr.) et le salaire féminin moyen (79'835 fr.). Une grande partie (24'727 fr., soit 23% du salaire des hommes) de ce différentiel pouvait s'expliquer par des différences en termes de région, d'âge, d'ancienneté, de taux d'activité, de la fonction et du rang hiérarchique. La différence résiduelle de 2'883 fr. représentait l'inégalité de salaire déterminée par le sexe. Cette différence discriminatoire correspondait ainsi à 3% du salaire des hommes. Une inégalité de salaire qui est en l'occurrence inférieure au seuil de tolérance de 5% prévue dans la mise en œuvre de l'article 8 alinéa 1 lit c de la loi fédérale sur les marchés publics⁸.

Nous avons également observé des différences régionales significatives et qui ne se limitent aucunement à de simples « primes » salariales pouvant être, par exemple, associées à des différences régionales en termes de coût de la vie.

Finalement, nous avons encore décomposé le différentiel moyen de salaire entre femmes et hommes, tant au niveau national que régional, en fonction du sexe de la personne, de ses autres caractéristiques (âge, ancienneté, taux d'activité) et également de la ségrégation

⁸ Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP), RS 172.056.1.

sexuelle caractérisant le poste que les personnes occupaient au sein de l'entreprise. Cette analyse nous avait permis de démontrer le poids prépondérant qu'occupait la répartition des femmes et des hommes au niveau de la structure fonctionnelle et hiérarchique sur les différences de salaires observées.



Il apparaissait ainsi qu'une très grande partie du différentiel moyen de salaire était associée à la distribution inégale des femmes et des hommes, principalement entre les différentes positions hiérarchiques. En d'autres termes, les femmes étaient assez largement concentrées dans des fonctions et/ou des positions qui étaient moins bien valorisées que celles où l'on trouvait une majorité d'hommes. Sur la base de cette méthode, le différentiel purement discriminatoire ne se montait plus qu'à 2,1% du salaire moyen des hommes au niveau national, alors qu'il atteignait 3,25% en Suisse orientale et était même inexistant au Tessin.

Un dernier résultat intéressant qu'il nous semble utile de relever c'est que, suite à cette analyse effectuée sur mandat, l'entreprise en question a ajusté les rémunérations de toutes les personnes qui avaient été identifiées dans la procédure comme étant potentiellement discriminées, sur la base du salaire auquel elles auraient pu prétendre selon la méthode validée par le Tribunal fédéral. En revanche, nous n'avons pas été en mesure de certifier que la mandante ne pourrait jamais plus devoir faire face à une action en discrimination après ces différentes corrections. En effet, elles ne pouvaient guère que protéger l'entreprise pour son passé mais pas pour son futur.

B. Entreprise caractérisée par une part importante du salaire au mérite

Le deuxième cas de démarche volontaire effectuée par une société de grande taille (1'458 employés), était intéressant pour nous parce que si les différences de rémunérations fixes entre hommes et femmes étaient à nouveau de l'ordre de 25%, avec une part discriminatoire de 1,8%, en tenant compte des fonctions exercées et de la position hiérarchique, les disparités les plus importantes étant cette fois-ci associées aux parts variables des salaires. Généralement, notre méthode ne peut pas traiter efficacement cette composante faute de disposer des informations objectives nécessaires pour comprendre la fixation de ces primes.

Or, dans le cas précis, l'entreprise avait pu nous livrer des données objectives permettant d'étudier cette composante variable. Le résultat sans doute le plus intéressant de cette analyse était associé au fait que nous avions des informations concernant les personnes qui avaient procédé aux évaluations utilisées pour fixer les primes. Cela nous a permis de constater qu'en l'espèce, le sexe de l'évaluateur avait un impact significatif sur la prime octroyée, les femmes ayant en l'occurrence plutôt tendance à pénaliser les employées !

C. Le cas d'une petite entreprise active dans un secteur employant un personnel peu qualifié

L'entreprise mandante nous avait fourni un fichier, sous format Excel, des fonctions et des salaires en vigueur au 1^{er} juillet 2004 pour 374 salarié(e)s. Les variables intégrées dans ce fichier étaient les suivantes : le lieu d'activité, la date de naissance, la date d'entrée en fonction, l'ancienneté, la date de sortie, la fonction exercée, le département, le sexe, le statut (collaborateur-trice fixe ou auxiliaire), le salaire horaire brut, le salaire brut mensuel fois 13, le taux d'activité.

Parmi les 374 salarié-e-s, 59 ont dû être exclu-e-s de l'analyse, parce qu'ils ou elles étaient des auxiliaires (22), apprenti-e-s et stagiaires (32), le reste étant exclu en raison de données manquantes ou erronées (5).

Il nous a semblé intéressant de mentionner cette liste pour plusieurs raisons. Tout d'abord parce que les informations fournies ne permettent pas toujours d'obtenir toutes les données souhaitées. Dans ce cas, il nous manquait le niveau de formation du personnel. D'autre part, il convient parfois d'éliminer des observations qui ne reflètent pas nécessairement la politique salariale de l'entreprise. En l'occurrence, nous avons délibérément choisi d'exclure les stagiaires, les apprenti(e)s et le personnel auxiliaire afin de concentrer notre analyse exclusivement sur la structure salariale appliquée au personnel fixe.

L'analyse que nous avons effectuée nous a permis de déterminer tout d'abord qu'avec les seules variables fournies par l'entreprise, notre modèle était en mesure d'expliquer 97,2% (!) des différences de salaires observées entre les personnes employées, ce qui démontrait à l'évidence que le niveau de formation ne jouait, dans ce cas, aucun rôle explicatif quelconque sur les inégalités de salaires compte tenu du très haut degré prédictif de notre modèle.

D'autre part, notre analyse avait permis de démontrer que le sexe avait effectivement une influence significative sur le salaire des personnes employées par l'entreprise mandante et ceci au détriment des femmes. En examinant séparément la population féminine et masculine employée, nous sommes parvenus à déterminer l'origine de cette différence de traitement. Elle provenait en particulier du fait que certaines fonctions (et notamment celle de gérant) étaient mieux rémunérées dans cette entreprise pour les hommes que pour les femmes. Notre examen nous avait permis de démontrer également qu'une deuxième source de différence salariale provenait de la valorisation de l'expérience accumulée par les femmes et les hommes.

De ce point de vue, deux interprétations sont possibles. La première consiste à penser que les femmes qui se présentent à un entretien d'embauche ne font pas valoir les expériences qu'elles ont pu accumuler dans d'autres postes de travail comme le font les hommes. On retombe là sur un argument fréquemment évoqué selon lequel les femmes seraient moins revendicatrices lors des entretiens d'embauche. La deuxième explication serait liée au fait que les femmes n'ont généralement pas eu l'occasion, à âge égal, d'accumuler autant d'expérience professionnelle que les hommes car elles ont tendance souvent à se retirer temporairement du marché du travail au moment de la naissance de leurs enfants.

IV. Les approches certificatives

Dans la foulée des analyses effectuées sur une base volontaire et préventive, une nouvelle approche s'est tout naturellement développée visant cette fois-ci à certifier les entreprises qui, au terme d'une analyse de leur politique des salaires, peuvent démontrer qu'elles pratiquent une politique qui pourrait être qualifiée de non discriminatoire ou qui au terme d'une analyse plus succincte, basée sur les variables contenues dans l'enquête sur la structure des salaires, peuvent faire état d'un coefficient de discrimination salariale inférieur à 5%. A ce propos, il est utile de préciser que le seuil de tolérance défini dans le contexte des marchés publics est utilisé aussi dans le cadre des approches certificatives.

La première approche a donné naissance au projet *Equal Salary* qui consiste, pour l'essentiel, à analyser des données individuelles fournies par des entreprises qui souhaitent se faire certifier comme pratiquant une politique salariale équitable.

La deuxième s'est traduite par le logiciel *Logib* construit sur la même méthode mais qui, parce que les résultats de cette approche doivent être mis en application de manière comparative, entre plusieurs entreprises qui souhaitent toutes pouvoir attester de leur équité afin de postuler à des marchés publics, doivent évidemment être jaugées sur une base commune, formée en l'occurrence des variables contenues dans l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS).

Cette nécessité rend évidemment l'approche un peu moins précise car elle ne peut, par définition, pas approcher chaque entreprise comme un cas particulier. En revanche, elle présente l'avantage de soumettre toutes ces entreprises à la même clé de décryptage, assurant ainsi une égalité de traitement indispensable pour une procédure publique (appel d'offre).

Avant de présenter un cas de figure issu de l'approche employée par *Equal Salary*, nous allons tout d'abord, dans la section IV., A. , évoquer leurs grandes similitudes et leurs complémentarités, n'en déplaisent à tous ceux qui voudraient au contraire les opposer.

A. Les différences entre *Logib* et *Equal Salary*

Avant de parler des éventuelles différences entre les deux approches, il est indispensable de mentionner que les deux outils sont dérivés de la même méthode et qu'ils sont l'un et l'autre des dérivés de la jurisprudence basée sur l'ATF 130 III 145.

En revanche, *Logib* est moins précis en terme de son caractère prédictif par rapport aux analyses faites par *Equal Salary* ce qui est tout à fait normal compte tenu du fait qu'il est basé sur des variables prédéterminées (formation, niveau hiérarchique, etc...) et sur un découpage de celles-ci identiques pour toutes les entreprises (5 niveaux hiérarchiques par exemple). La conséquence en est que la qualité du modèle (valeur du R^2) est plus faible et se situe généralement aux alentours de 80% alors que les données fournies par entreprises dans le cadre d'*Equal Salary* permettent de dépasser les 90%.

En revanche, *Logib* permet de fournir une grille d'analyse identique pour toutes les entreprises, ce qui est indispensable pour pouvoir l'employer dans une approche comparative visant à déterminer quelles entreprises remplissent les critères pour pouvoir soumissionner à un marché public.

De ce point de vue, on peut admettre que *Logib* est, en quelque sorte, une approche plus normative puisqu'elle détermine par avance les critères que l'entreprise valorise pour fixer ses salaires en supposant que ceux-ci sont les mêmes quelles que soient les entreprises. La méthode *Equal Salary* est plus positive puisqu'elle permet à chaque entreprise d'intégrer des variables qui sont pour elle importantes dans sa politique salariale. Ou de ne pas prendre en compte d'autres qui ne jouent pas de rôle dans la fixation des rémunérations.

Finalement, l'avantage de *Logib* est d'être basé sur un logiciel préétabli (style calculateur de salaire en usage) mais qui ne devrait pas pouvoir, à moins que les parties n'en conviennent, être employé dans une action juridique pour discrimination salariale ne serait-ce que parce qu'il fixe les critères pour établir les salaires.

B. Un exemple d'utilisation d'*Equal Salary*

L'exemple que nous avons choisi de présenter concerne le secteur public. Nous l'avons choisi simplement pour démontrer que, même dans la fonction publique, et malgré l'existence de grilles de salaires, les inégalités entre femmes et hommes existent. Il s'agissait en fait d'une analyse effectuée par la Ville de Fribourg, en 2008, sur 627 employés. Les données transmises concernaient essentiellement les fonctionnaires « nommés » (476 personnes identifiées) complétées par les « auxiliaires » (124) et les « contrats de droit privé » (27). Etant donné le nombre important de données manquantes pour les deux dernières catégories mentionnées, les conclusions de cette expertise par rapport à la politique salariale de la Ville de Fribourg n'étaient donc que partielles et ne s'appliquaient qu'à la population des fonctionnaires « nommés » alors même que près de la moitié des employés de la Ville de Fribourg était constituée de personnes ayant un contrat d'auxiliaire ou de droit privé. En l'occurrence, 33% des fonctionnaires « nommés » étaient des femmes dont le salaire médian se situait 3,65% en-dessous de celui des hommes.

Sur la base des données fournies concernant les personnes « nommées », les femmes gagnaient en moyenne, toutes choses égales par ailleurs, 1% de moins que les hommes. Le modèle retenu pour cette analyse comprenait le genre, l'âge, l'ancienneté, le niveau d'exigence du poste, le niveau hiérarchique, le niveau de formation, le domaine de responsabilité, le fait d'être confirmé ou non dans l'emploi ainsi que la classe de fonction. Le modèle expliquait 92,1% (R^2) de la variance des salaires observée en Ville de Fribourg.

La Ville de Fribourg remplissait donc parfaitement les critères de certification pour son personnel nommé car les données fournies permettaient d'expliquer plus que 90% de la variance observée des salaires et parce que le coefficient spécifique au sexe n'était pas significativement différent de zéro et nettement inférieur au seuil de tolérance de 5%.

En appliquant séparément le modèle en fonction du genre, nous avons constaté, chose fréquente mais intéressante à relever qu'il expliquait moins bien les disparités salariales des femmes (R^2 de 86,5%) que celles des hommes (R^2 de 93,3%). Parmi les facteurs susceptibles d'expliquer les disparités entre femmes et hommes, nous avons attiré l'attention des autorités fribourgeoises sur le fait que la classe de fonction avait un impact significatif et positif sur le salaire des hommes alors qu'il n'exerçait pas, ou très peu, d'influence sur celui des femmes.

Nous avons pu constater également que 6 femmes sur 137 (4,4%) occupaient une position de cadre (supérieur, moyen ou inférieur) alors que cette proportion s'élevait à 22,6% pour les hommes. Ce constat revêtait encore plus de poids si on considère que, selon le modèle appliqué, c'étaient avant tout les niveaux hiérarchiques et non pas les niveaux de formation qui avaient une influence significative sur le niveau des salaires. L'expérience montre en général qu'une représentation plus équilibrée des femmes au niveau des positions hiérarchiques peut diminuer l'inégalité entre les genres.

Finalement, cette méthode présente l'immense avantage de permettre l'identification des femmes potentiellement discriminées. En l'occurrence, nous avons pu établir une liste des 21 femmes dont le salaire se situait significativement au-dessous de celui qu'un homme pouvaient prétendre obtenir pour le même profil. Parmi celles-ci, 4 cas avaient pu être considérées comme problématiques en raison d'une différence de salaire supérieure à 10% par rapport à leur équivalent masculin.

Nous terminons notre contribution par trois autres expertises que nous avons pu effectuer pour différents cas portés devant les tribunaux suisses, chacun d'eux revêtant pour différents aspects un caractère potentiellement intéressant pour le lecteur.

V. Expertises juridiques

A. PME avec moins de 50 employés

L'expertise effectuée dans cette affaire est originale en ce sens que, compte tenu du fait que le nombre d'employés occupés par l'entreprise était inférieur à 50 personnes, il n'a pas été possible d'estimer une équation des salaires à partir des données livrées par la défenderesse pour l'ensemble de son personnel afin d'établir si elle pratiquait une politique salariale qui discriminait systématiquement les femmes par rapport aux hommes ainsi que nous le faisons habituellement.

Compte tenu de ces circonstances particulières, il nous a fallu modifier l'approche employée et utiliser le calculateur des salaires établi pour le canton du Tessin, pour l'année 2004, au moment des faits, et pour la branche d'activité dans laquelle la défenderesse était active. Sur cette base, nous avons estimé ce que la plaignante aurait pu gagner, selon ce calculateur, compte tenu de son profil personnel et des caractéristiques de son poste de travail. Cette analyse avait pour objectif de déterminer si la défenderesse versait effectivement des salaires plus élevés, égaux ou plus faibles que l'entreprise moyenne de sa branche active au Tessin.

Cet avantage ou ce désavantage aurait dû être dès lors appliqué de manière parfaitement uniforme à l'ensemble du personnel de l'entreprise, homme ou femme, sans distinction de

sexe. S'il s'était avéré que tel n'était pas le cas, il aurait été possible alors d'en déduire l'existence d'une éventuelle discrimination et de calculer ainsi le dommage subi. Il convient néanmoins de souligner que cette approche est moins précise que celle qui consiste à estimer une équation des salaires établie à partir des données pour l'ensemble du personnel de l'entreprise incriminée comme nous le faisons habituellement. Nous avons estimé néanmoins que, compte tenu des circonstances particulières à ce cas, cette solution était la seule qui pouvait être pratiquée et qu'elle constituait la meilleure des approches dans une optique de « *second best* ».

Pour obtenir une conclusion encore plus robuste dans ce cas, il aurait été sans doute utile de pouvoir confronter chacune des personnes employées par la défenderesse au calculateur des salaires pour le canton du Tessin pour l'année 2004. Cela nous aurait effectivement permis de calculer, pour chacune d'elles, une déviation par rapport au salaire estimé par le calculateur et de vérifier si celle-ci différait significativement pour les femmes par rapport à l'écart observé pour les hommes. Malheureusement, faute des données nécessaires, il ne nous avait pas été possible de réaliser cette analyse qui aurait pu, au besoin, être effectuée.

Pour réaliser notre expertise, il était excessivement important de pouvoir s'appuyer sur des variables observées qui ne sont pas susceptibles d'être l'objet d'appréciations subjectives qui peuvent différer fortement d'une personne à l'autre, selon les intérêts que l'on défend. Ainsi, le niveau le plus élevé de formation atteint représente une variable objective, attestée par un diplôme, alors que le niveau de formation exigé pour un poste est plus susceptible d'être manipulé par les parties dans un sens ou dans un autre, en valorisant par exemple les postes masculins qui exigeraient de haut niveau de formation et en dépréciant ceux occupés par des femmes, ce qui contribuerait à camoufler artificiellement une politique salariale qui pourrait être discriminatoire.

Afin d'obtenir une information la moins contestée possible sur les variables objectives qui déterminent le niveau des rémunérations, nous avons soumis, aux deux parties concernées, un tableau synoptique reprenant la liste de ces variables pertinentes pour notre expertise et en demandant à chacune d'elles de caractériser la demanderesse, d'une part, et l'homme auquel la demanderesse se comparait, d'autre part, en termes de ces différentes variables.

L'analyse que nous avons effectuée se basait sur les données qui nous avaient été transmises par les parties ainsi que sur les pièces livrées par la Pretura di Lugano. Elle avait pour objectif d'estimer le salaire que la demanderesse et que l'employé auquel elle se comparait pouvaient espérer obtenir sur le marché tessinois du travail au moment des faits, selon leur profil personnel, celui de leur poste de travail et de leurs fonctions au sein de l'entreprise ainsi que de leur domaine d'activité. Il ne s'agissait en l'occurrence pas de chercher à estimer le salaire auquel une personne ayant les qualifications et le profil de la demanderesse aurait pu légitimement prétendre dans l'entreprise compte tenu de sa

politique salariale révélée par une analyse statistique des données qui auraient pu nous être livrées.

Nous avons donc dû utiliser les données collectées par l'Office fédéral de la statistique (OFS) pour le canton du Tessin, en 2004 en l'occurrence, pour estimer un salaire de référence établi par rapport à ce marché régional du travail, pour la branche concernée par l'activité de la défenderesse, et de le comparer ensuite avec les cas particuliers de la demanderesse et de l'employé auquel elle se comparait pour déterminer ainsi si l'entreprise pratiquait une politique salariale qui était plus avantageuse ou, au contraire, plus défavorable que l'entreprise moyenne de la branche.

En utilisant les différentes variables contenues dans l'enquête sur la structure des salaires, nous avons pu expliquer le niveau de salaire obtenu par un individu employé sur le marché tessinois du travail en y ajoutant encore des précisions concernant son secteur d'activité et son domaine professionnel. En l'occurrence et compte tenu du profil de la société concernée, nous avons opté pour le secteur 85 de la « Santé humaine » et pour la profession liée aux « Soins médicaux ».

Le tableau 2 présente l'estimation des salaires que pouvaient espérer obtenir la plaignante et l'employé auquel elle se comparait, en 2004, sur le marché tessinois du travail, compte tenu de leurs profils personnels, en termes notamment de formation, d'ancienneté, d'expérience ou de position hiérarchique, et de leur poste de travail. En supposant de surcroît qu'ils étaient engagés par une entreprise active dans le secteur économique (la santé humaine) pratiquant une politique salariale médiane (seuil de 50%) par rapport à toutes les entreprises actives dans le même secteur. Par souci de précision, nous avons également estimé ces mêmes montants pour des seuils de 25% et 75%.

En 2004, la demanderesse était titulaire, tout comme l'employé auquel elle se comparait, d'un diplôme universitaire. Elle avait accumulé, depuis 1986, 19 années d'expérience au total acquises en dehors de l'entreprise concernée alors que l'employé de référence n'avait à son compte que 17 années d'expérience. En ce qui concerne l'ancienneté, l'une et l'autre des personnes concernées par l'affaire citée en marge venaient de débiter, en 2004, leurs activités au sein de la défenderesse si bien que nous leur avons attribué aucune année d'ancienneté. Pour ces trois variables objectives, il n'y avait pas de divergence d'opinion entre les parties.

Au niveau des exigences liées au poste occupé par les deux personnes considérées, les parties présentaient en revanche des évaluations différentes. Alors que la demanderesse considérait qu'elle occupait un poste ayant le même niveau d'exigence que l'emploi de son homologue, la défenderesse considérait au contraire que ce dernier avait un poste plus exigeant que celui de la plaignante dont le poste aurait nécessité un travail indépendant. Cette variable étant par essence plus subjective que les autres, il n'était guère surprenant

de constater que les parties ne partageaient pas les mêmes appréciations quant aux difficultés liées aux emplois occupés.

De même, en ce qui concerne la position hiérarchique, les parties n'étaient pas d'accord entre elles, cette variable faisant aussi l'objet d'une controverse. La demanderesse considérait en l'occurrence qu'elle était la supérieure hiérarchique de l'employé concerné alors que la défenderesse estimait au contraire qu'il était le supérieur de la plaignante.

En l'occurrence, compte tenu des divergences d'appréciation des parties quant à la position hiérarchique et les exigences du poste de travail occupé par la demanderesse et la personne à laquelle elle se comparait, nous avons estimé le salaire mensuel brut, à plein temps, y compris un douzième d'un éventuel treizième salaire, le plus favorable et le plus défavorable que l'une et l'autre de ces personnes pouvaient espérer obtenir sur le marché tessinois du travail en 2004.

Tableau 2 : Estimation de l'équation des salaires mensuels bruts pour l'ensemble du personnel occupé par la défenderesse en 2004

Seuils	25%	50%	75%
Plaignante, hypothèse la plus défavorable	7'560 CHF	8'310 CHF	8'310 CHF
Collaborateur, hypothèse la plus défavorable	7'460 CHF	8'210 CHF	8'210 CHF
Plaignante, hypothèse la plus favorable	12'000 CHF	13'190 CHF	13'190 CHF
Collaborateur, hypothèse la plus favorable	11'850 CHF	13'030 CHF	13'030 CHF
Salaire mensuel brut de la plaignante à son engagement	5'400 CHF		
Salaire mensuel brut du collaborateur à son engagement	7'692 CHF		
Nombre d'entreprises (OFS)	138		
Nombre d'employés (OFS)	5'263		

Pour mémoire, nous avons aussi reporté dans le tableau 2, les salaires mensuels bruts équivalents à un emploi à plein temps (100%) versés à la plaignante et à l'employé concerné au début de leur engagement au sein de la défenderesse, soit dans les premiers mois de l'année 2004. Ce salaire mensuel brut avait été calculé en intégrant un douzième d'un éventuel treizième salaire versé par la défenderesse.

Sur la base de ce tableau, des salaires espérés sur le marché tessinois du travail en 2004 et des salaires versés effectivement, nous avons pu en conclure que les deux personnes concernées par l'expertise auraient obtenu, en 2004, un salaire plus élevé si elles avaient été employées dans l'entreprise tessinoise médiane de leur secteur économique plutôt que par la défenderesse. L'entreprise semblait même se situer parmi les 25% des entreprises pratiquant les politiques de rémunération les plus défavorables. Nous avons dès lors adopté le seuil des entreprises à 25% comme point de référence pour juger de l'affaire citée en marge.

En l'occurrence, l'écart entre le salaire espéré, dans l'hypothèse la plus favorable (cadre supérieur, travail le plus exigeant), et le salaire réellement obtenu par la demanderesse s'élevait à 122,2% du salaire que la demanderesse avait reçu au moment de son engagement, au début de l'année 2004 (soit 5'400 fr.). Par rapport à l'hypothèse la plus défavorable (cadre moyen et travail indépendant), la divergence n'atteignait que 40%.

Pour l'employé concerné, les écarts s'élevaient respectivement à 54,05%, dans le cas le plus favorable, et à -3% dans la situation la plus défavorable pour ce collaborateur. Dans ce deuxième cas, cela signifie simplement que le salaire obtenu par l'employé dépassait de 3%, en 2004, ce qu'il aurait été en mesure d'obtenir s'il avait été engagé par l'entreprise tessinoise située juste au seuil de 25% des établissements, comme cadre moyen occupant un poste exigeant de l'indépendance.

In casu, on constate que le salaire mensuel brut de la demanderesse au moment de son engagement (soit 5'400 fr.) incluant un douzième de son treizième salaire se situait largement en-dessous du salaire qu'elle aurait pu espérer obtenir sur le marché tessinois du travail, dans l'hypothèse la plus favorable et la plus défavorable. Cela était vrai également pour l'employé de référence mais dans une mesure nettement moindre puisque ces écarts n'étaient respectivement que de 54,05%, dans le cas le plus favorable, et même de -3% dans le cas le plus défavorable.

L'écart de salaire pratiqué par la défenderesse à l'égard de la plaignante était donc nettement plus marqué que cela n'était le cas pour son homologue. Cette différence de traitement constituait en soi une indice d'un préjudice salarial mais sans doute pas la preuve absolument définitive d'un traitement discriminatoire de la part de la défenderesse à l'encontre de tout son personnel féminin ce qui aurait impliqué effectivement que l'on ait pu observer, systématiquement, que toutes les femmes employées à l'époque des faits, obtenaient un salaire inférieur à celui versé au personnel masculin.

Si l'on appliquait à la demanderesse, le même désavantage, lié au fait d'être employé dans une entreprise pratiquant des salaires plus bas que le seuil de 25% des entreprises tessinoises actives dans ce domaine, que celui subi par l'employé considéré, la demanderesse aurait été en droit d'attendre un salaire de 7'789 fr., dans l'hypothèse la plus favorable pour elle, et de 7'793 fr. dans l'hypothèse la plus défavorable. Nous en avons

conclu que le salaire net de tout préjudice que la demanderesse était en droit d'attendre aurait dû s'élever à 7'790 fr.

La demanderesse avait donc subi, en 2004, année de son engagement, un préjudice salarial que nous avons pu estimer à 2'390 fr. bruts par mois, versés en 13 salaires.

Les résultats obtenus dans le cadre de notre expertise mettaient en évidence que :

1. de manière générale, la politique salariale pratiquée par la défenderesse se situait au-dessous du seuil des 25% des établissements tessinois actifs dans le secteur de la santé humaine et pour des professions liées aux soins médicaux. C'est ce seuil de salaire qui avait été utilisé comme point de référence pour apprécier les rémunérations obtenues par la demanderesse et la personne à laquelle elle se comparait.
2. le salaire obtenu par la demanderesse au moment de son engagement, en 2004, était très nettement inférieur à ce seuil de référence, et cela de manière particulièrement flagrante dans l'hypothèse la plus favorable pour elle, en supposant qu'elle occupait un emploi des plus exigeants dans une position de cadre supérieur. Dans ce cas de figure, l'écart était de 122,2% du salaire que la demanderesse aurait pu espérer obtenir pour un emploi équivalent sur le marché tessinois du travail. Dans le cas le plus défavorable (cadre moyen exerçant un emploi exigeant de l'indépendance), l'écart atteignait encore 40%.
3. Pour son homologue, ce même écart ne s'établissait qu'à 54,05% dans le cas le plus favorable pour lui, en supposant qu'il occupait un poste des plus exigeants comme cadre supérieur. Dans le cas le plus défavorable, il s'avère que l'employé avait obtenu au sein de la défenderesse un salaire plus élevé de 3% que celui qu'il aurait pu espérer obtenir sur le marché tessinois du travail comme cadre moyen occupant un poste exigeant quelque indépendance.
4. Les points 2 et 3 nous avaient conduits à considérer que la demanderesse a été nettement défavorisée par la politique salariale pratiquée par la défenderesse à son égard. Nous ne pouvons néanmoins pas en conclure à une pratique discriminatoire systématique de l'entreprise incriminée à l'encontre du personnel féminin car il nous manquait pour cela des informations portant sur le reste du personnel féminin de l'entreprise. A titre individuel, la demanderesse a donc subi un préjudice salarial par rapport à la rémunération obtenue par son collègue.
5. Au moment de l'embauche, ce préjudice salarial brut s'établissait à 2'390 fr. par mois sur 13 mois. Sur cette base, nous pourrions estimer le dommage total subi par la demanderesse.

B. Absence de discrimination salariale et soupçon de discrimination à la promotion

Cette affaire qui a pour théâtre Genève a ceci d'intéressant que, dans un premier temps, l'expertise effectuée sur la base de la position hiérarchique occupée par la plaignante au sein de l'entreprise incriminée aboutit à la conclusion qu'il n'y a pas de discrimination salariale à l'encontre de la demanderesse. Compte tenu de ses caractéristiques, son salaire dépassait même la rémunération à laquelle elle aurait pu prétendre !

Cette affaire était aussi intéressante pour une deuxième raison liée au fait que, pour la première et aussi la seule fois, la plaignante avait demandé à ce que je vérifie les données qui m'avaient été livrées par la défenderesse, une vérification que j'ai effectuée par sondage de 20% des observations individuelles. Cette demande avait eu le mérite de rappeler tout simplement que notre méthode dépend évidemment de la bonne foi des parties. La vérification réalisée avait permis de confirmer la véracité et la complétude des données livrées.

Compte tenu du résultat mis en évidence par l'expertise relative à l'analyse des salaires, la plaignante a demandé alors un complément d'expertise portant exclusivement sur les résultats de l'examen des positions hiérarchiques occupées par le personnel employé par la défenderesse. Pour déterminer la probabilité d'occuper une position hiérarchique donnée, j'ai procédé alors à une estimation dite de « probit ordre » qui permet de chiffrer la probabilité d'accéder à une position particulière compte tenu des variables disponibles dans la base de données pour caractériser chacun des employés de la défenderesse. Pour ce faire, il faut évidemment utiliser des variables (telles que l'éducation, l'ancienneté et son carré, l'âge et son carré, etc.) susceptibles d'exercer une influence sur cette probabilité.

La dernière étape de cette procédure a consisté finalement à appliquer cette estimation aux caractéristiques de la demanderesse pour établir les probabilités qu'elle avait d'atteindre les différentes positions hiérarchiques en tant que femme tout d'abord puis en supposant ensuite que la demanderesse ait été promue comme si elle avait été un homme.

Sans entrer dans les détails, cette analyse a permis de relever que le coefficient associé au genre de l'employé indiquait effectivement que les femmes avaient une probabilité plus élevée que les hommes dans cette entreprise d'occuper des positions professionnelles de niveau 4 (équivalent à des postes sans responsabilité) plutôt que de niveau 1 (cadre supérieur). En d'autres termes, les femmes semblaient avoir moins de chance que les hommes, toutes choses égales par ailleurs, d'accéder à des positions hiérarchiques supérieures.

A partir de cette simulation, il m'a été possible de prédire les probabilités des employés d'accéder à un niveau hiérarchique particulier (cadre supérieur, cadre moyen, autres cadres, sans fonction) pour des valeurs moyennes des variables explicatives mesurées sur

l'ensemble des employés. Les résultats de cette analyse indiquait effectivement que, compte tenu du profil de la demanderesse, et notamment le fait qu'elle soit une femme, ses probabilités d'accéder à une position de cadre supérieur ou de cadre moyen étaient supérieures à celles des autres employés. En l'occurrence, la probabilité que la demanderesse occupe un poste de cadre supérieur s'élevait à 1,48% (contre 1,12% pour l'ensemble du personnel). Pour les autres positions, ces probabilités se montaient à 11,75% (comme cadre moyen, contre 9,92% pour les autres personnes), 11,45% (comme autres cadres, contre 10,33% pour le reste du personnel) et 75% (sans fonction de cadre, contre 78,64% pour les autres employés).

Pour compléter ces résultats, nous avons encore estimé les probabilités que la défenderesse occupe les différentes positions hiérarchiques au sein de la défenderesse si elle avait été promue selon les « normes » appliquées aux hommes. En conclusion, en tant que femme, les probabilités de la défenderesse soit cadre moyen ou occupée dans une position « autres cadres » étaient sensiblement identiques (respectivement 11,75% et 11,45%) mais légèrement plus élevées en faveur d'un rang hiérarchique supérieur à celui qu'elle occupait dans l'entreprise. En revanche, un homme ayant les caractéristiques de la demanderesse aurait eu nettement plus de chances d'être promu cadre moyen (29,5%) que d'être promu à une position d'autres cadres (17%).

Sur cette base, nous avons estimé qu'elle aurait été le salaire que la plaignante aurait obtenu si elle avait été promue comme cadre moyen. Mais même avec une telle promotion, le salaire qui lui avait été attribué au sein de l'entreprise incriminée n'était pas significativement différent de celui qu'elle aurait eu comme cadre moyen. Ce résultat mettait en évidence l'absence de toute discrimination salariale à son égard, et cela malgré le fait, et c'est évidemment assez surprenant, qu'elle aurait sans doute dû être promue à une position hiérarchique supérieure. En d'autres termes, le salaire qu'elle obtenait au sein de son entreprise était plus proche d'un salaire de cadre moyen, une position qu'elle n'occupait pas, que d'une rémunération liée au « autres cadres », un statut qui était le sien au sein de la défenderesse.

VI. Conclusions

La méthode que nous avons développée pour examiner les cas de discrimination salariale présente l'immense avantage de reposer sur une approche systématique et « objective » des politiques salariales. Elle est également très précise comme en témoigne les résultats que nous avons obtenus dans le cadre des différentes expertises ou des autres analyses que nous avons pu réaliser.

Elle a servi de base à toute une série d'études que nous avons effectuées pour évaluer les politiques salariales appliquées par les entreprises pour déterminer s'il existe un comportement discriminatoire et évaluer, le cas échéant, la réparation à accorder. Cette procédure permet de garantir une certaine sécurité juridique aux employeurs tout en offrant un cadre d'analyse rigoureux, systématique et objectif aux instances chargées d'appliquer la LEg. Elle constitue in fine une approche susceptible de garantir une équité de traitement.

VII. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

- DEUTSCH JOSEPH/SILBER JACQUES/FLÜCKIGER YVES, Les ségrégations sur le marché suisse du travail : analyse des inégalités selon le sexe, la nationalité et l'âge, de 1970 à 2000, Recensement fédéral de la population 2000, Neuchâtel 2005.
- FERRO LUZZI GIOVANNI/SILBER JACQUES/FLÜCKIGER YVES, Der Einfluss der beruflichen Segregation auf die Lohndifferenz zwischen Frauen und Männern - eine ökonomische Analyse, *in* : Eva Nadai, Thanh-Huyen Ballmer-Cao (éd.), Grenzverschiebungen. Zum Wandel des Geschlechterverhältnisses in der Schweiz, Coire 1998, p. 217-242.
- FERRO LUZZI GIOVANNI /FLÜCKIGER YVES, Analyse économique de la promotion des femmes par les employeurs du secteur privé et public, *Revue Economique et Sociale* 2003, p. 59-64.
- FERRO LUZZI GIOVANNI/FLÜCKIGER YVES, Position hiérarchique et ségrégation sexuelle verticale : le cas du canton de Genève, *Revue suisse de sociologie* 1998, p. 59-77.
- FLÜCKIGER YVES/GRAF ROMAN, Lohndiskriminierung und Entschädigung vor Gericht, *in* : Guy Ochsenein, Ulrich Pekruhl, Regula Spaar (éd.), Human Resource management, Jahrbuch 2012, Zurich 2013, p. 75-96.
- FLÜCKIGER YVES, Analyse économique des différences de salaire entre femmes et hommes en Suisse, Franca Cleis, Anne-Lise Head-König, Osvalda Varini Ferrari (éd.), *Donne Oggi : Valori Femminili et valori maschili nella società*, Bellinzona 1995.

Egalité salariale entre femmes et hommes : état des lieux

Sommaire	Page
I. Introduction	224
II. Les différents niveaux pour le contrôle de l'égalité salariale et la mesure de la discrimination salariale liée au sexe	225
A. Actions individuelles en discrimination salariale fondées sur la loi sur l'égalité (LEg)	227
B. Contrôle du respect de l'égalité salariale dans les marchés publics de la Confédération en vertu de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP)	228
C. Enquête sur la structure des salaires (ESS)	230
III. La notion de discrimination salariale à raison du sexe	231
IV. Appréciation juridique des motifs justifiant des différences de salaire entre les sexes	233
A. Analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans les actions individuelles en discrimination salariale selon la LEg	233
1. Introduction	233
2. Expérience professionnelle effective	233
3. Prestations fournies	234
4. Taux d'occupation	234
B. Relation entre les motifs justificatifs dans le cadre d'actions individuelles et les facteurs possibles lors des contrôles au niveau des entreprises	235
V. Conclusion	236
VI. Bibliographie	237

* L'auteur exprime dans le présent article une position strictement personnelle. L'article se base sur la publication de CLAUDIO MARTI WHITEBREAD, *Lohngleichheit zwischen Frau und Mann : eine Auslegeordnung*, PJA 2015, 1551 ss. L'auteur adresse ses remerciements à la Dr. phil. SYLVIE DURRER, directrice du BFEG, à la Dr. iur. ANDREA BINDER, LL.M., responsable du Domaine Droit du BFEG, à la Dr. iur. KARINE LEMPEN, professeure de droit du travail à l'Université de Genève ainsi qu'au Dr. OLIVER SCHRÖTER, collaborateur scientifique dans le Domaine Travail du BFEG, pour leur précieux soutien dans l'élaboration de cet article.

Résumé

L'égalité salariale entre femmes et hommes suscite actuellement un vif débat, tant sur le plan juridique que sur le plan politique. Deux aspects de cette thématique occupent plus particulièrement le devant de la scène : la notion de discrimination salariale et les variables qu'il convient de prendre en compte pour justifier des écarts de salaire entre les sexes. Or, lors des discussions sur ces deux aspects, on observe souvent une confusion entre les différents niveaux auxquels les analyses des salaires sont réalisées. La présente contribution a pour but de présenter la notion juridique de discrimination salariale liée au sexe et de montrer que les variables servant à fonder des écarts de salaire entre les sexes ne sont pas les mêmes suivant les niveaux d'analyse, parce que la base de comparaison et le contexte juridique sont à chaque fois différents.

I. Introduction

Le respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes et la mesure de la discrimination salariale à raison du sexe ont fait l'objet de plusieurs interventions¹ et prises de position² politiques ces derniers mois et années. Le droit directement invocable des femmes et des hommes à un salaire égal pour un travail de valeur égale est inscrit dans la Constitution fédérale depuis 35 ans (art. 8 al. 3, 3^e phrase Cst.³). A l'heure actuelle, les pouvoirs publics analysent et mesurent les inégalités salariales liées au sexe à différents niveaux. Le présent article décrit ces différents niveaux (cf. II *infra*), explique la notion de discrimination salariale liée au sexe du point de vue juridique (cf. III *infra*) et analyse les variables prises en compte (cf. IV *infra*).

¹ Interpellation de la conseillère nationale CESLA AMARELLE (12.3296) du 16.03.2012 « Concrétiser dans les faits l'égalité salariale en matière de marchés publics », http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20123296 (consulté le 6.01.2016) ; postulat du conseiller national RUEDI NOSER (14.3388) du 02.06.2014 « Egalité salariale. Améliorer la pertinence des résultats », http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20143388 (consulté le 6.01.2016) ; CONSEIL FÉDÉRAL, décision ; motion de la conseillère nationale ISABELLE MORET (14.4307) du 12.12.2014 « Preuve du respect de l'égalité salariale par les entreprises soumissionnaires dans les marchés publics », http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20144307 (consulté le 7.01.2016).

² UNION PATRONALE SUISSE, Prise de position ; MADUZ, p. 437 ss ; PS SUISSE.

³ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

II. Les différents niveaux pour le contrôle de l'égalité salariale et la mesure de la discrimination salariale liée au sexe

A l'heure actuelle, les pouvoirs publics analysent les disparités salariales entre les sexes à trois niveaux :

Analyse	Niveau individuel (procédure judiciaire)	Niveau de l'entreprise (contrôle des salaires dans les marchés publics)	Niveau national (ESS, évaluation de l'égalité salariale)
Bases légales	Loi sur l'égalité (LEg ⁴)	Loi fédérale sur les marchés publics (LMP ⁵)	Ordonnance concernant l'exécution des relevés statistiques fédéraux
Autorité compétente	Tribunaux	BFEG	Office fédéral de la statistique (OFS)
Groupe de référence	Personnes individuelles ou groupes de personnes dans une entreprise	Totalité du personnel de l'entreprise	1,7 million de travailleurs dans 35 000 entreprises environ (tous secteurs d'activité confondus)
Méthode(s) utilisée(s)	Évaluation du travail ou analyse de régression statistique	Analyse de régression statistique	Analyse de régression statistique

⁴ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), RS 151.1.

⁵ Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP), RS 172.056.1.

Variables considérées	Toutes les variables objectives et non discriminatoires pertinentes dans le cas d'espèce	Nombre limité de variables standardisées, objectives et non discriminatoires se rapportant à l'ensemble de l'entreprise	Nombre étendu de variables standardisées, objectives se rapportant à l'ensemble de l'économie suisse
Seuil de tolérance	Aucun	5% et écart statistiquement significatif	Aucun
Conséquences juridiques pour l'entreprise	Obligation de payer la part discriminatoire de la différence de salaire entre la personne plaignante et la ou les personnes de référence Rétroactivité : 5 ans	Plusieurs sanctions possibles : peine conventionnelle ; exclusion de la procédure des marchés publics ; révocation de l'adjudication ; résiliation du contrat	Aucune

Les analyses à ces trois niveaux ont des buts, des objets d'étude et des cadres juridiques différents. Pour mieux comprendre le débat actuel sur les variables prises en considération pour mesurer les inégalités salariales liées au sexe, il est important de faire une distinction claire entre ces trois niveaux⁶.

La mesure des inégalités salariales a pris une résonance particulière depuis que le Conseil fédéral a décidé, le 22 octobre 2014, de faire élaborer un projet de loi qui obligerait l'ensemble des entreprises, à partir d'un certain nombre de collaborateurs, à réaliser régulièrement des analyses de leurs salaires même en dehors du cadre des marchés publics pour détecter d'éventuelles discriminations basées sur le sexe⁷. Dans ce cadre, le Conseil fédéral a envoyé en consultation le 18 novembre 2015 une modification de la loi sur l'égalité⁸. Enfin, certaines entreprises font analyser sur une base volontaire leur pratique salariale par des sociétés de conseil ou procèdent elles-mêmes à ces analyses.

⁶ Lire notamment CONSEIL FÉDÉRAL, réponse à la question du conseiller national PETER SCHILLIGER (15.5270).

⁷ Cf. <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=54905> (consulté le 6.01.2016).

⁸ <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/lohngleichheit.html> (consulté le 6.01.2016).

A. Actions individuelles en discrimination salariale fondées sur la loi sur l'égalité (LEg)

Les travailleuses et les travailleurs (ou, en vertu de l'art. 7 LEg, les syndicats ou les organisations féminines) peuvent se fonder sur l'art. 3 al. 2 LEg pour intenter contre leur employeur une action pour discrimination salariale à raison du sexe auprès de l'office de conciliation compétent ou directement devant les tribunaux. L'objet du procès est de déterminer si une personne ou un groupe de personnes subit une discrimination salariale liée au sexe. C'est le cas lorsque, dans une même entreprise, une personne reçoit, pour un travail de valeur égale, un salaire plus bas qu'une personne du sexe opposé sans que cela ne repose sur des motifs justificatifs admissibles⁹.

Selon l'art. 6 LEg, le demandeur ou la demanderesse doit rendre vraisemblable l'existence d'une discrimination salariale à raison du sexe. Le degré de preuve exigé à cet effet est plutôt bas. Selon le Tribunal fédéral, il suffit que la partie qui invoque la LEg soit en mesure de présenter des indices qui font paraître vraisemblable l'existence d'une discrimination salariale¹⁰. Dans la doctrine, on propose un degré de certitude de 25% comme seuil limite pour rendre vraisemblable une discrimination selon l'art. 6 LEg¹¹. Si le demandeur ou la demanderesse parvient à rendre vraisemblable l'existence d'une discrimination, l'employeur est alors tenu d'apporter la preuve complète de l'absence de discrimination salariale fondée sur le sexe¹². A cet effet, il doit démontrer que l'inégalité salariale contestée est justifiée, c'est-à-dire qu'elle repose sur des motifs objectifs et non discriminatoires¹³. Selon le Tribunal fédéral, il s'agit de motifs qui ne dépendent pas du sexe et qui ont une influence déterminante sur la valeur du travail (lire à ce sujet les explications détaillées sous IV.A *infra*)¹⁴. Dans une telle procédure judiciaire, le tribunal apprécie les motifs invoqués par rapport aux salaires concrets que perçoivent les collaboratrices et collaborateurs comparés entre eux (niveau individuel comme grandeur de référence)¹⁵. Si l'employeur ne parvient pas à apporter cette contre-preuve, la demande doit être admise et l'employeur est tenu de verser au demandeur ou à la demanderesse la

⁹ Voir ATF 125 III 368, consid. 3.

¹⁰ ATF 130 III 145, consid. 4.2.

¹¹ K GLG-STEIGER-SACKMANN, n° 132 s. *ad* art. 6 LEg ; CLEg-WYLER, n° 8 *ad* art. 6 LEg ; voir aussi ATF 125 III 368, consid. 4 ; ATF 130 III 145, consid. 4.2.

¹² K GLG-STEIGER-SACKMANN, n° 144 *ad* art. 6 LEg.

¹³ K GLG-STEIGER-SACKMANN, n° 83 *ad* art. 6 LEg.

¹⁴ ATF 127 III 207, consid. 5.

¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011, 24.11.2011, consid. 3.3 ; voir aussi MADUZ, p. 445.

part discriminatoire de la différence de salaire (rétroactivement sur 5 ans en vertu de l'art. 128 ch. 3 CO¹⁶)¹⁷.

B. Contrôle du respect de l'égalité salariale dans les marchés publics de la Confédération en vertu de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP)

Le respect de l'égalité salariale est une condition pour pouvoir participer aux procédures d'adjudication des marchés publics de la Confédération¹⁸ (art. 8 al. 1 lit. c LMP). Le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) réalise à cet effet des contrôles sur mandat de la Conférence des achats de la Confédération¹⁹. Ces contrôles ont pour objet de déterminer s'il existe une discrimination salariale systématique au niveau d'une entreprise prise dans sa globalité, c'est-à-dire entre l'ensemble des femmes et l'ensemble des hommes employés par cette entreprise qui participe à la procédure d'adjudication d'un marché public (niveau de l'entreprise comme grandeur de référence)²⁰.

Dans les entreprises de plus de 50 personnes, la mesure de la discrimination salariale à raison du sexe se fait au moyen d'une procédure économétrique statique standardisée : le modèle d'analyse standard de la Confédération²¹. Ce modèle a trois composantes : a) une méthode, b) un modèle et c) un seuil de tolérance.

Techniquement, le modèle d'analyse standard de la Confédération a été converti sous *Excel* avec l'instrument *Logib*²².

¹⁶ ATF 124 II 436, consid. 10.k.

¹⁷ K GLG-FREIVOGEL, n° 153 *ad* art. 3 LEg.

¹⁸ Les cantons connaissent des dispositions comparables : art. 11 lit. f de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 15 mars 2001. Voir p. ex, § 3, al. 1, let. b, du décret du canton d'Argovie sur les appels d'offres (Submissionsdekret, SubmD) du 26 novembre 1996 ; § 5, a. 2 lit. b de la loi du canton de Bâle-Ville sur les marchés publics (Gesetz über öffentliche Beschaffungen [Beschaffungsgesetz]) du 20 mai 1999 ; § 5, al. 2 lit b, de la loi du canton de Bâle-Campagne sur les marchés publics (Gesetz über öffentliche Beschaffungen) du 3 juin 1999 ; art. 24 lit. f de l'ordonnance du canton de Berne sur les marchés publics (OCMP) du 16 octobre 2002 ; art. 21 du Règlement du canton de Genève sur la passation des marchés publics (RMP) du 17 décembre 2007.

¹⁹ Cf. art. 8 al. 2 LMP, art. 6 al. 4 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP), RS 172.056.11 ainsi que CA, ch. 3.

²⁰ BFEG, ch. 2.1.

²¹ BFEG, ch. 1.

²² L'instrument *Logib* est disponible sur internet gratuitement et sans engagement : www.logib.ch (consulté le 7.01.2016).

- a) Sur le plan de la *méthodologie*, le modèle d'analyse standard de la Confédération recourt à l'analyse de régression²³. L'analyse de régression met en évidence la relation entre la variable à expliquer (ici le salaire) et les différentes variables explicatives (ici p. ex. la formation ou le niveau des qualifications requises pour l'activité exercée). Cette méthode permet de calculer l'influence d'une variable explicative donnée (ici le sexe) sur la variable à expliquer (salaire) tout en contrôlant les autres variables explicatives. On peut donc mesurer statistiquement quelle part de l'écart salarial est imputable au sexe et non pas à d'autres facteurs. L'un des critères décisifs pour le choix de cette méthode a été l'admission par le Tribunal fédéral de l'utilisation de l'analyse de régression dans l'examen des questions d'égalité salariale²⁴.
- b) Le *modèle* qui sous-tend l'analyse repose sur une double base théorique : la théorie du capital humain, qui relie la productivité individuelle aux compétences, et l'évaluation scientifique du travail, qui est utilisée pour analyser et comparer des activités sous la forme de profils de poste et de fonctions. Plus exactement, le modèle d'analyse standard de la Confédération recourt aux variables suivantes : nombre d'années de formation, ancienneté, expérience professionnelle potentielle, niveau des qualifications requises, position professionnelle et sexe.
- Le modèle d'analyse standard doit satisfaire à plusieurs critères importants : à côté du caractère scientifique fondé et du pouvoir d'explication du modèle ainsi que de l'objectivité des variables, le critère de la praticabilité est important. C'est pourquoi les variables employées dans ce modèle d'analyse sont très semblables à celles pour lesquelles l'OFS recueille des données tous les deux ans lors de l'enquête sur la structure des salaires (ESS)²⁵. A cela s'ajoute le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires dans la procédure des marchés publics. Il s'agit donc d'un modèle d'analyse standardisé qui obéit à une procédure elle aussi standardisée et qui utilise un nombre limité de variables explicatives fixes.
- c) Enfin, l'analyse comporte un *seuil de tolérance*. Il est possible que, dans certaines entreprises, d'autres facteurs objectifs et propres à l'entreprise puissent *expliquer* et *justifier* des écarts de salaire, mais ces facteurs ne sont pas pris en compte dans le modèle d'analyse standard pour les raisons exposées ci-dessus. C'est pourquoi un seuil de tolérance de 5% a été défini²⁶. Cela signifie que la condition du respect de l'égalité

²³ Concrètement, il s'agit d'une analyse de régression MCO semi-logarithmique.

²⁴ ATF 130 III 145.

²⁵ Selon l'art. 6 de l'ordonnance du 30 juin 1993 concernant l'exécution des relevés statistiques fédéraux (ordonnance sur les relevés statistiques, RS 431.012.1), les entreprises peuvent être invitées à participer au relevé des données. Il est précisé en annexe (ch. 21) que la fourniture de renseignements pour l'enquête sur la structure des salaires est obligatoire.

²⁶ Ce seuil de tolérance est fixé dans les lignes directrices de la CA, sous le ch. 5, par. 2.

salariale entre femmes et hommes à laquelle est subordonnée l'adjudication d'un mandat public de la Confédération est réputée ne pas être remplie seulement lorsque la discrimination salariale fondée sur le sexe qui ressort de l'analyse dépasse le seuil de tolérance de 5% de manière statistiquement significative. Le test de significativité statistique permet de s'assurer que les résultats statistiques sont fiables²⁷.

Si le seuil de tolérance est dépassé de manière statistiquement significative, l'entreprise contrôlée dispose d'un délai de six à douze mois pour prendre des mesures correctives et présenter une preuve qualifiée de son respect de l'égalité salariale²⁸. Si cette preuve n'est pas apportée dans les délais, le service d'achat de la Confédération chargé de l'adjudication peut exiger le versement de la peine conventionnelle prévue dans le contrat²⁹, exclure l'entreprise de la procédure de marchés publics ou révoquer l'adjudication³⁰, voire résilier le contrat³¹. L'entreprise contrôlée peut recourir contre une telle décision auprès du Tribunal administratif fédéral³². En revanche, si l'écart salarial sexospécifique observé dans l'entreprise est inférieur au seuil de tolérance de 5% ou si la valeur ne se situe pas de façon significative au-dessus de 5%, les conditions pour participer à la procédure de marchés publics de la Confédération sont réputées remplies en ce qui concerne l'égalité salariale entre femmes et hommes.

Comme les contrôles de l'égalité salariale dans les marchés publics ont pour seul but de rechercher les discriminations systématiques, ils ne permettent pas d'exclure l'existence de discriminations salariales envers un groupe de personnes ou des personnes individuelles au sens de la LEg. Par conséquent, une entreprise contrôlée dans le cadre d'un marché public ne peut pas utiliser le résultat positif de ce contrôle pour prouver qu'elle est exempte de manière générale de toute discrimination salariale à raison du sexe au sens de la LEg³³.

C. Enquête sur la structure des salaires (ESS)

L'enquête sur la structure des salaires (ESS) réalisée par l'Office fédéral de la statistique (OFS) permet une description macro-économique de la structure des salaires des

²⁷ Une observation est statistiquement significative lorsqu'elle est suffisamment fréquente pour ne pas être le fruit du hasard. Dans le modèle d'analyse standard de la Confédération et l'instrument *Logib*, on a défini à cet effet un niveau de confiance de 95%.

²⁸ CA, ch. 6, 4^e tiret, ch. 8.

²⁹ Cf. art. 6 al. 5, LMP. Voir aussi les Conditions générales de la Confédération, ch. 9.2 (achat de biens), ch. 11.2 (achat de services), ch. 4.3 (contrats de recherche), <https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/hilfsmittel/agb.html> (consulté le 6.01.2016).

³⁰ Art. 11 lit. d LMP.

³¹ CA, ch. 7, 2^e tiret.

³² Art. 27 al. 1 LMP.

³³ CA, ch. 5, par. 5.

entreprises dans l'ensemble des branches d'activité. La base de comparaison est constituée d'environ 1,7 million de personnes salariées dans quelque 35 000 entreprises privées et administrations publiques. Les résultats reposent sur les données fournies par écrit par des entreprises sélectionnées par échantillonnage³⁴. L'ESS a entre autres pour but de mettre en évidence les disparités salariales fondées sur le sexe ainsi que leur évolution au fil du temps au niveau macroéconomique. Les évaluations spéciales de l'ESS portant sur l'égalité salariale n'ont aucune conséquence juridique directe, contrairement aux actions individuelles en discrimination salariale intentées en vertu de la LEg et aux contrôles de l'égalité salariale dans les marchés publics de la Confédération.

III. La notion de discrimination salariale à raison du sexe

L'évaluation de la discrimination salariale à raison du sexe fait actuellement l'objet d'un débat critique³⁵. Dans ce cadre, il est important de bien distinguer deux notions : les *inégalités* salariales sexospécifiques sont des disparités salariales entre les sexes qui reposent à la fois sur des motifs objectifs, et donc non discriminatoires, et sur des motifs discriminatoires³⁶ ; les *discriminations* salariales sexospécifiques, quant à elles, représentent la part des inégalités salariales sexospécifiques qui ne peut pas être expliquée par des facteurs objectifs et non discriminatoires. Lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'une discrimination salariale fondée sur le sexe, il faut distinguer les trois niveaux d'analyse : les actions individuelles en justice, les contrôles dans le cadre des marchés publics et l'enquête sur la structure des salaires (cf. II *supra*).

En ce qui concerne les actions individuelles pour discrimination salariale fondées sur la LEg, le Tribunal fédéral affirme clairement dans sa jurisprudence que l'employeur doit prouver l'inexistence d'une discrimination salariale à raison du sexe en démontrant que l'inégalité salariale établie repose sur des motifs objectifs et non discriminatoires³⁷. Il faut en conclure que la part de la différence de salaire entre les sexes qui ne peut pas être justifiée par des motifs objectifs et non discriminatoires constitue une discrimination salariale à raison du sexe³⁸.

L'approche est comparable dans le modèle d'analyse standard de la Confédération utilisé pour contrôler le respect de l'égalité salariale dans les marchés publics de la Confédération.

³⁴ OFS, Enquêtes.

³⁵ Il suffit de lire MADUZ, 446 ; UNION PATRONALE SUISSE, « Discrimination salariale ».

³⁶ Cf. ATF 124 II 409, consid. 9c.

³⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_449/2008, 25.02.2009, consid. 3.1.

³⁸ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_449/2008, consid. 3.1.

La part de la différence entre les salaires des hommes et les salaires des femmes dans une même entreprise qui ne peut pas être expliquée par des facteurs objectifs et non discriminatoires est donc imputable au sexe, ce qui entraîne une présomption valable de discrimination salariale³⁹. Contrairement aux analyses effectuées dans le cadre d'actions individuelles en discrimination salariale, l'analyse standardisée et systématique pratiquée au niveau des entreprises ne peut pas prendre en considération la totalité des variables ayant une influence sur le salaire : d'une part, on ne peut pas tenir compte de variables ayant un potentiel discriminatoire du point de vue du genre (cf. IV.B *infra*) ; d'autre part, cela poserait des problèmes pratiques (égalité de traitement entre toutes les entreprises contrôlées, disponibilité des informations dans les entreprises, proportionnalité de la charge administrative que représente la collecte des données pour les entreprises). C'est pourquoi le seuil de tolérance de 5% tient compte de l'éventualité d'autres facteurs objectifs, spécifiques aux différentes entreprises et ayant une influence sur le salaire (cf. II.B.a *supra*).

Contrairement aux analyses pratiquées lors d'actions individuelles en égalité salariale ou aux contrôles effectués dans le cadre des marchés publics au niveau d'une entreprise, l'évaluation spéciale de l'enquête sur la structure des salaires n'a pas pour but de justifier des disparités salariales entre les sexes, mais de les expliquer scientifiquement. Elle peut donc inclure dans son analyse des variables susceptibles d'être appliquées de manière discriminatoire dans des cas individuels. En revanche, comme dans les actions individuelles en égalité salariale et les contrôles d'entreprises dans le cadre de marchés publics, l'évaluation de l'ESS mesure la part des disparités de salaire entre les sexes qui ne peut pas être expliquée par des facteurs objectifs⁴⁰. En statistique, c'est ce que l'on appelle la « part inexpliquée de l'écart salarial »⁴¹. Du point de vue juridique, cette différence peut être interprétée, ne serait-ce qu'en partie, comme le résultat d'une discrimination salariale à raison du sexe. C'est pourquoi l'Organisation internationale du travail (OIT) parle également pour la « part inexpliquée de l'écart salarial » de « discrimination et autres facteurs inexpliqués »⁴².

³⁹ BFEG, ch. 2.1.

⁴⁰ DONZÉ, p. 2 ss ; SILVIA STRUB/DÉSIRÉE STOCKER, I.

⁴¹ OFS, Salaire.

⁴² OIT.

IV. Appréciation juridique des motifs justifiant des différences de salaire entre les sexes

A. Analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans les actions individuelles en discrimination salariale selon la LEg

1. Introduction

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les différences de salaire entre les sexes ne sont en règle générale pas discriminatoires si elles reposent sur des « motifs objectifs ». Il s'agit avant tout de motifs pouvant avoir une influence sur la valeur du travail⁴³. Ce sont en particulier la formation, l'âge, l'ancienneté, les qualifications, l'expérience, le domaine de tâches ou encore les prestations fournies⁴⁴. L'analyse qui suit se limite aux motifs qui sont susceptibles de justifier des différences de salaire entre femmes et hommes dans des actions individuelles en discrimination salariale et dont il est question dans le débat public sur la mesurabilité de la discrimination salariale à raison du sexe⁴⁵.

2. Expérience professionnelle effective

Pour le Tribunal fédéral, il est admissible, dans le cadre d'une action individuelle en discrimination salariale, de justifier un écart de salaire sexospécifique en invoquant la différence d'expérience professionnelle par rapport aux personnes avec lesquelles la comparaison est faite, car ce facteur est de nature à influencer sur la valeur du travail effectué⁴⁶. Cependant, il incombe à l'employeur de démontrer dans le cas d'espèce quel rôle concret joue l'expérience professionnelle dans l'activité effectivement exercée et quelle valeur il accorde à cette expérience⁴⁷. De plus, les écarts de salaire sexospécifiques reposant sur une différence d'expérience professionnelle doivent être proportionnés. Le Tribunal fédéral a, par exemple, jugé disproportionné un écart de salaire de 16% en moyenne entre une travailleuse sociale et son collègue masculin qui avait sept années et

⁴³ ATF 125 III 368, consid. 5.

⁴⁴ ATF 124 II 409, consid. 9c.

⁴⁵ Postulat du conseiller national NOSER (14.3388) ; MADUZ, p. 440 et p. 443 ; question du conseiller national PETER SCHILLIGER (15.5271) du 03.06.2015 « L'écart salarial mesuré statistiquement justifie-t-il de légiférer ? », http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id= 20155271 (consulté le 7.01.2016).

⁴⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_449/2008, 25.02.2009, consid. 3.2.1.

⁴⁷ ATF 127 III 207, consid. 5.a.

demie d'expérience professionnelle de plus qu'elle (ainsi qu'une plus grande ancienneté et la maîtrise de deux langues). Le Tribunal a estimé qu'il fallait relativiser l'importance de cette plus longue expérience professionnelle parce que la travailleuse sociale concernée, au moment de la comparaison, était au service de l'employeur attaqué depuis sept ans déjà⁴⁸.

3. Prestations fournies

Les prestations effectivement fournies par le travailleur ou la travailleuse entrent également en ligne de compte pour justifier un écart salarial entre les sexes, estime le Tribunal fédéral, à condition que ces prestations se reflètent dans le résultat du travail⁴⁹. Cependant, une telle prestation de travail, qu'elle soit quantitative ou qualitative, doit être attestée dans les faits. La capacité de travail supérieure d'un individu n'implique pas nécessairement de meilleurs résultats. Le Tribunal fédéral a ainsi estimé, dans le cas d'une action individuelle en discrimination salariale d'une journaliste régionale, que l'affirmation générale selon laquelle la plus grande capacité de travail d'un collègue masculin s'était d'une manière ou d'une autre répercutée sur son travail était insuffisante pour justifier un écart de salaire avec la demanderesse⁵⁰. La doctrine relève également le potentiel discriminatoire que recèle la prise en compte de la composante « prestations de travail fournies » : on ne peut pas généraliser et affirmer que les femmes sont par nature moins performantes que les hommes⁵¹. Il n'en demeure pas moins que les femmes risquent d'être systématiquement discriminées lorsque les prestations sont évaluées subjectivement par les supérieurs hiérarchiques⁵². De plus, il y a un risque que les critères de performance à remplir soient plus difficiles à fournir dans les domaines d'activité typiquement féminins⁵³ et que, dans l'évaluation des collaboratrices et des collaborateurs, l'on tienne compte davantage de caractéristiques qui sont plus fréquentes dans les activités typiquement masculines⁵⁴.

4. Taux d'occupation

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'est clairement pas admissible de rémunérer des personnes travaillant à temps partiel avec un salaire proportionnellement inférieur à celui octroyé aux personnes effectuant un travail de valeur égale à temps plein. Le Tribunal

⁴⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_449/2008, 25.02.2009, consid. 3.2.1.

⁴⁹ ATF 136 II 393, consid. 11.3.

⁵⁰ ATF 125 III 368, consid. 5.b.

⁵¹ JANN, p. 70 s.

⁵² JANSSEN/TUOR SARTORE/BACKES-GELLNER, p. 20.

⁵³ SCHÄR MOSER/BAILLOD, p. 25.

⁵⁴ SCHÄR MOSER/BAILLOD, p. 26.

relève qu'il s'agit là pour la doctrine du parfait exemple de discrimination à raison du sexe puisque cette pratique touche en majorité des femmes⁵⁵. Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a estimé que l'employeur intimé n'avait pas à prendre en compte le fait que la demanderesse avait travaillé à 70% seulement pendant plusieurs années pour calculer son ancienneté (par rapport à ses collègues masculins)⁵⁶.

B. Relation entre les motifs justificatifs dans le cadre d'actions individuelles et les facteurs possibles lors des contrôles au niveau des entreprises

Il est important de préciser tout d'abord que, contrairement aux actions individuelles en discrimination salariale fondée sur la LEG, il n'existe pour les contrôles du respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes dans les marchés publics de la Confédération aucune jurisprudence connue. La question de savoir quels facteurs objectifs admis par le Tribunal fédéral pour justifier des écarts de salaire entre femmes et hommes dans des actions en discrimination salariale peuvent aussi servir à justifier des différences de salaire entre femmes et hommes lors des contrôles du respect de l'égalité dans l'ensemble d'une entreprise appelle les observations suivantes :

Contrairement aux actions individuelles en discrimination salariale, l'analyse systématique des salaires dans une entreprise compare non pas les salaires de deux personnes de sexe opposé, mais l'ensemble des salaires des femmes et des hommes de l'entreprise. Cette analyse ne permet donc pas d'apprécier la manière concrète dont les salaires des membres du personnel sont fixés individuellement. Il en découle que l'analyse à l'échelle d'une entreprise tout entière, contrairement à l'analyse individuelle pratiquée en cas d'action en discrimination salariale, ne permet pas de déterminer si les facteurs employés pour fixer les salaires sont appliqués de manière discriminatoire ou non. En conséquence, il faut exclure de l'analyse des salaires à l'échelle de l'entreprise les facteurs ayant le potentiel d'être appliqués de manière discriminatoire du point de vue du genre. Or, le risque d'une application discriminatoire ou stéréotypée est particulièrement élevé pour les facteurs impossibles ou difficiles à mesurer objectivement et dont l'évaluation subjective par l'employeur ouvre la porte à des appréciations discriminatoires pour un sexe ou pour l'autre. La composante « prestations de travail fournies » en est un exemple. Lorsqu'il compare la situation de deux personnes de sexe opposé, un tribunal peut tout à fait vérifier si, dans le cas d'espèce, la prise en compte des prestations effectivement fournies justifie un écart de salaire existant et n'est donc pas discriminatoire (cf. IV.A.2 *supra*). En revanche, cela n'est pas possible lorsque l'on analyse les salaires d'une

⁵⁵ ATF 124 II 436, E. 8.d) aa ; voir aussi MADUZ, p. 443.

⁵⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_449/2008, 25.02.2009, consid. 3.2.1.

entreprise dans leur globalité lors d'un contrôle systématique. On ne peut donc pas exclure que la composante « prestations de travail fournies » soit appréciée lors de la fixation des salaires différemment selon le sexe des employés et ce de manière indue (cf. IV.A.3 *supra*). Si une telle variable était prise en compte dans l'analyse des salaires d'une entreprise, cela pourrait conduire à une discrimination indirecte à raison du sexe. Selon le Tribunal fédéral, il y a une discrimination indirecte à raison du sexe lorsqu'une réglementation formellement neutre du point de vue du genre a pour résultat de désavantager fortement, sans motif objectif, un nombre beaucoup plus important voire une très large majorité de personnes d'un sexe par rapport aux personnes du sexe opposé⁵⁷. Dans l'exemple concret, on serait en présence d'une telle discrimination indirecte si l'application discriminatoire du facteur « prestations de travail fournies » dans une analyse systématique des salaires aboutissait à défavoriser fortement les femmes.

Dans quelle mesure pourrait-on inclure des variables supplémentaires dans les analyses pratiquées au niveau des entreprises avec le modèle d'analyse standard de la Confédération (instrument *Logib*) ? C'est l'objet d'une expertise que le BFEG a confiée à des spécialistes indépendants suite au postulat du conseiller national RUEDI NOSER « Egalité salariale. Améliorer la pertinence des statistiques »⁵⁸. L'expertise scientifique conclut que les variables utilisées jusqu'à présent dans le modèle standard de la Confédération sont appropriées et qu'il convient de les conserver. En revanche, les variables proposées par le postulat (expérience professionnelle, expérience en matière de direction, formation continue, connaissances linguistiques et taux d'occupation durant la carrière professionnelle) ne présentent pas les qualités requises pour être intégrées dans le modèle standard⁵⁹.

V. Conclusion

Dans le débat actuel sur la mesure de la discrimination salariale à raison du sexe, on observe fréquemment une confusion entre les différents niveaux d'analyse, à savoir le niveau individuel des actions en discrimination salariale, le niveau des entreprises dont la pratique salariale est contrôlée dans le cadre des marchés publics et l'analyse des salaires au niveau macroéconomique au moyen de l'enquête sur la structure des salaires. Cette confusion occulte le fait que les variables servant à fonder des écarts de salaire entre les sexes ne sont pas les mêmes suivant les niveaux d'analyse, parce que la base de comparaison et le contexte juridique sont à chaque fois différents.

⁵⁷ ATF 125 II 385, consid. 3.b.

⁵⁸ Postulat du conseiller national NOSER (14.3388).

⁵⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 126.

Enfin, il n'est pas inutile de préciser que le modèle d'analyse standard appliqué par la Confédération dans les marchés publics est scientifiquement reconnu et conforme aux normes nationales et internationales. D'ailleurs, les analyses de l'égalité salariale pratiquées dans d'autres pays d'Europe (p. ex. la Belgique, l'Allemagne, la Finlande, la France, la Grande-Bretagne, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne et le Portugal) reposent sur le modèle d'analyse standard de la Confédération⁶⁰.

VI. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (éd.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011 (cité : CLÉg-AUTEUR).

BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES (BFEG), Modèle d'analyse standard relatif au contrôle du respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes dans les marchés publics de la Confédération (approche méthodologique), 2015, <http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00072/00079/index.html?lang=fr> (consulté le 6.01.2016).

CONFÉRENCE DES ACHATS DE LA CONFÉDÉRATION (CA), Lignes directrices « Contrôle du respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes dans les marchés publics de la Confédération », 2014, ch. 3, <https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/oeffentliches-beschaffungswesen/arbeitsschutzbestimmungen-und--bedingungen--lohngleichheit.html> (consulté le 6.01.2016).

CONSEIL FÉDÉRAL, décision du 22.10.2014 concernant l'adoption de nouvelles mesures étatiques pour imposer l'égalité salariale, <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=54905> (consulté le 6.01.2016) (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, décision).

CONSEIL FÉDÉRAL, réponse à la question du conseiller national PETER SCHILLIGER (15.5270) du 08.06.2015 « Ecart salarial. Ne pas confondre "discriminatoire" et "inexpliqué" », http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20155270 (consulté le 6.01.2016) (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, réponse).

DONZÉ LAURENT, Analyse des salaires des femmes et des hommes sur la base des enquêtes sur la structure des salaires 2008 et 2010, 2013.

FELFE CHRISTINA/TRAGESER JUDITH/ITEN ROLF, Etude des analyses appliquées par la Confédération pour évaluer l'égalité des salaires entre femmes et hommes, Berne 2015.

JANN BEN, Erwerbsarbeit, Einkommen und Geschlecht, Zurich 2008.

JANSSEN SIMON/TUOR SARTORE SIMONE N./BACKES-GELLNER USCHI, Discriminatory Social Attitudes and Varying Gender Pay Gaps within Firms, Zurich 2014.

⁶⁰ Cf. projet « equal pace », <http://www.equal-pace.eu/> (consulté le 7.01.2016).

- KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (éd.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2^e éd., Bâle 2009 (cité : K GLG-AUTEUR).
- MADUZ CHRISTIAN, *Lohndiskriminierung zwischen Frau und Mann : kritische Würdigung der Regressionsanalyse*, PJA 2015, p. 437 ss.
- PS SUISSE, *Papier de position « Enfin réaliser l'égalité salariale. Plan de mesures en faveur de l'égalité salariale entre les femmes et les hommes »*, 20.04.2015, <http://www.sp-ps.ch/fr/publications/communiqués-de-presse/34-ans-de-non-respect-constitutionnel-appliquer-enfin-legalite> (consulté le 6.01.2016).
- OFS, *Enquêtes, sources – Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), fiche signalétique*, 2014, http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/infothek/erhebungen__quellen/blank/blank/sle/01.html (consulté 6.01.2016) (cité : OFS, enquête).
- OFS, *Salaire et revenus du travail – Indicateurs. Niveau des salaires – par sexe*, 2015, http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/04/blank/key/lohnstruktur/nach_geschlecht.html (consulté le 6.01.2016) (cité : OFS, Salaire).
- OIT, *Rapport mondial sur les salaires 2014/15*, <http://www.ilo.org/global/research/global-reports/global-wage-report/2014/lang--fr/index.htm>, 54 (consulté le 7.01.2016).
- SCHÄR MOSER MARIANNE/BAILLOD JÜRIG, *Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung*, Berne 2006.
- STRUB SILVIA/STOCKER DÉSIRÉE *Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturerhebung 2008*, 2010.
- UNION PATRONALE SUISSE, « *Discrimination salariale* » : meilleures méthodes de recensement plutôt que police des salaires !, 21.04.2015, <http://www.arbeitgeber.ch/fr/marche-du-travail/discrimination-salariale-meilleures-methodes-de-recensement-plutot-que-police-des-salaires/> (consulté 06.01.2016) (cité : UNION PATRONALE SUISSE, « Discrimination salariale »).
- UNION PATRONALE SUISSE, *Prise de position égalité des salaires*, 05.03.2015, http://www.arbeitgeber.ch/wp-content/uploads/2015/03/20150305_UPS-Prise-de-position-egalite-des-salaires.pdf (consulté le 6.01.2016) (cité : UNION PATRONALE SUISSE, *Prise de position*).

Lohngleichheitskontrollen im Beschaffungswesen des Bundes

Inhaltsverzeichnis	Seite
I. Einleitung	240
A. Die Entwicklung eines Verfahrens und einer Methode zur Überprüfung der Lohngleichheit	241
B. Anwendung und Weiterentwicklung der Methode sowie Entwicklung des Instruments <i>Logib</i>	242
II. Methoden zur Kontrolle der Lohngleichheit	243
A. Arbeitswissenschaftliche Arbeitsbewertung	243
B. Statistische Lohnanalyse	244
III. Das Standard-Analysemodell des Bundes	248
A. Auswahlkriterien für die unabhängigen Variablen des Standard-Analysemodells des Bundes	249
B. Die unabhängigen Variablen des Standard-Analysemodells des Bundes	252
C. Die abhängige Variable des Standard-Analysemodells des Bundes	254
D. Die Toleranzschwelle von 5%	255
E. Die Kontrollen im Beschaffungswesen im Vergleich mit anderen Ebenen der Kontrolle der Lohngleichheit und Messung von geschlechtsspezifischer Lohndiskriminierung	256
IV. Der Kontrollprozess im Beschaffungswesen des Bundes	258
V. Rückblick auf 10 Jahre Kontrollpraxis	261
VI. Ausblick	262
VII. Bibliographie	264

* Die Autoren bedanken sich bei Frau Dr. SYLVIE DURRER, Frau Dr. ANDREA BINDER und Herrn PATRIC AEBERHARD für ihre wertvollen Beiträge zu diesem Artikel.

I. Einleitung

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Kontrolle der Einhaltung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann im Beschaffungswesen des Bundes. Diesbezügliche Kontrollen auf Unternehmensebene werden bereits seit 2006 im Auftrag der Beschaffungskonferenz des Bundes BKB vom Eidgenössischen Büro für Gleichstellung von Frau und Mann EBG durchgeführt. Wichtig ist zu beachten, dass die Analyse der Lohngleichheit hierbei auf Ebene eines einzelnen Unternehmens stattfindet.¹

Die Kontrollen im Beschaffungswesen des Bundes gilt es auch klar von freiwilligen Lohngleichheitsanalysen von einzelnen Unternehmen einerseits sowie von den derzeit laufenden Arbeiten an einer Gesetzesrevision zu weiterführenden staatlichen Massnahmen im Bereich der Lohngleichheit² andererseits zu unterscheiden.

Der Beitrag beginnt mit einem kurzen Blick zurück in die Vergangenheit, das heisst auf die Entwicklung des Kontrollinstruments *Logib* Ende der 1990er Jahre sowie einige wichtige Entwicklungen in der nunmehr zehnjährigen Kontrollpraxis. Im zweiten Teil werden die beiden grundsätzlich zur Verfügung stehenden Methoden zur Feststellung von Lohn(un)gleichheit vorgestellt und das Instrument *Logib* wird vor diesem Hintergrund methodisch der statistischen Lohnanalyse zugeordnet. In einem dritten Kapitel wird das Standard-Analysemodell des Bundes, welches mit dem Instrument *Logib* technisch umgesetzt wurde, im Detail vorgestellt und diskutiert. Diese Diskussion wird im folgenden Kapitel ergänzt durch eine Darstellung des Kontrollprozesses im Beschaffungswesen des Bundes. Im fünften Kapitel wird ein Blick auf die Ergebnisse und Erfahrungen aus zehn Jahren Kontrollpraxis geworfen, um den Beitrag schliesslich mit einem Ausblick basierend auf einer Diskussion der aktuellsten Entwicklungen zum Thema Lohngleichheit in der Schweiz zu beenden.

¹ Lohngleichheitsanalysen finden in der Schweiz grundsätzlich auf drei verschiedenen Ebenen statt: 1. auf Ebene der nationalen Statistik im Rahmen der Lohnstrukturhebung (LSE) des Bundesamts für Statistik BFS, 2. auf Unternehmensebene im Rahmen des Beschaffungswesens und 3. auf Ebene einzelner Arbeitnehmer-innen im Rahmen von individuellen Lohnklagen vor den zuständigen Gerichten. Die jeweiligen Zielsetzungen, Methoden und rechtlichen Grundlagen unterscheiden sich hierbei zwischen den drei Ebenen. Vgl. hierzu auch den Artikel von MARTI WHITEBREAD, S. 1552 und BUNDESRAT, Bericht in Erfüllung des Postulats 14.3388 Noser, S. 5-7.

² Vgl. dazu die am 18. November 2015 eröffnete Vernehmlassung des Eidgenössischen Justiz - und Polizeidepartements (EJPD) zum Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG), (<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/ge-setzgebung/lohngleichheit.html>) (zuletzt besucht am 07.12.15).

A. Die Entwicklung eines Verfahrens und einer Methode zur Überprüfung der Lohnleichheit

Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 16. Dezember 1994³ regelt in Art. 8 Abs. 1 Bst. c, dass öffentliche Aufträge der dem Gesetz unterstehenden Auftraggeberinnen nur an Anbieter und Anbieterinnen vergeben werden dürfen, „welche für jene Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die Leistungen in der Schweiz erbringen, die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohnleichheit gewährleisten“. Für nicht dem BöB unterstehende Bundesaufträge gilt die Lohnleichheitsanforderung gemäss Art. 6 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 11. Dezember 1995⁴ ebenfalls. Gemäss Art. 8 Abs. 2 des BöB steht der Auftraggeberin das Recht zu, die Einhaltung der „Gleichbehandlung von Frau und Mann zu kontrollieren oder kontrollieren zu lassen“. Die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 11. Dezember 1995 sieht in Art. 6 Abs. 4 vor, dass die entsprechenden Kontrollen von der Auftraggeberin selbst oder durch eine von ihr beauftragte andere geeignete Instanz, insbesondere durch Gleichstellungsbüros von Bund, Kantonen und Gemeinden, vorgenommen werden können. Die Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) hat die Kontrolle der Einhaltung der Lohnleichheit im Beschaffungswesen des Bundes dem Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) übertragen⁵.

Vor diesem Hintergrund wurde das Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien (BASS) im Jahr 1999 gemeinsam vom EBG und der Eidgenössischen Finanzverwaltung mit einer Untersuchung beauftragt, in welcher Art die Einhaltung der Bestimmung bezüglich der Lohnleichheit konkret kontrolliert und umgesetzt werden kann.

Aus diesem Auftrag ging im Jahr 2001 ein Kontrollverfahren hervor, welches im Rahmen eines Pilotprojekts in den Jahren 2001-2004 an fünf Unternehmen auf seine Praktikabilität hin getestet wurde. Nach Erstellung und Auswertung eines ausführlichen Berichts über die Pilotphase⁶ erfolgte im Jahr 2005 ein Fachhearing und das Abfassen eines Methodenbeschriebs, bevor im Jahr 2006 die ersten regulären Kontrollen im Beschaffungswesen des Bundes durchgeführt wurden.

³ Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB), RS 172.056.1.

⁴ Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB), RS 72.056.11.

⁵ EBG/BKB, Leitlinien 2014, Ziff. 3, <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/arbeitschutzbestimmungen-und--bedingungen--lohnleichheit.html> (zuletzt besucht am 16.11.15).

⁶ BASS.

B. Anwendung und Weiterentwicklung der Methode sowie Entwicklung des Instruments *Logib*

Der Bund lässt durch BKB bzw. EBG seit dem Jahr 2006 anhand des Standard-Analysemodells des Bundes regelmässig Kontrollen zur Einhaltung der Bestimmungen hinsichtlich Lohngleichheit zwischen Frau und Mann in Unternehmen mit mehr als 50 Mitarbeitenden durchführen, die im Beschaffungswesen des Bundes tätig sind.

Das Instrument *Logib* ist eine auf Excel basierende, auch für Personen ohne vertieftes Statistik-Know-How einfach handhabbare technische Umsetzung des Standard-Analysemodells des Bundes. *Logib* wurde entwickelt, um Unternehmen die Möglichkeit zu geben, ihre Lohnpraxis selber zu überprüfen und somit gewährleisten zu können, dass für öffentliche Beschaffungen die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit gewährleistet ist. *Logib* wird vom Bund kostenlos zur freien Verfügung gestellt. Dies ermöglicht den Unternehmen, einen vollkommen autonomen und anonymen Selbsttest ihrer Lohnpraxis hinsichtlich der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann anhand ihrer Personal- und Lohnbuchhaltungsdaten durchzuführen.

Das Standard-Analysemodell des Bundes wurde zusammen mit seiner Anwendung im Kontrollprozess im Jahr 2011 evaluiert und zusätzlich im Jahr 2012 im Rahmen eines Hearings mit Fachpersonen diskutiert⁷. Den Empfehlungen aus diesem Hearing kam das EBG nach, indem der Kontrollprozess überarbeitet und optimiert wurde.

Ebenfalls in das Jahr 2006 fiel auch die Veröffentlichung der Ergebnisse einer Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes GIG. Aus diesem Anlass prüfte der Bundesrat, mit welchen behördlichen Massnahmen die Einhaltung der Lohngleichheit kontrolliert und durchgesetzt werden könnte. Man einigte sich auf einen sozialpartnerschaftlichen, auf dem Prinzip der Freiwilligkeit beruhenden Lösungsansatz, für dessen Laufzeit ein Moratorium für weitere staatliche Massnahmen in Kraft trat. So wurde der Lohngleichheitsdialog (LGD) ins Leben gerufen, der von 2010 bis 2014 dauerte, und in dessen Rahmen sich die Unternehmen auf freiwilliger Basis einer Lohngleichheitsanalyse unterziehen konnten. Für diese Analysen einigten sich die Sozialpartner auf das Standard-Analysemodell des Bundes und das Instrument *Logib* als Referenz. Unternehmen mit mehr als 50 Mitarbeitenden hatten somit die Möglichkeit, sich dem LGD anzuschliessen.

⁷ INFRAS.

II. Methoden zur Kontrolle der Lohngleichheit

Zur Klärung der Frage, ob eine geschlechtsdiskriminierende Lohnungleichheit vorliegt, stehen grundsätzlich zwei verschiedene Ansätze bzw. Methoden zur Verfügung⁸.

Einerseits kann anhand der *arbeitswissenschaftlichen Arbeitsbewertung* der Arbeitswert einer Funktion erfasst und so die Frage nach der Gleichwertigkeit der Arbeit geklärt werden. Andererseits lässt sich mittels der *statistischen Lohnanalyse* der Einfluss von verschiedenen objektiven Merkmalen oder Erklärungsfaktoren auf den Lohn ermitteln und auf diese Weise indirekt das Ausmass der auf das Geschlecht zurückzuführenden Lohnunterschiede berechnen.

Der folgende Beitrag beschäftigt sich ausführlicher mit Theorie und Praxis der statistischen Lohnanalyse, auf welcher das Lohngleichheitsinstrument des Bundes *Logib* beruht. Die Methode der arbeitswissenschaftlichen Arbeitsbewertung steht hingegen nicht im Zentrum dieses Beitrags und wird daher nur sehr kurz vorgestellt.

A. Arbeitswissenschaftliche Arbeitsbewertung

Die Methode der arbeitswissenschaftlichen Arbeitsbewertung ermöglicht es, den Arbeitswert einer Funktion zu bestimmen. Dieser Wert kann für verschiedene Funktionen innerhalb des Unternehmens verglichen werden, um festzustellen, ob zwei Funktionen gleichwertig sind im Sinne des in der Bundesverfassung in Art. 8 Abs. 3 verankerten Anspruchs auf „gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit“.

Im Rahmen einer Analyse werden hierzu für jeden Arbeitsplatz die jeweiligen Anforderungen und Belastungen erfasst, welche dann mit anderen Arbeitsplätzen verglichen werden können. Anforderungen beziehen sich hierbei einerseits auf die Kompetenzen, die zur Erfüllung der Aufgaben der Funktion zwingend notwendig sind, Belastungen andererseits auf beeinträchtigende Faktoren wie etwa Lärm oder Zeit- und Leistungsdruck, die mit der Aufgabenerledigung verbunden sein können.

Diese Analyse und Bewertung wird bei analytischen Arbeitsbewertungsmethoden in der Regel für verschiedene Dimensionen einer Arbeit getrennt vorgenommen. Typischerweise handelt es sich bei diesen Dimensionen um geistige Anforderungen, den Aspekt der Verantwortung, psycho-soziale sowie körperliche Anforderungen und Belastungen. Hierbei sind die Werte für jede einzelne Dimension gewichtet, sodass beispielsweise geistige Anforderungen bei der Ermittlung des Arbeitswertes einen grösseren Einfluss

⁸ SCHÄR MOSER/BAILLIOD.

haben als etwa körperliche Anforderungen. Der Arbeitswert wird grundsätzlich unabhängig von der Person, die eine Stelle besetzt, und von deren Arbeitspensum ermittelt.

Am Ende einer arbeitswissenschaftlichen Arbeitsbewertung steht für jede Funktion entsprechend ihren jeweiligen Anforderungen und Belastungen ein Punktwert, der den Arbeitswert der analysierten Funktion abbildet. Dieser Punktwert bildet anschliessend die Grundlage für die Bestimmung des jeweiligen Funktionslohns und die relative Position der Funktionen innerhalb des Lohnsystems bzw. Lohngefüges resp. für die Analyse der geschlechtsspezifischen Lohnunterschiede⁹. Die Methode der arbeitswissenschaftlichen Arbeitsbewertung wird auch bei gerichtlichen Lohngleichheitsklagen regelmässig mit Hilfe eines Expert-inn-en-Gutachtens für die Feststellung einer allfälligen geschlechtsspezifischen Lohndiskriminierung angewandt¹⁰. Um die juristische Tragfähigkeit eines solchen Gutachtens sicherzustellen, ist darauf zu achten, dass die Arbeitsplatzbewertung geschlechtsneutral und frei von stereotypen Rollenbildern erfolgt.

Wichtig ist hierbei zu beachten, dass mit solchen Arbeitsbewertungsverfahren ausschliesslich der Funktionslohn bewertet und verglichen werden kann. Bei anderen Lohnbestandteilen wie dem Personen-, Leistungs- oder Erfolgsanteil müssen entsprechend andere Methoden beigezogen werden¹¹.

Die Frage, wie sich die Löhne mit steigendem Arbeitswert entwickeln sollen, bleibt hierbei eine der Arbeitsbewertung nachgelagerte normative Entscheidung. Eine mit dem Funktionswert linear ansteigende Lohnkurve ist ebenso möglich wie die Definition verschiedener Lohnstufen, in denen mehrere gleichwertige Funktionen zusammengefasst werden. In der Praxis brechen oftmals die Löhne von Topkadern im Vergleich zu den übrigen Mitarbeitenden mehr oder weniger stark nach oben aus dem Lohnschema aus.

B. Statistische Lohnanalyse

Neben der arbeitswissenschaftlichen analytischen Arbeitsbewertung steht als zweite Methode zur Analyse von Lohndiskriminierung die statistische Lohnanalyse zur Verfügung. Diese ist im Vergleich zur analytischen Arbeitsbewertung, die sich auf den Funktionslohn beschränkt, etwas flexibler. In statistischen Lohnanalysen können gleichzeitig sowohl der Einfluss der Anforderungen an die Funktion – also der Funktionslohn – als auch der Einfluss individueller Merkmale der Arbeitnehmenden – und somit der Personenanteil des Lohnes – berücksichtigt werden. Zudem bietet diese Methode den Vorteil, dass im Unterschied zur arbeitswissenschaftlichen Arbeitsbewertung, welche

⁹ K GLG-FREIVOGEL, Rz 120 zu Art. 3 GIG.

¹⁰ Vgl. BGE 117 Ia 262, Erwägung 4c.).

¹¹ Siehe hierzu ausführlicher SCHÄR MOSER/BAILLOD, S. 19-28.

verschiedene Aspekte unterschiedlich gewichtet, keinerlei a priori Festlegung des Einflusses einzelner Variablen auf den Lohn erfolgt (d.h. es gibt keine Gewichtung). Spielt beispielsweise in der Praxis eines Unternehmens die Ausbildung oder das Dienstalter bei der Festlegung der Löhne keine Rolle, so wird dies in der statistischen Lohnanalyse entsprechend abgebildet.

Das Grundprinzip dieser Methode besteht darin, dass der Lohn als abhängige Variable anhand mathematischer Gleichungen in Beziehung zu mehreren unabhängigen bzw. erklärenden Variablen gesetzt wird. Auf diese Weise kann aufgrund der vorhandenen Daten einer Person oder einer Gruppe von Personen mit bestimmten Merkmalen (z.B. 35 Jahre alt, 10 potentielle Erwerbsjahre, unteres Kader etc.) der in dieser Stichprobe (d.h. alle Mitarbeitende des untersuchten Unternehmens) zu erwartende Lohn bestimmt werden. Zudem kann der getrennte Einfluss jeder einzelnen erklärenden Variablen auf den Lohn – unter gleichzeitiger Berücksichtigung des Einflusses aller anderen erklärenden Variablen – ermittelt werden.

Die Methode der statistischen Lohnanalyse basiert grundlegend auf der ökonomischen Humankapitaltheorie¹². Humankapital bezeichnet die persönliche Ausstattung an berufsrelevantem Wissen, Fertigkeiten und Erfahrung einer Person, die als Indikator für deren individuelle potentielle Arbeitsproduktivität dient. Die durch eine höhere Ausstattung an Humankapital erhöhte potentielle Arbeitsproduktivität wiederum wird auf dem Arbeitsmarkt höher entlohnt, wodurch Lohnunterschiede ökonomisch nachvollzogen und erklärt werden können. Dieser theoretisch fundierte Zusammenhang kann, wie oben geschildert, mathematisch in Form von Lohngleichungen¹³ dargestellt und statistisch anhand von Regressionsanalysen ermittelt werden.

Sind entsprechende Lohngleichungen rein auf Humankapitalfaktoren als unabhängige, erklärende Variablen beschränkt, so lassen sich jedoch Beschäftigungs- und Lohndiskriminierung nicht voneinander trennen. Dies liegt daran, dass das Humankapital sich ausschliesslich auf die Qualifikation, d.h. die Kompetenzen, das Wissen sowie die berufsspezifische und allgemeine Berufserfahrung einer *Person* bezieht. Die von der jeweiligen Person ausgeübte *Funktion* – und somit auch der entsprechende Funktionslohn – bleiben auf diese Weise unberücksichtigt. Schliesslich können zwei Personen mit vergleichbarer Humankapitalausstattung in sehr verschiedenen Funktionen arbeiten, mit denen wiederum unterschiedliche Funktionslöhne verbunden sind.

Um eigentliche Lohndiskriminierung im Sinne eines Verstosses gegen den Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit sichtbar zu machen, werden die entsprechenden Lohngleichungen bzw. Regressionsmodelle daher um funktionsbezogene Aspekte

¹² BECKER.

¹³ MINCER.

erweitert. Diese werden als weitere unabhängige bzw. erklärende Variablen in die Lohngleichung des Regressionsmodells aufgenommen. Auf diese Weise können Personen mit vergleichbarer Humankapitalausstattung, die in gleichwertigen Funktionen arbeiten, miteinander verglichen werden. Somit kann anhand der Methode der statistischen Lohnanalyse die Einhaltung des Anspruchs auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit überprüft werden.

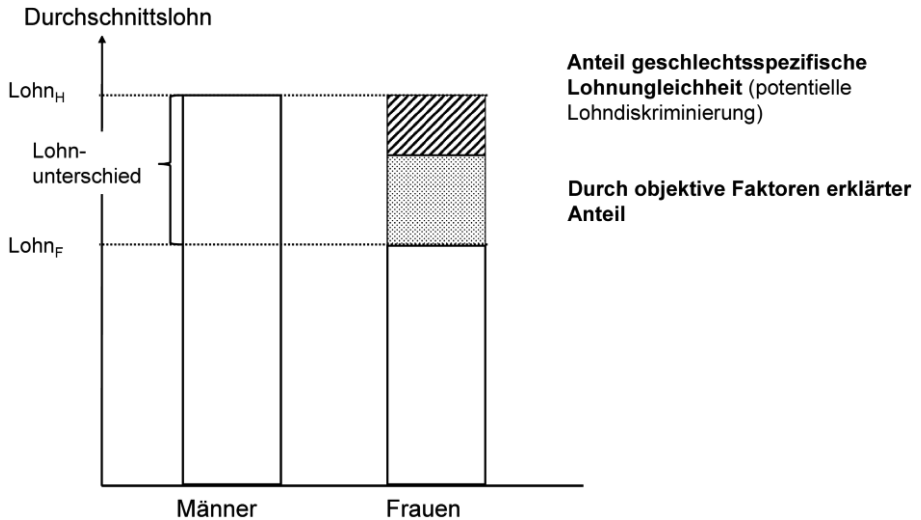
Ein ganz zentrales Merkmal dieser Methode ist, dass keinerlei normative Aussagen darüber gemacht werden, wie hoch Löhne sein sollten. Die statistische Lohnanalyse schlüsselt sozusagen lediglich die Lohnpraxis eines Unternehmens nach dem tatsächlich messbaren Einfluss jedes einzelnen in der Regressionsgleichung berücksichtigten Erklärungsfaktors (d.h. unabhängige bzw. erklärende Variablen) auf. Sie macht also sichtbar, welche erklärenden Faktoren die Löhne jeweils tatsächlich in der Lohnpraxis der untersuchten Organisation wie stark beeinflussen.

Da die Aufnahme einer erklärenden, unabhängigen Variable „Lohndiskriminierung“ in eine Lohngleichung nicht möglich ist, kann mit der statistischen Lohnanalyse methodisch nicht direkt ein diskriminierender Lohnunterschied nachgewiesen werden. Vielmehr funktioniert die Methode umgekehrt, indem der erklärende Anteil einer unabhängigen Variablen nach der anderen aufgerechnet und sozusagen vom anfänglichen, auf die gleiche Arbeitszeit standardisierten Brutto-Lohnunterschied Schritt für Schritt abgezogen wird. Ist der Erklärungsgehalt jeder einzelnen erklärenden Variablen statistisch ermittelt und vom Brutto-Lohnunterschied abgezogen, so kann ein unerklärter Anteil des Brutto-Lohnunterschieds verbleiben bzw. (je nach Spezifikation des Regressionsmodells) ein Anteil, der auf die Variable Geschlecht entfällt. Dieser Anteil ist in den unten eingefügten Abbildungen 1 und 2 mit schrägen Linien dargestellt.

Verbleibt am Ende ein Anteil am Lohnunterschied, der auf die erklärende Variable Geschlecht entfällt (geschlechtsspezifische Lohnungleichheit), so setzt sich dieser Anteil zusammen aus Diskriminierung und anderen unerklärten Einflussfaktoren¹⁴. Solch ein Ergebnis gibt im Rahmen der Kontrollen im Beschaffungswesen des Bundes Anlass zu einer begründeten Vermutung systematischer Lohndiskriminierung.

¹⁴ ILO, S. 45.

Abbildung 1: Lohnunterschied und potentielle Lohndiskriminierung



Systematische Lohndiskriminierung bezieht sich hierbei im Unterschied zu individueller Lohndiskriminierung auf einen geschlechtsspezifischen Lohnunterschied, der basierend auf den Daten aller Frauen und aller Männer innerhalb eines Unternehmens ermittelt wurde. Dieser Wert gibt an, wie viel die Gruppe der Frauen durchschnittlich bei vergleichbaren Merkmalen weniger verdient als die Gruppe der Männer.

Sofern im Rahmen einer statistischen Lohnanalyse kein unerklärter bzw. auf die unabhängige Variable Geschlecht entfallender Anteil an Lohnungleichheit ermittelt wird, so liegt kein Verdacht einer systematischen Lohndiskriminierung vor.¹⁵

Wichtig in diesem Zusammenhang ist jedoch, dass anhand einer statistischen Lohnanalyse *ausschliesslich* auf *systematische Lohndiskriminierung* hin analysiert werden kann. Diese Einschränkung bedeutet konkret, dass hier methodenbedingt die *individuelle Ebene nicht analysiert* wird. Daher ist es möglich, dass Lohndiskriminierung gegen einzelne Individuen oder Gruppen besteht, obwohl auf Ebene des gesamten Unternehmens, also bei der kollektiven Betrachtung aller Männer und aller Frauen, kein Verdacht auf systematische Lohndiskriminierung begründet wurde.

¹⁵ Dies gilt, sofern keine unabhängigen, erklärenden Variablen mit Diskriminierungspotential in die Lohnleichung aufgenommen worden sind.

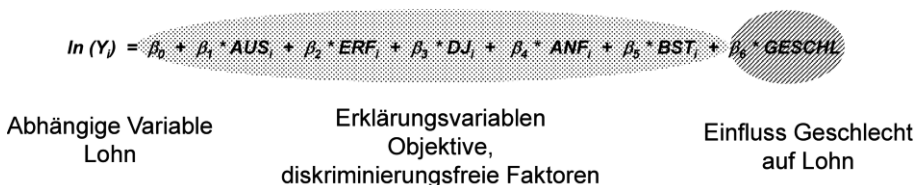
III. Das Standard-Analysemodell des Bundes

Das Standard-Analysemodell des Bundes besteht aus drei Komponenten: 1. Einem Modell, 2. Einer Methode und 3. Einer Toleranzschwelle. Das Modell beschreibt die in der Lohngleichung enthaltenen unabhängigen, erklärenden Variablen und deren genaue Operationalisierung und Spezifikation, während die Methode sich auf das verwendete statistische Verfahren bezieht.

Das Kontrollinstrument *Logib* beruht auf der Methode der statistischen Lohnanalyse, wobei genauer gesagt eine Regressionsanalyse anhand der OLS-Methode mit Dummyspezifikation zum Einsatz kommt¹⁶. Dies bedeutet, dass das Merkmal Geschlecht als eine unabhängige, erklärende Variable in die Regressionsgleichung (vgl. Abb. 2 unten) aufgenommen wird. So kann ermittelt werden, ob nach Berücksichtigung einer Reihe von objektiven, diskriminierungsfreien erklärenden Faktoren das Geschlecht als weiterer Faktor einen Einfluss auf die Lohnpraxis eines Unternehmens hat.

Ein wichtiges Kriterium, das der Wahl dieser Methode zugrunde lag, war die vorangegangene Zulassung der Regressionsanalyse bei der Behandlung von Lohngleichheitsfragen durch das Bundesgericht¹⁷.

Abbildung 2: Vereinfacht dargestellte Lohngleichung des Standard-Analysemodells mit objektiven Faktoren sowie Geschlecht als unabhängige, erklärende Variablen



¹⁶ Ausführlichere Informationen zur OLS-Methode und der genauen Modellspezifikation sind im Dokument „Standard-Analysemodell zur Überprüfung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann im Beschaffungswesen des Bundes (Methodenbeschreibung)“ zu finden unter <http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00012/00194/00205/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 16.11.15).

¹⁷ Siehe BGE 130 III 145, Erwägung 6.3.: In dieser Entscheidung hat das Bundesgericht die Regressionsanalyse zugelassen, um insbesondere den geschuldeten Lohn bei einer Lohndiskriminierungsklage zu berechnen.

A. Auswahlkriterien für die unabhängigen Variablen des Standard-Analysemodells des Bundes

Bei der Erstellung eines Regressionsmodells stellt sich ganz grundsätzlich die Frage nach der Auswahl der richtigen unabhängigen, erklärenden Variablen, die für das Analysemodell in die entsprechende Lohngleichung bzw. das oben abgebildete Regressionsmodell aufgenommen werden sollten. Im Folgenden werden diejenigen unabhängigen Variablen, welche ins Standard-Analysemodell des Bundes aufgenommen worden sind, sowie die Gründe für die Aufnahme gerade dieser Variablen näher erläutert.

Das Standard-Analysemodell kommt im Rahmen der Kontrollen der Voraussetzung der Lohngleichheit im Beschaffungswesen des Bundes seit zehn Jahren bei Unternehmen mit mehr als 50 Mitarbeitenden regelmässig zur Anwendung. Das Selbsttestinstrument *Logib* setzt das Standard-Analysemodell des Bundes technisch in Excel um und macht so für Laien eine statistische Lohnanalyse anwendbar. Dies ist ein wichtiger Aspekt, denn mit *Logib* sind Selbstkontrollen von Unternehmen möglich, die z.B. im Rahmen der Vorbereitung einer Offerte im Beschaffungswesen des Bundes oder aber zur internen Überprüfung ihrer Lohnpraxis einen Selbsttest Lohngleichheit durchführen möchten.

Aus diesen Anwendungen ergeben sich mehrere Kriterien für das Standard-Analysemodell des Bundes und die Auswahl der unabhängigen, erklärenden Variablen der Lohngleichung:

- **Wissenschaftliches Kriterium:** Die in der Lohngleichung enthaltenen unabhängigen, erklärenden Variablen müssen ein Regressionsmodell ermöglichen, welches die tatsächlichen Löhne möglichst gut abbildet und verlässliche Ergebnisse liefert.
- **Rechtliches Kriterium 1:** Aus rechtlicher Sicht müssen die unabhängigen Variablen jeweils objektiv bzw. diskriminierungsfrei sein, um einen Lohnunterschied rechtfertigen zu können.
- **Rechtliches Kriterium 2:** Die Lohngleichung des Regressionsmodells muss eine Überprüfung des Anspruchs auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit ermöglichen.
- **Rechtliches Kriterium 3:** Die Gleichbehandlung aller im Beschaffungswesen offerierenden Unternehmen muss gewährleistet sein. Alle Unternehmen müssen daher mit demselben Mass sowie am gleichen Massstab gemessen werden.
- **Praktisches Kriterium:** Die Durchführung einer statistischen Lohnanalyse anhand des Standard-Analysemodells des Bundes muss praktisch machbar und der Aufwand verhältnismässig sein. D.h. die benötigten Daten müssen in den Unternehmen vorhanden sein bzw. mit wenig Aufwand erhoben und für eine solche Analyse verwendet werden können.

Um ein Analysemodell zu erhalten, welches wissenschaftlichen Kriterien entspricht und die tatsächlichen Löhne möglichst gut abbilden kann, ist es sinnvoll, das

Regressionsmodell aus einer Theorie abzuleiten. Wie oben erwähnt, basieren statistische Lohngleichungen bzw. Regressionsmodelle üblicherweise auf der Humankapitaltheorie von Becker¹⁸. Dies trifft auch auf das Standard-Analysemodell des Bundes zu. Demnach ist die persönliche Ausstattung mit Humankapital im Sinne beruflich nutzbaren Wissens und nützlicher Erfahrungen ein Indikator für die Grenzproduktivität eines Individuums. Die erhöhte Grenzproduktivität von Individuen, welche über mehr Humankapital verfügen, wird auf dem Arbeitsmarkt entsprechend höher entlohnt.

Das individuell vorhandene Humankapital wird im Standard-Analysemodell des Bundes über die drei *personenbezogenen* unabhängigen Variablen Ausbildung, Dienstalter und potenzielle Erwerbserfahrung abgebildet. Mit einer Lohngleichung, die diese unabhängigen, erklärenden Variablen enthält, kann also bereits ermittelt werden, ob Personen bei vergleichbarer Ausbildung, Dienstalter und Erwerbserfahrung gleich viel verdienen.

Um nun jedoch zu ermitteln, ob das Unternehmen dem Anspruch auf gleichen Lohn für *gleichwertige Arbeit* gerecht wird, muss die Lohngleichung bzw. das Regressionsmodell zusätzlich um *arbeitsplatzbezogene* unabhängige Variablen erweitert werden. Diese Variablen dienen dazu, den Funktionswert bzw. den Funktionsanteil des Lohnes zu erfassen. Auf diese Weise können die Löhne von Personen mit vergleichbarer Humankapitalausstattung, die in gleichwertigen Funktionen arbeiten, miteinander verglichen werden. Das Standard-Analysemodell des Bundes enthält daher die beiden arbeitsplatzbezogenen erklärenden, unabhängigen Variablen Kompetenzniveau und berufliche Stellung. Das Kompetenzniveau spiegelt diejenigen Fähigkeiten und Fertigkeiten wider, die zur Verrichtung der Arbeiten und Aufgaben benötigt werden, die mit der Ausübung eines bestimmten Berufes bzw. einer bestimmten Funktion verbunden sind. Die berufliche Stellung wiederum bezieht sich auf die Aspekte der Verantwortung und Führung von Mitarbeitenden. Die Verantwortung für Mitarbeitende einerseits sowie für den Geschäftserfolg andererseits steigt in der Regel mit dem Aufstieg in Kaderpositionen an.

Aus gleichstellungsrechtlicher Sicht ist bei der Auswahl der unabhängigen, erklärenden Variablen Vorsicht geboten, denn diese Variablen müssen objektiv bzw. diskriminierungsfrei sein.¹⁹ So ist es durchaus möglich, dass bestimmte Einflussfaktoren, sofern sie als unabhängige Variable in das Modell aufgenommen würden, einen Teil der Löhne bzw. der Lohnunterschiede *erklären* könnten. Hingegen vermögen nicht alle möglichen Faktoren als unabhängige, erklärende Variablen Lohnunterschiede auch zu

¹⁸ BECKER, *op. cit.*

¹⁹ Zu den objektiven Rechtfertigungsgründen für eine geschlechtsspezifische Lohnungleichheit auf Ebene von individuellen Lohnklagen siehe neben vielen BGE 125 III 368, Erwägung 5.

rechtfertigen. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die entsprechende Variable direktes oder indirektes Diskriminierungspotential beinhaltet²⁰. Ein Beispiel für einen Faktor, der aus diesem Grund seitens des Bundesgerichts nicht als objektiver Grund anerkannt worden ist, um Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern zu rechtfertigen, ist der Beschäftigungsgrad bzw. Teilzeitarbeit²¹. Diesbezüglich hat das Bundesgericht festgestellt, dass sich Regelungen, die einen tieferen Stundenlohn für Arbeitnehmende in Teilzeit gegenüber Vollzeitbeschäftigten vorsehen, einseitig zulasten der Frauen auswirken würden, und somit indirekt diskriminierend wirken. Dies aufgrund der Tatsache, dass die grosse Mehrheit aller Teilzeitbeschäftigten – und damit die von dieser Regelung negativ betroffenen – Frauen sind.

Werden unabhängige Variablen mit Diskriminierungspotential in der Regressionsgleichung mit aufgenommen, so besteht also die Gefahr, dass effektiv vorhandene Diskriminierung verdeckt wird. Aus rechtlicher Sicht kann wiederum argumentiert werden, dass beim Vorliegen von Lohnungleichheiten zwischen Frauen und Männern, die nicht auf objektive, diskriminierungsfreie Faktoren zurückgeführt werden können, die begründete Vermutung einer Lohndiskriminierung besteht.²²

Ein weiterer häufig diskutierter Faktor, der bewusst nicht im Standard-Analysemodell des Bundes, als unabhängige, erklärende Variable aufgenommen wurde, ist die individuelle Leistung. Dies liegt darin begründet, dass einerseits im Rahmen der Leistungsbewertung durch den oder die Vorgesetzte-n sowie in den entsprechenden Prozessen innerhalb der Organisation bekanntermassen erhebliches Potential für Wahrnehmungsverzerrungen und somit für Geschlechterdiskriminierung besteht. Eine im juristischen Sinne nachweisbar objektive Leistungsbewertung dürfte in der Realität in vielen Berufen und Funktionen kaum zu gewährleisten sein. Andererseits wird mit der statistischen Lohnanalyse wie oben beschrieben die Lohnpraxis eines Unternehmens als Ganzes analysiert und auf systematische Lohndiskriminierung überprüft. Im Einzelfall mögen Leistungsunterschiede klar feststellbar sein und es kann im Sinne eines Anreizes sinnvoll sein, einzelne Mitarbeitende, die besonderes geleistet haben, hierfür gesondert zu entlohnen. Da sich die *systematische* Lohndiskriminierung jedoch auf systematisch feststellbare, nicht auf objektive, diskriminierungsfreie Faktoren zurückführbare Lohnunterschiede zwischen der *Gesamtheit* der Frauen und der *Gesamtheit* der Männer

²⁰ Eine indirekte Diskriminierung liegt gemäss Bundesgericht vor, „wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts ohne sachliche Begründung gegenüber jenen des anderen Geschlechts erheblich benachteiligt“, siehe BGE 125 II 385, Erwägung 3 b).

²¹ BGE 124 II 436 Diese Feststellung wurde in späteren BGer-Urteilen bestätigt, z.B. Urteil des Bundesgerichts 4C.57/2002 vom 10. September 2002.

²² Vgl. hierzu auch den Artikel von MARTI WHITEBREAD.

bezieht, spielen individuelle Leistungsunterschiede hierbei keine Rolle. Die individuelle Leistung könnte bei einer Analyse auf dieser kollektiven Ebene nur dann eine Rolle spielen, sofern angenommen würde, dass sich Männer und Frauen systematisch in ihren individuellen Leistungen unterscheiden, d.h. dass alle Vertreter-innen eines Geschlechts durchweg schlechtere Leistungen erbringen müssten als die Vertreter-innen des andern Geschlechts. Dies kann jedoch nicht plausibel angenommen werden und entspräche zudem auch nicht der Logik eines Anreizes durch einen individuellen, leistungsbasierten Lohnanteil.²³

Da das Standard-Analysemodell des Bundes im Beschaffungswesen angewendet wird, um zu überprüfen, ob Unternehmen die Voraussetzung der Lohngleichheit für den Erhalt eines Bundesauftrages erfüllen, muss die Gleichbehandlung gewährleistet sein. Aus diesem Grund handelt es sich um ein Standard-Analysemodell, in welchem bestimmte, juristisch auf ihre Objektivität hin geprüfte, lohnrelevante Faktoren als unabhängige, erklärende Variablen fest einprogrammiert sind. Anhand dieses Modells werden sämtliche Unternehmen mit exakt dem gleichen Mass am selben Massstab gemessen.

Schliesslich müssen sämtliche Informationen, die als unabhängige, erklärende Variablen in der Lohn- bzw. Regressionsgleichung des Standard-Analysemodells des Bundes benötigt werden, in den Unternehmen auch praktisch vorhanden sein und für eine Lohngleichheitsanalyse mit vertretbarem Aufwand genutzt werden können. Dies betrifft unter anderem den Aspekt der Operationalisierung der unabhängigen, erklärenden Variablen, d.h. deren sinnvolle Quantifizierung für die statistischen Verfahren. Daher wurden für das Standard-Analysemodell des Bundes bewusst Informationen verwendet, welche bereits regelmässig im Rahmen der alle zwei Jahre stattfindenden Lohnstrukturerhebung an das BFS gesendet werden müssen und daher bereits in den Unternehmen vorhanden sind. Hierdurch wird der zusätzliche Aufwand für eine Lohngleichheitsanalyse auf ein Minimum reduziert. Die Operationalisierung dieser Variablen im Standard-Analysemodell des Bundes entspricht hierbei derjenigen, die durch das BFS in Zusammenarbeit mit den Unternehmen nach national wie international anerkannten Standards definiert worden ist.

B. Die unabhängigen Variablen des Standard-Analysemodells des Bundes

Sämtliche im Standard-Analysemodell des Bundes enthaltenen unabhängigen, erklärenden Variablen erfüllen die oben erläuterten Kriterien. In der Lohngleichung des Regressionsmodells sind die folgend beschriebenen Variablen enthalten.

²³ Vgl. dazu MARTI WHITEBREAD.

1. Personenbezogene Variablen (persönliche Qualifikationsmerkmale)

- *Alter (deskriptiv)*
- *Ausbildungsabschlüsse (deskriptiv)*
- Ausbildungsjahre (hergeleitet aus Ausbildungsabschlüssen)
- Dienstjahre
- Potentielle Erwerbsjahre (hergeleitet: $\text{Alter} - \text{Ausbildungsjahre} - 6 \text{ Vorschuljahre}$)

2. Arbeitsplatzbezogene Variablen

- Kompetenzniveau
- Berufliche Stellung

3. Geschlecht

Die in *Kursivschrift* aufgeführten Variablen *Alter* und *Ausbildungsabschlüsse* werden in *Logib* erfasst und für eine deskriptive Auswertung genutzt. Dies heisst, dass statistisch beschrieben wird, wie hoch jeweils die Löhne von Frauen und Männern innerhalb einer bestimmten Altersgruppe bzw. eines bestimmten Bildungsniveaus sind.

Bei diesen beiden *deskriptiven* Statistiken wird lediglich der Zusammenhang zwischen dem einzelnen betrachteten Merkmal (z.B. Alter oder Bildungsabschluss) und dem Lohn aufgezeigt, ohne dass hierbei auch die anderen Einflussfaktoren mit berücksichtigt werden.

Das eigentliche Regressionsmodell hingegen, anhand dessen der mögliche Einfluss der *erklärenden* Variable Geschlecht ermittelt wird, berücksichtigt im Unterschied zu den deskriptiven Statistiken den Einfluss aller oben nicht in kursiv gedruckten unabhängigen, erklärenden Variablen zugleich.

Hierbei werden in *Logib* **zwei Regressionsmodelle** für die statistische Lohnanalyse verwendet:

Das **erste Modell**, die **pQ-Regression**, schliesst die oben unter 1. (nicht in Kursivschrift) aufgeführten persönlichen Qualifikationsmerkmale Ausbildungsjahre, Dienstjahre und potentielle Erwerbserfahrung sowie das Geschlecht als Variablen mit ein. Das Ergebnis aus dieser Statistik gibt an, ob bzw. wie stark sich die Löhne von Frauen und Männern bei vergleichbarem Humankapital unterscheiden. Hierbei bleibt zunächst noch unberücksichtigt, dass zwei Personen mit vergleichbarem Qualifikationsprofil auf zwei verschiedenen Stellen mit unterschiedlichem Kompetenzniveau und in unterschiedlichen beruflichen Stellungen arbeiten können.

Das **zweite Modell**, die **Standardregression**, schliesst alle oben unter 1., 2. und 3. (nicht in Kursivschrift) aufgeführten Faktoren, also die persönlichen Qualifikationsmerkmale, die arbeitsplatzbezogenen Merkmale sowie das Geschlecht mit ein. Diese Statistik gibt an,

wie stark sich die Löhne von Frauen und Männern mit vergleichbarem Humankapital, die auf vergleichbaren Stellen arbeiten, unterscheiden. Das Ergebnis dieser Statistik ist das ausschlaggebende Kriterium für das Beschaffungswesen des Bundes.

Ein Vergleich der Ergebnisse der pQ- sowie der Standardregression kann dem Unternehmen zusätzliche nützliche Hinweise liefern. Ist der geschlechtsspezifische Lohnunterschied, welcher anhand der pQ-Regression ermittelt wurde, grösser als derjenige in der Standardregression, so spiegelt dies eine Situation wider, in der Frauen und Männer ähnliche Qualifikationsprofile aufweisen (ermittelt anhand pQ-Regression), jedoch nicht in ähnlich anforderungsreichen Funktionen und verantwortungsvollen beruflichen Stellungen beschäftigt sind (ermittelt anhand der Standardregression). Dies kann als Hinweis auf im Unternehmen vorhandenes, jedoch noch nicht optimal genutztes Humankapital der weiblichen Beschäftigten gedeutet werden. In einem solchen Fall ist es für ein Unternehmen sinnvoll, die eigene Personalpraxis und entsprechende Prozesse hinsichtlich Einstellungen, interner Aufgabenzuteilung, Beurteilungen und Beförderungen kritisch dahingehend zu überprüfen, ob Frauen und Männer tatsächlich in allen Belangen gleich behandelt werden, oder ob sich hier in der Praxis bislang unerkannte Probleme eingeschlichen haben.

C. Die abhängige Variable des Standard-Analysemodells des Bundes

Die abhängige, zu erklärende Variable im Standard-Analysemodell des Bundes ist der Lohn. Der Lohn setzt sich aus mehreren Komponenten zusammen, welche getrennt erhoben werden. So wird zunächst der Grund- bzw. Funktionslohn erhoben. Zu diesem kommen ein 13. oder n-ter Monatslohn, Zulagen sowie Sonderzahlungen hinzu. Auch hier wird die Gleichbehandlung der Unternehmen gewährleistet, indem ausnahmslos nach demselben Schema die gleichen Lohnbestandteile in die Rechnung mit eingeschlossen werden.

Die getrennte Erfassung von Sonderzahlungen erlaubt die einfache Analyse einer Variante mit- und ohne Sonderzahlungen. So kann ein Unternehmen beispielsweise im Rahmen eines Selbsttests schnell überprüfen, ob bei der Gewährung von Boni oder Geschäftserfolgsbeteiligungen systematische Unterschiede zwischen Frauen und Männern vorzufinden sind, oder ob sich diese Lohnkomponenten erwartungsgemäss gleichmässig auf beide Geschlechter verteilen. Steigt der unerklärte geschlechtsspezifische Lohnunterschied unter Einbezug der Sonderzahlungen, so sollte dies dem Unternehmen Anlass geben, seine entsprechenden Personalprozesse, d.h. insbesondere Zielvereinbarungen, Beurteilungen und Bonusregelungen genauer auf bislang unerkannte Probleme hin, die zu einer Benachteiligung eines Geschlechts führen, zu untersuchen.

Nicht mit in die Lohndefinition eingeschlossen werden Sozialzulagen wie Familien- und Kinderzulagen sowie mit der Arbeit nicht direkt in Verbindung stehende Vergütungen wie Treueprämien oder auch bezahlte Überstunden.

D. Die Toleranzschwelle von 5%

Im Beschaffungswesen des Bundes wurde eine Toleranzschwelle von 5% festgelegt. Dies bedeutet, dass die Voraussetzung der Lohngleichheit als erfüllt gilt, wenn der anhand der Standardregression ermittelte Einfluss der unabhängigen, erklärenden Variable Geschlecht nicht statistisch signifikant über 5% liegt.

Von *statistischer Signifikanz* spricht man, wenn statistisch ermittelte Werte oder Zusammenhänge überzufällig sind. Mögliche Zufallsfehler werden hierbei mit einer zuvor festgelegten Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen. Dieses Vertrauensniveau beträgt beim Instrument *Logit* mindestens 95%.

Die Toleranzschwelle von 5% liegt im pragmatischen Aufbau des Standard-Analysemodells begründet. Da das Modell einerseits für alle Unternehmen gleichermaßen anwendbar sein und der mit einer Analyse verbundene Aufwand im Zusammenhang mit der Datenerhebung zugleich so gering wie möglich gehalten werden muss, wurde die Anzahl unabhängiger, erklärender Variablen auf ein striktes Minimum an objektiven, diskriminierungsfreien lohnrelevanten Faktoren beschränkt.

Daher ist es möglich, dass im Einzelfall weitere unternehmensspezifische, objektive und diskriminierungsfreie Faktoren die Löhne mit beeinflussen können, welche jedoch im Standard-Analysemodell nicht mit aufgenommen worden sind. Aus diesem Grund wurde die Toleranzschwelle von 5% festgelegt, die den möglichen Einfluss solcher einzelfallspezifischer Variablen auffängt und so sicher vor falschpositiven Ergebnissen schützt. Dies ohne das Regressionsmodell durch die Aufnahme weiterer obligatorischer unabhängiger Variablen, die in den Unternehmen aufwändig zusätzlich erhoben werden müssten, verkomplizieren zu müssen.

Das einfach gehaltene Standard-Analysemodell mit seiner Beschränkung auf eine überschaubare Anzahl an erklärenden Variablen, die in den Unternehmen ohnehin für die nationale Statistik²⁴ regelmässig erhoben werden müssen, und dessen Anwendung zusammen mit einer Toleranzschwelle von 5% entspricht also einem Kompromiss

²⁴ Die Zielsetzungen der durch das Bundesamt für Statistik BFS erstellten nationalen Statistik einerseits und der durch das EBG durchgeführten Kontrollen im Beschaffungswesen andererseits unterscheiden sich ganz wesentlich voneinander. Zwischen BFS und EBG findet keinerlei Austausch von Lohndaten statt.

zwischen wissenschaftlicher Perfektion bzw. Genauigkeit des Regressionsmodells einerseits (wissenschaftliches Kriterium) und Aufwand andererseits (praktisches Kriterium). Theoretisch könnte das Standard-Analysemodell problemlos um eine beliebige Anzahl weiterer unabhängiger, erklärender Variablen erweitert werden²⁵. Dies hätte jedoch zur Folge, dass sämtliche Unternehmen, die Aufträge im Beschaffungswesen des Bundes erhalten wollen, diese zusätzlichen Daten für all ihre Mitarbeitenden erheben und im Rahmen einer Kontrolle zur Verfügung stellen müssten. Dies wäre bei verschiedenen weiteren Variablen mit einem erheblichen Mehraufwand für die Unternehmen verbunden, dem ein vergleichsweise kleiner Zusatznutzen gegenüber stünde. Zudem müsste bei der Aufnahme weiterer Erklärungsfaktoren, durch welche die Genauigkeit des Regressionsmodells noch weiter verbessert werden könnte, auch die derzeitige Toleranzschwelle dementsprechend nach unten angepasst werden.

Ein ganz zentraler Punkt bezüglich der Variablendiskussion ist, dass in *Logib* zwar eine feste Anzahl unabhängiger, erklärender Variablen programmiert ist, dass hierbei jedoch der *mögliche* Einfluss jeder dieser Variablen *nicht* zuvor durch irgendeine Art von Gewichtung festgelegt ist. Der Einfluss jedes einzelnen Erklärungsfaktors auf die Löhne errechnet sich von Fall zu Fall einzig und allein aus den Daten. Wenn also in einem Unternehmen in der Lohnpraxis z.B. der effektive höchste Bildungsabschluss tatsächlich keine Rolle bei der Lohnfindung spielt, so erkennt *Logib* diesen Zusammenhang in den Daten. In solch einem Fall wird der Einfluss der Variable Ausbildungsjahre – d.h. deren Koeffizient im Regressionsmodell – null betragen.

E. Die Kontrollen im Beschaffungswesen im Vergleich mit anderen Ebenen der Kontrolle der Lohngleichheit und Messung von geschlechtsspezifischer Lohndiskriminierung

Wie wir eingangs erwähnt haben, beschäftigt sich der vorliegende Artikel mit dem Standard-Analysemodell des Bundes, welches bei der Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen hinsichtlich der Einhaltung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann

²⁵ Das Hinzufügen einer zusätzlichen Variablen kann grundsätzlich den Erklärungsgehalt des Modells erhöhen. Hingegen hätte dies keineswegs automatisch eine Reduktion der potentiellen Lohndiskriminierung zur Folge. Das folgende Beispiel soll dies verdeutlichen. Die Ausgangslage sei, dass Frauen durchschnittlich weniger verdienen als Männer. Nehmen wir nun an, dass Kommunikationskompetenzen lohnrelevant sind. Zudem nehmen wir an, dass Kommunikationskompetenzen in der Bevölkerung ungleich verteilt sind, wobei Frauen diesbezüglich durchschnittlich bessere Fähigkeiten aufweisen als Männer. In diesem Fall würde sich die Aufnahme der unabhängigen Variable Kommunikationskompetenz tendenziell so auswirken, dass sich die potentielle Lohndiskriminierung sogar vergrößern würde.

im Beschaffungswesen des Bundes zum Einsatz kommt. Anhand dieses Modells wird auf *Ebene eines einzelnen Betriebes* überprüft, ob die Voraussetzungen an die Lohngleichheit gemäss Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen erfüllt sind. Mit der Durchführung dieser Kontrollen wurde das EBG beauftragt.

Neben dieser betrieblichen Ebene finden Kontrollen der Lohngleichheit auch noch auf *individueller Ebene* statt. Hierbei bilden die Bundesverfassung sowie das Gleichstellungsgesetz die rechtlichen Grundlagen für Streitfälle, die vor Gericht verhandelt werden. In diesen Fällen findet eine umfassende Analyse aller gerichtlich als objektiv zugelassener Faktoren bzw. Erklärungsvariablen statt, wohingegen keinerlei Toleranzschwelle zum Einsatz kommt.

Schliesslich wird auf *nationaler Ebene* durch das BFS im Rahmen einer Spezialauswertung der schweizerischen Lohnstrukturerhebung Lohnungleichheit anhand einer repräsentativen Stichprobe von Unternehmen statistisch analysiert. Auch auf dieser Ebene kommt keinerlei Toleranzschwelle zum Einsatz. Zugleich sind mit diesen Analysen auf nationaler Ebene aber auch keinerlei Sanktionen verbunden.

Die folgende Tabelle 1 fasst die wesentlichen Merkmale der Kontrollen der Lohngleichheit und Messung geschlechtsspezifischer Lohndiskriminierung auf den drei Ebenen in der Schweiz nochmals zusammen.

Tabelle 1: Drei Ebenen der Kontrolle der Lohngleichheit und Messung von geschlechtsspezifischer Lohndiskriminierung

Analyse	Individuelle Ebene (Gerichtsverfahren)	Betriebliche Ebene (Lohnkontrollen im Beschaffungswesen)	Nationale Ebene (LSE, Spezialauswertung Lohngleichheit)
Rechtliche Grundlagen	Gleichstellungsgesetz (BV, GlG)	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)	Verordnung über die Durchführung von statistischen Erhebungen des Bundes
Zuständige Behörde	Gerichte	EBG	BFS
Vergleichsgruppe	Einzelne Individuen oder Gruppen von Arbeitnehmenden eines Unternehmens	Alle Arbeitnehmenden eines Unternehmens	1,7 Mio Arbeitnehmende aus ca. 35'000 Unternehmen (branchenübergreifend)

Verwendete Methode(n)	Arbeitsbewertung oder statistische Regressionsanalyse	Statistische Regressionsanalyse	Statistische Regressionsanalyse
Berücksichtigte Faktoren	Alle für den Einzelfall relevanten, objektiven, nichtdiskriminierenden Faktoren	Eine begrenzte Anzahl auf ein gesamtes Unternehmen bezogene, objektive, nichtdiskriminierende Faktoren	Umfassende, auf die gesamte schweizerische Volkswirtschaft bezogene, objektive Faktoren
Toleranzschwelle	Keine	5% und statistisch signifikant	Keine
Rechtliche Folgen für die Unternehmen	Pflicht zur Zahlung des diskriminierenden Anteils des Lohnunterschieds zwischen den Klägerinnen resp. Klägern und den Vergleichsperson(en) rückwirkend auf 5 Jahre	Verschiedene mögliche Sanktionen: Konventionalstrafe; Ausschluss aus dem Beschaffungsverfahren; Widerruf des Zuschlags oder Kündigung des Vertrags	Keine

IV. Der Kontrollprozess im Beschaffungswesen des Bundes

Die Kontrollen im Beschaffungswesen des Bundes beruhen grundsätzlich auf den eingangs erwähnten Rechtsgrundlagen (BöB Art. 8 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 sowie VöB Art. 6 Abs. 1 Bst. c und Abs. 4).

Weitere Details zur Durchführung der Kontrollen bzw. zum Kontrollprozess sind in den Leitlinien der Beschaffungskonferenz des Bundes BKB „Kontrolle der Einhaltung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann im Beschaffungswesen des Bundes“²⁶ geregelt.

²⁶ Die Leitlinien der BKB sind zu finden unter: <http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00072/00079/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 16.11.15).

Hierin wird unter anderem die Gewährleistung der Vertraulichkeit im Umgang mit den erhaltenen Informationen garantiert. Weiter wurde festgelegt, dass die zu kontrollierenden Unternehmen unter denjenigen bestimmt werden, welche im Rahmen eines Beschaffungsverfahrens einen Auftrag erhalten haben. Ebenso wird in den Leitlinien der BKB die oben beschriebene Methode bzw. das Standard-Analysemodell des Bundes mitsamt der Anwendung einer Toleranzschwelle von 5% vorgeschrieben.

Der Prozess wird von den Leitlinien dahingehend vorgegeben, dass das EBG die zu kontrollierenden Unternehmen zu bestimmen hat und die betroffene Beschaffungsstelle sowie die BKB hierüber informiert. Die Festlegung des zu überprüfenden Unternehmens bzw. der zu überprüfenden Einheit richtet sich hierbei stets nach derselben Regel: es wird gemäss dem Grundsatz des Schutzes der Wurzel der Produktion immer die tiefste selbstständige juristische Einheit kontrolliert, welche den Vertrag durchführt. Unter selbstständiger juristischer Einheit ist eine Betriebseinheit mit einer eigenen juristischen Gesellschaftsform (z.B. AG, GmbH) zu verstehen. Dazu gehören insbesondere Tochtergesellschaften. Nicht darunter fallen z.B. Betriebsstätten, Zweigstellen, Niederlassungen, Filialen etc., sofern diese keine eigene juristische Gesellschaftsform haben. Massgeblich dafür ist der Eintrag im Handelsregister bzw. bei öffentlich-rechtlichen Organisationen die entsprechenden rechtlichen Organisationsvorschriften.

Die Beschaffungsstelle liefert daraufhin dem EBG den entsprechenden Vertrag mit den Kontaktdaten des Unternehmens, welches den Auftrag erhalten hat. Sobald die Verträge vorliegen, kontaktiert das EBG die betreffenden Unternehmen, informiert diese über die Kontrolle und verlangt gestützt auf das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)²⁷ die für die ordnungsgemässe Durchführung der Kontrolle benötigten Informationen.

Wichtig ist hierbei, dass die Daten vom Unternehmen zur Verfügung gestellt werden. Das Unternehmen nimmt auch die Einstufungen seiner Mitarbeitenden hinsichtlich deren jeweiligen Kompetenzniveau und beruflicher Stellung selbst vor und steht somit in erster Linie für die Korrektheit der gemachten Angaben gerade. Es wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass das Unternehmen selbst seine Mitarbeitenden und Funktionen am besten kennt und diese daher auch am besten beurteilen kann, sodass die betriebliche Realität in den zur Verfügung gestellten Daten bestmöglich abgebildet wird.

Die Durchführung der Kontrolle erfolgt, sobald dem EBG alle benötigten Informationen und Daten vorliegen, gemäss dem Vier-Augen-Prinzip. D.h. die Daten werden doppelt auf

²⁷ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG), SR 172.021. Gestützt auf Art.13 VwVG sind die Parteien (hier das Unternehmen) grundsätzlich dazu verpflichtet, bei einem Verwaltungsverfahren (hier der Lohnkontrolle im Rahmen des Beschaffungswesens) an der Sachverhaltsermittlung mitzuwirken. Dazu gehört insbesondere, die für das Verfahren notwendigen korrekten Informationen an die Behörde (hier das EBG) abzuliefern.

Vollständigkeit und Plausibilität hin überprüft. Dies geschieht einerseits innerhalb des EBG durch eine interne Fachperson, andererseits durch eine externe Fachperson. Rückfragen an das Unternehmen bei Unvollständigkeit oder möglicher Fehlerhaftigkeit der Daten werden gemeinsam abgestimmt.

Sämtliche externen Fachpersonen, mit denen das EBG im Rahmen der Kontrollen zusammenarbeitet, folgen im Rahmen des Plausibilisierungsprozesses denselben Regeln. Diese enge Abstimmung wird seitens des EBG durch regelmässig stattfindende Konferenzen mit den Fachpersonen sichergestellt.

Nach Abschluss dieses Plausibilisierungsprozesses wird die eigentliche Analyse ebenfalls intern wie extern durchgeführt, und das Unternehmen anschliessend offiziell von amtlicher Seite durch das EBG über das Kontrollergebnis informiert. Zudem wird jeweils ein detaillierter Prüfbericht mit weitergehenden Informationen zu den rechtlichen Grundlagen, der Methode, den Daten sowie eine detaillierte Interpretation der Analyseergebnisse übermittelt.

Sofern gemäss Ergebnis der Standardregression die Toleranzschwelle von 5% nicht statistisch signifikant überschritten wird, so gilt die Kontrolle als bestanden und der Prozess wird abgeschlossen. Die Ergebnisse werden dem Unternehmen, der betreffenden Beschaffungsstelle sowie der BKB mitgeteilt.

Liegt das Ergebnis der Standardregression hingegen statistisch signifikant über 5%, so wird das Unternehmen darüber informiert, dass die Voraussetzung der Lohngleichheit aktuell nicht erfüllt ist. In diesem Fall kann das EBG gemäss Leitlinien Ziffer 6 eine Korrekturfrist von bis zu 12 Monaten gewähren. Während dieser Zeit hat das Unternehmen die Möglichkeit, einen qualifizierten Nachweis zu erbringen, dass es die Bedingungen an die Lohngleichheit nach Durchführung von Korrekturmassnahmen nunmehr erfüllt.

Der qualifizierte Nachweis ist das Ergebnis einer erneuten, auf Kosten des Unternehmens durchgeführten Analyse der Lohndaten gemäss Standard-Analysemodell des Bundes durch eine vom EBG anerkannte Fachperson. Ist der qualifizierte Nachweis erfolgreich erbracht worden, so kann der Kontrollprozess abgeschlossen werden. Die Ergebnisse werden dem Unternehmen, der betreffenden Beschaffungsstelle sowie der BKB mitgeteilt.

Erbringt ein Unternehmen innerhalb der gesetzten Frist keinen qualifizierten Nachweis, so ist es an der betroffenen Beschaffungsstelle, sofern nötig einen Entscheid gemäss geltendem Recht zu fällen und diesen dem kontrollierten Unternehmen mitzuteilen, mit Kopien an die Beschaffungskonferenz und an das EBG. Das Unternehmen wird ausserdem darüber informiert, dass es vom Bund erst dann wieder bei der Vergabe von Aufträgen im Rahmen eines Beschaffungsverfahrens berücksichtigt werden kann, wenn es den qualifizierten Nachweis erbracht hat, dass die Lohngleichheit nunmehr gewährleistet ist.

V. Rückblick auf 10 Jahre Kontrollpraxis

Wie eingangs erwähnt finden Kontrollen der Einhaltung der Lohngleichheit im Beschaffungswesen des Bundes basierend auf dem Standard-Analysemodell des Bundes regulär seit dem Jahr 2006 statt.

In den ersten Jahren lag die Anzahl Kontrollen aufgrund der sehr beschränkten personellen Ressourcen des mit der Durchführung der Kontrollen beauftragten EBG lediglich bei durchschnittlich drei pro Jahr. Im Rahmen der Genehmigung zusätzlicher Ressourcen wurde die Anzahl Kontrollen in den letzten Jahren jedoch schrittweise erhöht. Im Jahr 2014 wurden bereits 15 neue Kontrollen eingeleitet, im Jahr 2015 waren es 20 und ab dem Jahr 2016 werden es jährlich 30 neu eingeleitete Kontrollen sein.

Bis September 2015 wurden in einem ersten Durchgang – d.h. bis zur bestandenen Kontrolle bzw. Fristsetzung für die Erbringung eines qualifizierten Nachweises – 40 Kontrollen abgeschlossen.

Bei 16 Unternehmen wurde keinerlei statistisch signifikante Lohndiskriminierung festgestellt. Diese Unternehmen entsprechen in der Systematik ihrer Lohnpraxis dem Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit also in vorbildlicher Weise.

In 19 Fällen wurden Probleme mit der Lohngleichheit dahingehend festgestellt, dass ein statistisch signifikanter geschlechtsspezifischer Lohnunterschied ermittelt wurde, wobei jedoch die im Beschaffungswesen des Bundes festgelegte Toleranzschwelle von 5% nicht statistisch signifikant überschritten wurde. Die Kontrollen galten daher in diesen Fällen ebenfalls als bestanden.

In 5 Fällen wurde ein Verstoss gegen die im Beschaffungswesen des Bundes geltenden Voraussetzungen an die Lohngleichheit festgestellt. Der Koeffizient der Variable Geschlecht lag in diesen Fällen in der Standardregression statistisch signifikant über 5%. In drei dieser Fälle konnte ein qualifizierter Nachweis erbracht werden und die Beschaffungsstellen mussten keinen Entscheid fällen. Weitere zwei Fälle sind derzeit noch nicht abgeschlossen.

In der zehnjährigen Praxis haben sich das Standard-Analysemodell des Bundes sowie das Instrument *Logib* zusammen mit dem weiterentwickelten Kontrollprozess bewährt. Dies gilt für die Einfachheit des Modells sowie für seine Handhabung gemeinsam mit einer Toleranzschwelle. Während letztere wissenschaftlich nicht exakt berechnet werden kann, so hat die Erfahrung aus zehn Jahren Kontrollen doch gezeigt, dass diese sich in der Praxis bewährt hat. Die anhand des Standard-Analysemodells und mit dem Instrument *Logib* identifizierten Fälle, in denen die Toleranzschwelle statistisch signifikant überschritten wurde, konnten sicher und verlässlich identifiziert werden. Zugleich eröffnet die in den Leitlinien der BKB vorgesehene Korrekturfrist für die Erbringung eines qualifizierten

Nachweises einen Weg, den Unternehmen und Verwaltung beschreiten können, um im Ergebnis eine nachhaltige Verbesserung der Lohnpraxis im Sinne der Lohngleichheit herbeizuführen, ohne Sanktionen aussprechen zu müssen.

VI. Ausblick

Nachdem die Ergebnisse des eingangs erwähnten, auf dem Prinzip der Freiwilligkeit beruhenden Lohngleichheitsdialogs enttäuschend ausgefallen waren, traf der Bundesrat am 22. Oktober 2014 die Entscheidung, zusätzliche staatliche Massnahmen zur Durchsetzung der in der Bundesverfassung verankerten Lohngleichheit zu ergreifen. Hierzu wurde eine Gesetzesvorlage für die Durchführung obligatorischer Kontrollen in allen Unternehmen mit mehr als 50 Mitarbeitenden ausgearbeitet. Der Bundesrat eröffnete die Vernehmlassung dazu am 18. November 2015. Zudem wurde im Rahmen einer Regulierungsfolgenabschätzung auch eine repräsentative Umfrage bei Schweizer Unternehmen durchgeführt. Die Gesetzesvorlage befindet sich seit Winter 2015-2016 in der Vernehmlassung²⁸.

Im Mai 2015 führte die BKB eine neue Selbstdeklaration im Beschaffungswesen des Bundes ein. Auf diesem Formular müssen Unternehmen ab dem 1. Januar 2016 obligatorisch angeben, wie sie die Einhaltung der Lohngleichheit überprüft haben, und welches Ergebnis diese Überprüfung ergeben hat. Diese Änderung führte zu einem starken Anstieg der durchgeführten Selbsttests in den Unternehmen, was sich beispielsweise durch vermehrte Anrufe von Unternehmen, die im Beschaffungswesen des Bundes Offerten einreichen wollen, bei der durch das EBG betriebenen *Logib Helpline* bemerkbar machte.

Zudem führen nach dem Kanton und der Stadt Bern nun auch weitere Kantone wie Basel-Stadt und Genf Lohngleichheitskontrollen in ihren kantonalen Beschaffungswesen, bei Staatsbeiträgen oder im Subventionswesen durch.

Im Jahr 2015 wurde das Standard-Analysemodell des Bundes im Rahmen der Erfüllung des Postulats Noser²⁹ wie bereits zuvor im Jahr 2011 überprüft. Aus dem Schlussbericht geht hervor, dass das derzeitige Standard-Analysemodell des Bundes mit den darin enthaltenen Variablen sowie der OLS-Methode unter Anwendung einer Toleranzschwelle von 5% ein geeignetes Instrument zur Überprüfung der Lohnpraxis auf Unternehmensebene bei Unternehmen mit mehr als 50 Mitarbeitenden ist. Es ist in dieser

²⁸ MARTI WHITEBREAD, S. 1552.

²⁹ Postulat Nationalrat RUEDI NOSER (14.3388) vom 02.06.2014: Erhebung zur Lohngleichheit. Verbesserung der Aussagekraft, http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20143388 (zuletzt besucht am 16.11.15).

Form geeignet, um auf Basis der Kontrollergebnisse eine begründete Vermutung auf Lohndiskriminierung mit dem gebotenen Mass an Zuverlässigkeit und Sicherheit zu formulieren. Vom Einschluss der im Postulat vorgeschlagenen Variablen wurde durchgehend aus Gründen des hiermit verbundenen Aufwands, dem ein geringer zusätzlicher Erklärungsgehalt gegenüberstehen würde, sowie aufgrund von rechtlichen Bedenken abgeraten³⁰.

Die repräsentative Umfrage³¹, welche im Rahmen der oben erwähnten Regulierungsfolgenabschätzung durchgeführt wurde, kam zudem zu dem Ergebnis, dass auch die Mehrheit der Unternehmen es befürworten würde, das derzeitige, auf wenige Variablen beschränkte Standard-Analysemodell des Bundes gemeinsam mit der praktizierten Toleranzschwelle von 5% so zu belassen. Diese Option wurde insbesondere der Alternative einer Erweiterung um zusätzliche Variablen mit einer gleichzeitigen Absenkung der Toleranzschwelle klar vorgezogen.

Zur Bekämpfung der Lohndiskriminierung setzt das EBG verschiedene Massnahmen um, wobei die hier beschriebenen Kontrollen vor diesem Hintergrund zu verstehen und einzuordnen sind:

- Durchführung von Analysen (Zusammenarbeit mit Universitäten, spezialisierten Forschungs- und Beratungsbüros, etc.)
- Massnahmen zur Information und Weiterbildung
- Entwicklung von Instrumenten (Logib) und freiwilligen Massnahmen
- Kontrollen im Rahmen des Beschaffungswesens des Bundes

Als Teil der freiwilligen Massnahmen unterstützt das EBG die Zertifizierung *Equal Salary* mit Finanzhilfen.

Zur Information und Weiterbildung betreibt das EBG eine *Logib Helpline* und stellt Informationsmaterial wie Flyer, Lernvideos oder detaillierte Anweisungen (*Logib* Schritt-für-Schritt) zur Verfügung. Ferner organisiert das EBG verschiedene Weiterbildungsangebote für Verantwortliche aus dem Personalbereich und im öffentlichen Beschaffungswesen.

Auch das Instrument *Logib* wird konstant weiterentwickelt und optimiert. Zugleich arbeitet das EBG derzeit an einem Instrument für Unternehmen, die aufgrund ihrer moderaten Grösse das Instrument *Logib* nicht sinnvoll nutzen können. Dieses Instrument namens *Argib* wurde bereits freiwillig von Unternehmen im Rahmen des öffentlichen

³⁰ BUNDESRAT, Bericht in Erfüllung des Postulats 14.3388 Noser, S. 11.

³¹ Im Rahmen dieser Umfrage wurde eine repräsentative Stichprobe von 2'712 Unternehmen schriftlich befragt, wobei mit 1'305 eingegangenen Antworten eine Rücklaufquote von 48% erreicht wurde, in: BUNDESRAT, Bericht in Erfüllung des Postulats 14.3388 Noser, S. 15.

Beschaffungswesens des Kantons Bern getestet. Die Rückmeldungen waren positiv und das EBG arbeitet weiter an der Entwicklung.

Die Umsetzung all dieser Aktivitäten und Massnahmen aus den Bereichen Information, Weiterbildung, Entwicklung von Instrumenten sowie Kontrollen wird wo immer möglich durch das EBG mit den Kantonen und Gemeinden koordiniert.

All diese Massnahmen sind notwendig, um Lohndiskriminierung nachhaltig zu beseitigen.

Schliesslich verrät auch ein Blick über die Grenzen der Schweiz hinaus ins europäische Ausland, dass auch dort mit dem Projekt *Equal-PacE* das Thema Lohngleichheit und das Instrument *Logib* Fahrt aufgenommen haben³². Insgesamt haben sich bereits nicht weniger als zwölf Länder von der Schweiz inspirieren lassen.

VII. Bibliographie

Sofern nicht anders angegeben, werden die im Literaturverzeichnis aufgeführten Werke oder Beiträge in den Noten nur mit dem Namen des Verfassers zitiert.

BECKER GARY S., *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis with Special Reference to Education*, 3. Auflage, Chicago, 1993.

BUNDESRAT, Überprüfung der statistischen Methoden des Bundes betreffend die Lohngleichheit von Frau und Mann, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 14.3388 Noser vom 2. Juni 2014, vom 18. November 2015, in : http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00012/00194/00205/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDdoB.g2ym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--. (zuletzt besucht am 2.12.2015) (zitiert: BUNDESRAT, Bericht in Erfüllung des Postulats 14.3388 Noser).

BÜRO FÜR ARBEITS- UND SOZIALPOLITISCHE STUDIEN, Überprüfung der Einhaltung von Lohngleichheit zwischen Frauen und Männern bei Beschaffungen des Bundes. Bericht über die Pilotphase zur Umsetzung von Art 8 Abs. 1 Bst. C des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, Bern, 2004 (zitiert: BASS).

EIDGENÖSSISCHES BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN/BESCHAFFUNGSKONFERENZ DES BUNDES, Kontrolle der Einhaltung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann im Beschaffungswesen des Bundes (zitiert: EBG/BKB, Leitnien 2014).

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Global Wage Report, 2014-15* (zitiert: ILO).

INFRAS, Evaluation der Kontrollen im Beschaffungswesen. Schlussbericht Erstellt im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung für Frau und Mann EBG sowie der Beschaffungskommission des Bundes BKB, Zürich, 2011.

³² <http://www.equal-pace.eu/> (zuletzt besucht am 16.11.15).

- KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel, 2009 (zitiert : K GLG-AUTOR).
- MARTI WHITEBREAD CLAUDIO, Lohnleichheit zwischen Frau und Mann: eine Auslegeordnung, in AJP 2015, S. 1551.
- MINCER JAKOB, Schooling, Experience, and Earnings, New York, 1974.
- SCHÄR MOSER MARIANNE/BAILLOD JÜRIG, Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung. Orientierungshilfe für die juristische Praxis, Bern, 2006.

Des mesures incitatives aux mesures contraignantes : analyse des instruments de contrôle étatiques pour instaurer l'égalité

Sommaire	Page
I. Contexte de départ : les insuffisances du droit de recours subjectif	267
II. Les instruments de contrôle incitatifs	269
III. Les instruments de contrôle contraignants	270
A. Obligation de procéder à des contrôles réguliers des salaires	272
B. Création d'une autorité de contrôle indépendante pour l'égalité salariale	273
C. Transparence salariale	273
IV. Conclusions	273
V. Bibliographie	274

I. Contexte de départ : les insuffisances du droit de recours subjectif

En matière d'égalité salariale, le rôle de l'Etat n'a de cesse d'être évolutif. A la suite de la votation du 14 juin 1981, la Constitution fédérale avait pourtant fait de l'égalité des salaires un élément particulièrement prépondérant et stable de l'égalité entre les sexes en la consacrant explicitement¹. Malgré son caractère absolu et son effet horizontal direct conférés par le Tribunal fédéral, les effets de ce principe sur la réalité salariale des femmes n'ont que partiellement tempéré les discriminations sans réellement les éliminer dans leur

* L'auteure tient à remercier Mme STEFANIE KURT et M. DIDIER LEYVRAZ, assistants à l'UNINE, pour leurs recherches.

¹ Pour une genèse de cette disposition, voir : K GLG-KAUFMANN *ad* art. 1 LEg ; MADER ; CLEG-AUBRY-GIRARDIN *ad* art. 3 LEg ; CLEG-BRUCHEZ n° 2 *ad* art. 7 LEg ; AUBERT/MAHON, n° 21 *ad* art. 8 Cst. ; EPINEY/VON DANKELMANN, p. 121.

intégralité². Alors que les travailleuses étaient déjà particulièrement réticentes à faire valoir des prétentions en justice, le législateur suisse a renoncé, à l'époque, à se doter d'une autorité compétente pour lui faire conduire une enquête ou déposer plainte en cas d'indices de discrimination, à l'image de ce qui se fait aux Etats-Unis ou en Grande-Bretagne³. Pour remplir le mandat constitutionnel, le législateur a préféré édicter une loi sur l'égalité (LEg⁴) ayant pour but de concrétiser l'interdiction de discrimination salariale assortie de règles procédurales et d'encourager l'invocation de l'égalité et sa mise en œuvre par le biais du contentieux judiciaire et de l'autonomie privée⁵. En 2006, soit dix ans après son entrée en vigueur, l'efficacité de la LEg était d'ores et déjà remise en cause. Dans le secteur privé, où les actions sont rares en raison du manque de transparence sur les salaires et de la peur des licenciements, la LEg n'a que faiblement contribué à résorber la discrimination salariale⁶. Le fait que le contrôle exercé sur les entreprises dépende « de circonstances aléatoires » ainsi que « du seuil de tolérance et des possibilités d'action de la personne concernée » est perçu comme la raison de cet enlisement⁷. La loi ne prévoit pas en effet qu'il puisse exister une autorité qui veille sur l'application de la norme constitutionnelle⁸. Tout repose sur le droit de recours subjectif du justiciable qui, bien souvent, renonce à intenter une action⁹. En outre, les sanctions restent légères de sorte que certains employeurs privés ne sont guère incités à remédier aux discriminations malgré un certain nombre de procès exemplaires qui ont eu des résultats positifs. La maxime inquisitoire et l'administration des preuves sont analysées comme défailtantes, les conditions pour rendre une justification crédible semblent, quant à elles, très difficiles à réaliser dans la pratique.

² Les écarts se réduisent progressivement, voir : OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS). Pour une analyse plus approfondie des disparités salariales, voir notamment : MURPHY/OESCH.

³ ATF 113 Ia 107 consid. 1a ; ATF 130 III 145 consid. 3.2 ; ATF 127 III 207 consid. 4b.

⁴ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), RS 151.1.

⁵ Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 concernant la loi 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 fédérale, FF 1993 I 1216.

⁶ A titre d'exemple, on relève que jusqu'à la fin 2014, les actions en égalité salariale dans les cantons alémaniques étaient au nombre de 266, dont seulement 104 émanant du secteur privé. Cf. www.gleichstellungsgesetz.ch (consulté le 5.01.2016).

⁷ FF 2006 III 3092, 3098 ; CLEG-COSSALI SAUVAIN, n° 5 *ad art.* 1 LEg.

⁸ Cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE.

⁹ CENTRE SUISSE DE COMPÉTENCE POUR LES DROITS HUMAINS.

II. Les instruments de contrôle incitatifs

La Confédération, les cantons et les communes disposent de différents types d'instruments pour lutter contre les discriminations. L'expérience des pays voisins démontre que trois approches y sont toujours utilisées¹⁰ :

- l'approche de *contrôle* (utilisation de logiciels d'autocontrôle, en particulier *Logib* qui permet de vérifier l'égalité salariale dans les entreprises de plus de 50 collaboratrices et collaborateurs ou le Dialogue sur l'égalité des salaires entre les organisations faitières d'employeurs et de travailleurs et travailleuses)¹¹ ;
- l'approche *certificative* (approche sur base volontaire tel que le label *equal-salary* soutenu par des aides financières conformes à la LEg qui certifie que l'entreprise labellisée s'investit avec succès dans une politique salariale équitable, instruments de formation à la promotion de l'égalité salariale) ;
- l'approche *judiciaire* (actions devant les tribunaux pour discrimination salariale individuelle possibles grâce aux droits de recours subjectifs déjà prévus par la LEg).

Outre l'approche judiciaire déjà évoquée, la Confédération, les cantons et les communes ont pris ces dernières années différentes mesures contre les discriminations salariales. La plus convaincante aura été celle effectuée dans le cadre du contrôle des marchés publics où la Confédération s'engage à ne signer des contrats qu'avec des entreprises qui respectent l'égalité salariale et qui recommandent aux soumissionnaires de faire une déclaration spontanée. Depuis l'année 2015, les contrôles effectués par le Bureau fédéral de l'égalité (BFEG) ont été multipliés par dix (30 contrôles par année en 2015). Malgré l'augmentation spectaculaire de ces contrôles, cette démarche reste néanmoins limitée car, excepté le domaine des marchés publics, le BFEG ne dispose pas de compétences de contrôle et de mise en application en la matière¹². Seule une petite partie de la multitude d'entreprises auxquelles la Confédération attribue des mandats sont contrôlées¹³. Par ailleurs, l'effet préventif sur les employeurs privés en dehors des contrats touchant l'Etat reste faible.

¹⁰ INTERFACE, p. 5.

¹¹ Plus d'informations au sujet du Dialogue sur l'égalité des salaires disponibles à l'adresse : <http://www.dialogue-egalite-salaires.ch> (consulté le 8.01.2016).

¹² INTERFACE, p. 2.

¹³ Sur cette question, cf. Motion MORET no 14.4307, déposée le 12 décembre 2014 au Conseil national, Preuve de l'égalité salariale dans les marchés publics. Cette motion demande que tous les soumissionnaires soient contraints de prouver qu'ils respectent l'égalité salariale en délivrant une attestation par un tiers compétent.

Face à ces insuffisances, les initiatives politiques et parlementaires ont été nombreuses¹⁴. Le Parlement a ainsi traité un nombre important d'interventions parlementaires dont certaines ont abouti¹⁵. Puis dans le cadre du programme de législature 2011-2015 adopté en 2012, il requiert du Conseil fédéral qu'il soit désormais tenu de se fixer comme objectif de renforcer les mesures de lutte contre la discrimination salariale¹⁶. Le Conseil fédéral a, en ce sens, initié une conception progressive et subsidiaire des instruments de contrôle étatique. Dans un premier temps, il a misé sur une approche incitative proposée par les partenaires sociaux en développant le Dialogue sur l'égalité des salaires dans le but de faire participer une centaine d'entreprises à l'évaluation salariale sans que l'Etat n'ait de mesures spécifiques à prendre. Instauré dès 2007 pour cinq ans, cet instrument incitatif s'est révélé cependant décevant car il n'a pas permis d'atteindre les objectifs fixés. Seules 51 entreprises, dont la moitié appartenaient à l'Etat ou en étaient proches, ont participé à la démarche¹⁷. Face à ce constat d'échec de la base volontaire, le Conseil fédéral s'est donc, dans un deuxième temps, orienté sur les outils contraignants proprement dits.

III. Les instruments de contrôle contraignants

Le 22 octobre 2014, le Conseil fédéral s'est appuyé sur deux études pour analyser les meilleurs instruments de contrôle de l'égalité salariale¹⁸. D'emblée, il a considéré que l'Etat ne devrait pas intervenir dans la réalisation et le contrôle de l'analyse des salaires de l'entreprise. Son optique est bien plutôt de contraindre les entreprises d'au moins 50 travailleuses et travailleurs d'effectuer régulièrement une analyse des salaires et de la soumettre au contrôle d'un tiers (entreprise de révision, organisme d'autorégulation – OAR, partenaires sociaux)¹⁹. Après de nouvelles études sur l'analyse d'impact de la réglementation (AIR) et des consultations d'experts, l'avant-projet présenté le 18 novembre 2015 et en cours de consultation, prévoit une nouvelle section 4a de la LEg intitulée « Analyse des salaires et contrôle » dont les principaux axes sont les suivants²⁰ :

¹⁴ Pour un récapitulatif, cf. MARTI WHITEBREAD, p. 1551, note 1.

¹⁵ Cf. en particulier la Motion MEIER-SCHATZ no 10.3934, déposée le 8 décembre 2010 au Conseil national, Parité salariale. Mécanisme de contrôle. Cette motion requiert l'inscription d'un mécanisme de contrôle des salaires dans la loi. Elle a été initialement suspendue en raison du Dialogue sur l'égalité des salaires, puis a permis de réaliser plusieurs études sur les instruments étatiques de contrôle.

¹⁶ Sur ce point, cf. également UNION SYNDICALE SUISSE, p. 24.

¹⁷ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, p. 5. Cf. en particulier VON WITZLEBEN.

¹⁸ Voir INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ et INTERFACE.

¹⁹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, p. 10.

²⁰ Etude INFRAS mandatée par l'Office fédéral de la justice et non encore publiée.

- instauration d'un *seuil* avec l'obligation d'effectuer des analyses de salaires internes pour les entreprises avec 50 travailleurs et travailleuses et plus en moyenne annuelle. Compte tenu de la méthode d'analyse des salaires communément utilisée (analyse de régression), il semble peu optimal de l'utiliser pour des entreprises avec moins de personnel²¹ ;
- utilisation d'une *méthode d'analyse des salaires* reconnue. La liste des méthodes reconnues fait l'objet d'une publication officielle par le BFEG. L'analyse de régression – sur laquelle repose l'instrument *Logib* – est la pierre angulaire méthodologique de la procédure de contrôle et sert à mesurer l'impact des différents facteurs explicatifs des inégalités²² ;
- contrôle de l'analyse par des *organes de contrôle externes* soumis à des exigences spécifiques. Trois types d'organes pourront être désignés par l'employeur : réviseurs agréés, OAR ou partenaires sociaux. Ce contrôle porte bien sur l'analyse (séquence temporelle, méthode reconnue, nombre des travailleurs concernés) en tant que tel et non sur le résultat. Le rapport de contrôle qui doit être adressé aux organes de direction pourrait également faire l'objet d'une annonce à l'autorité (probablement le BFEG) et d'une publication sur une liste publique en cas de non-respect des obligations. Par ailleurs, le projet prévoit l'obligation pour les entreprises cotées en bourse de faire figurer l'analyse dans l'annexe au bilan. Pour les entreprises non cotées, une simple information des résultats aux travailleuses et travailleurs suffit. Un intervalle d'un an est prévu entre la réception du rapport de contrôle et l'information afin de permettre, le cas échéant, à l'entreprise d'initier des mesures de correction.

L'avant-projet du Conseil fédéral a pour avantage de lever enfin le tabou des mesures contraignantes. Toutefois, la discrimination en matière de salaires reste souvent non reconnue et les instruments préconisés risquent bien de rester largement insuffisants. Le problème est largement documenté. Plusieurs études démontrent que les législations contre les discriminations salariales ont plus d'efficacité lorsque les organes de contrôle disposent de suffisamment de compétences²³. Pour aller plus loin que l'avant-projet proposé et compte tenu de l'expérience observée dans les pays voisins, trois mesures pourraient, dans l'idéal, être proposées en se fondant sur l'approche de contrôle pour pouvoir obtenir des impacts concrets : l'obligation de procéder à des contrôles réguliers des salaires (A), la

²¹ En ce sens, cf. l'art. 3 de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (Loi sur la participation ; RS 822.14). Cf. également l'ATF 130 III 145.

²² Sur ce point, cf. STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL. Dans le cadre de la réponse au Postulat RUEDI n° 14.3388 déposé le 2 juin 2014 au Conseil national, Egalité salariale. Améliorer la pertinence statistique, le Conseil fédéral a d'ores et déjà confirmé la reconnaissance de cette méthode. Voir également le logiciel *Equal pace* (*Logib* UE) également reconnu au plan européen et disponible à l'adresse : <http://www.equal-pace.eu> (consulté le 8.01.2016).

²³ Cf. notamment le rapport INTERFACE et SCHÄR MOSER/STRUB.

création d'une autorité de contrôle indépendante pour l'égalité salariale (B) et une transparence salariale claire et interne (C).

A. Obligation de procéder à des contrôles réguliers des salaires

Les chiffres relatifs à l'écart moyen des salaires entre hommes et femmes suggèrent que les travailleuses et travailleurs, autant que les employeurs, ne sont souvent pas conscients de l'existence d'une discrimination salariale. Cette appréciation est corroborée par l'échec du Dialogue sur l'égalité en 2014. Par conséquent, seule l'obligation d'analyse des salaires interne à l'entreprise qui s'attaque à la discrimination salariale comme à un problème structurel, au-delà des cas particuliers, peut faire prendre conscience du problème et le rendre manifeste. Considérée sous cet angle, l'introduction d'une obligation d'analyse des salaires interne à l'entreprise (en complément à des instruments de contrôle et d'application efficaces) semble constituer une condition majeure pour sensibiliser les entreprises et assurer la transparence. Sur la base de dispositions légales claires, les entreprises devraient être tenues de vérifier leurs salaires régulièrement, d'établir un rapport interne et, le cas échéant, de prendre les mesures nécessaires à la réalisation de l'égalité des salaires.

La forme de la future obligation d'analyse interne à l'entreprise devrait tenir compte des aspects suivants :

- l'analyse interne à l'entreprise ne devrait pas être effectuée tous les ans mais pourrait être mise à jour à intervalles réguliers (tous les 3 ans) ;
- l'analyse de la discrimination salariale est complexe. Toutefois, des outils d'analyse adéquats tel que *Logib* ont déjà été développés en Suisse et sont désormais conformes aux standards de l'Union européenne pour permettre une surveillance sérieuse et limiter la charge administrative. L'investissement demandé aux entreprises sera faible. Il serait aussi judicieux de prévoir une introduction progressive de cette obligation (sur la base du modèle autrichien) ;
- bien que *Logib* ne soit, pour l'instant, adapté qu'aux entreprises de plus de 50 collaborateurs et collaboratrices, il est important que toutes les entreprises, peu importe leur taille, soient concernées par cette mesure. Un outil de contrôle statistique doit, dès lors, être mis en place également pour les entreprises de moins de 50 collaborateurs et collaboratrices.

B. Création d'une autorité de contrôle indépendante pour l'égalité salariale

En Suisse, le fait que de grandes firmes possèdent des filiales au-delà des frontières cantonales conduit à proposer la mise en place d'une autorité indépendante au plan fédéral pour les contrôles. La cohérence de l'exécution de ces investigations parle aussi en faveur d'une concentration au niveau fédéral. La tâche de cette nouvelle autorité serait de veiller, avec la participation des partenaires sociaux, à ce que les entreprises respectent leurs obligations. Il faut, pour des raisons de praticabilité, veiller à ce que tout nouveau mécanisme s'intègre le mieux possible dans le système existant. C'est pourquoi, il serait judicieux de limiter les compétences de l'autorité en matière de contrôle, à des contrôles par sondage et à ne pas les étendre au traitement des plaintes particulières. Ainsi, on pourrait éviter un recoupement avec l'action de droit civil engagée par les lésés et avec la procédure de conciliation qui la précède. L'approche par action ponctuelle permet en outre de contribuer, au-delà de la discrimination individuelle, à mettre en lumière et à éliminer des problèmes structurels. Durant les dix premières années, l'autorité audite toutes les entreprises au moins une fois d'office ou sur indication des partenaires sociaux.

C. Transparence salariale

Les entreprises doivent avoir l'obligation d'instaurer en interne la transparence salariale. L'information de tous les salaires versés au sein de l'entreprise aux salariés et des données qui y ont trait, soit le sexe, la position hiérarchique, le type d'activité et le niveau de formation est essentiel, car les critères généraux relatifs à la fixation des salaires sont appliqués, dès lors, de plus en plus rigoureusement. Le facteur de succès principal de cette solution consiste dans la combinaison de l'information et des conseils, d'un côté, et le contrôle administratif par sondage de l'autre.

IV. Conclusions

Les démarches déployées à ce jour pour lutter contre la discrimination salariale se sont clairement révélées insuffisantes. Les instruments de contrôle contraignants de l'égalité salariale sont pourtant aujourd'hui largement documentés et légitimés, y compris par les entreprises. En effet, dans le cadre d'une récente étude auprès des acteurs du monde économique, 63% des entreprises admettaient ne pas avoir effectué d'analyses salariales alors que 50% d'entre elles considèrent que les mesures étatiques sont désormais

nécessaires²⁴. Parce que les discriminations salariales ne sont pas des phénomènes résiduels ou anciens et qu'elles demeurent un mécanisme quotidien qui situe les hommes et les femmes dans un rapport d'inégalité criant, il est aujourd'hui nécessaire de saisir l'opportunité de ces instruments pour agir.

V. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

AUBERT/LEMPEN (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : CLEg-AUTEUR).

AUBERT/MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, Zurich 2003.

BÜCHER/COTTIER, Legal gender studies = Rechtliche Geschlechtersstudien, Zurich 2012, p. 136-166.

CENTRE SUISSE DE COMPÉTENCE POUR LES DROITS HUMAINS (CSDH), Mise en œuvre des droits humains en Suisse, Un état des lieux dans le domaine de la politique genre, Berne 2014, p. 32.

EPINEY/VON DANCKELMANN (édit.), L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, Zurich 2004.

FREIVOGEL ELISABETH, Lücken und Tücken in der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes, in : AJP 2006, p. 1343.

INFRAS, Regulierungsfolgenabschätzung zu den Massnahmen zur Durchsetzung der Lohngleichheit Zwischenpräsentation, Zurich 2015.

INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ (ISDC), Avis sur les mesures étatiques en matière de discrimination salariale hommes-femmes en droit allemand, anglais, australien, autrichien, belge, canadien, danois, espagnol, français, italien, luxembourgeois, néerlandais, suédois et en droit des Etats-Unis, Lausanne 2013.

INTERFACE/UNIVERSITÉ DE BERNE, Instruments étatiques de contrôle et de mise en application permettant de réaliser l'égalité des salaires, Résumé à l'intention de l'OFJ et du BFEG, Lucerne 2013.

KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN (éd.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Bâle 2009 (cité : K GLG-AUTEUR).

MADER LUZIUS, Das Gleichstellungsgesetz - Entstehung, Ziele und Instrumente, in : Schwander/Schaffhauser (éd.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, St-Gall 1996, p. 12-22 et 34-37.

MARTI WHITEBREAD CLAUDIO, Lohngleichheit zwischen Frau und Mann : eine Auslegeordnung, in : AJP 2015, p. 1551.

²⁴ Cf. INFRAS, p. 9 et 24.

- MURPHY/OESCH, *The Feminization of Occupations and Change in Wages : A Panel Analysis of Britain, Germany and Switzerland*, Social Forces Advance Access, Lausanne 2015, p. 1-34.
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (OFJ), *Rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)*, p. 4.
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), *Inégalité salariale entre les sexes : différences marquées selon les branches économiques, Enquête suisse sur le niveau de salaire et la structure des salaires (EES) Neuchâtel 2012*.
- SCHÄR MOSER/STRUB, *Massnahmen und Instrumente zur Bekämpfung der geschlechtsspezifischen Lohndiskriminierung. Die Schweiz im Spiegel des europäischen Auslands*, 2011, Dossier de l'USS n° 79.
- STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL, *Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes – Synthesebericht*, Berne/Binningen 2005.
- UNION SYNDICALE SUISSE (USS), *Que faire pour instaurer l'égalité de salaire entre les sexes ? Analyse des différences de salaire entre les femmes et les hommes et contre-mesures politiques*, Dossier n° 104, Juin 2014.
- VON WITZLEBEN THOMAZINE, *Le dialogue sur l'égalité des salaires : un projet des partenaires sociaux et de la Confédération. Evaluation finale*, Berne 2014.

Quatrième partie – Les mesures d’encouragement

Vierter Teil – Die Fördermassnahmen

Egalité des sexes et mesures positives : la voie difficile de l'égalité effective

Sommaire	Page
I. Introduction	280
II. Le cadre légal pertinent en Suisse et en Europe	281
A. La situation en droit suisse	281
1. La Constitution fédérale du 18 avril 1999	281
2. La LEg	282
3. Les conventions internationales ratifiées par la Suisse	282
a) La CEDEF	282
b) Les Pactes de l'ONU	284
c) Les conventions conclues sous l'égide de l'OIT	285
B. La situation en Europe	286
1. Les directives relatives à l'égalité de traitement au travail	286
2. La jurisprudence européenne relative aux quotas	287
III. Les mesures appropriées à promouvoir l'égalité	289
A. La nécessité d'une intervention	289
B. Les mesures non discriminatoires	290
1. Les mesures de protection	290
2. Les mesures de soutien	291
C. Les mesures positives au sens large ou strict	291
1. Les mesures de soutien	292
2. Les mesures de préférence	293
IV. Une mesure positive particulière : les quotas	295
A. Définition et caractérisation des quotas	295
B. La jurisprudence suisse relative aux quotas	296
C. Quels quotas pour la Suisse ?	298
1. Au plan fédéral	298
a) Les mesures prises	298
b) Les avancées envisageables ou envisagées	298
2. Au plan cantonal	300
V. Conclusion	300
VI. Bibliographie	301

I. Introduction

Le 14 juin 1981, le peuple et les cantons suisses ont adopté à une large majorité une disposition constitutionnelle nouvelle stipulant l'égalité en droits entre l'homme et la femme, chargeant la loi de réaliser cette égalité et posant immédiatement les principes de l'égalité salariale¹.

Il a toutefois fallu attendre jusqu'au 1^{er} juillet 1996 pour qu'entre en vigueur la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 mars 1995², chargée de concrétiser le mandat constitutionnel et qui, selon les termes du Conseil fédéral, constitue un grand pas de plus vers l'égalité³ notamment parce qu'elle prévoit, à son article premier, la réalisation de l'égalité de fait.

Certes, dans son rapport sur le programme législatif « Egalité des droits entre hommes et femmes » du 26 février 1986, le gouvernement relevait déjà que prévoir des solutions transitoires pourrait s'avérer indispensable aux fins d'adopter des mesures particulières en faveur d'un sexe, l'égalité de droit n'étant pas un but en soi⁴.

Cette nécessité de prendre des mesures en vue de promouvoir la situation de la femme sur le marché du travail avait également été soulignée dans le rapport final du groupe de travail mis sur pied par le Département fédéral de justice et police pour 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.

On rappelle au surplus que la LEg s'inscrivait initialement dans une démarche d'eurocompatibilité de l'ordre juridique suisse, qui a été poursuivie malgré le résultat négatif du vote relatif à l'Accord EEE le 6 décembre 1992, aux fins notamment de combler le retard de la Suisse par rapport aux pays environnants⁵.

Ainsi, dans ce domaine particulier de l'égalité entre les sexes, les similitudes entre la législation communautaire et le système suisse relèvent clairement de la volonté de se calquer sur ce qui a cours dans les Etats qui nous entourent. On ne pourra donc faire l'économie de les évoquer.

¹ Article 4 alinéa 2 de la Constitution fédérale de 1874 (ci-après aCst.), en vigueur depuis le 14 juin 1981, actuellement abrogée, RS 101.

² Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), RS 151.1.

³ Message LEg, p. 1164.

⁴ FF 1986 I 1132, p. 1140.

⁵ Message LEg, p. 1164.

Dans le cadre du toilettage de la Constitution fédérale, la disposition sur l'égalité a été complétée, l'article 4 alinéa 2 aCst. devenant l'article 8 alinéa 3 de la Constitution du 18 décembre 1999⁶, sans que cette extension n'affecte les droits et obligations posés par la LEg.

L'égalité formelle, inconditionnelle entre les sexes impose de traiter de manière identique les femmes et les hommes et s'oppose donc, de par son postulat, à un régime différencié. C'est dire que le critère du sexe ne devrait jamais intervenir pour justifier des réglementations distinctes. Pourtant, au vu des différences considérables qui existaient entre les femmes et les hommes dans le monde du travail, il y a une vingtaine d'années, il paraissait, à juste titre, inconcevable de ne pas institutionnaliser une entorse au principe absolu d'égalité des droits pour remédier aux discriminations⁷ effectives. Les pages qui suivent s'attacheront à faire le point sur ces mesures, en les plaçant dans leur contexte juridique.

II. Le cadre légal pertinent en Suisse et en Europe

A. La situation en droit suisse

1. La Constitution fédérale du 18 avril 1999

Adopté dans le cadre du toilettage de la Constitution fédérale le 18 avril 1999, l'article 8 Cst. est une disposition générale sur l'égalité, dont l'alinéa 3 retiendra particulièrement l'attention ici puisqu'il vise spécifiquement l'égalité entre les sexes. Cette disposition a la teneur suivante : « L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. » L'article 8 alinéa 3 Cst. concerne ainsi tant l'égalité en droit qu'en fait. Il vise d'une part l'élimination de toutes les inégalités formelles (soit les inégalités de traitement qui subsistent dans la législation pour réaliser l'égalité juridique) et d'autre part la prise des mesures destinées à réaliser l'égalité matérielle, le législateur étant invité à mener des actions propres à permettre l'égalité de fait en supprimant les discriminations indirectes et en prenant des mesures positives.

⁶ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

⁷ Dans la présente contribution, la notion de discrimination désignera tout traitement inégal, comportant un élément de dépréciation, appliqué à une personne en raison de son appartenance à un groupe déterminé, par hypothèse défavorisé.

2. La LEg

Dans son Message relatif à la LEg, le Conseil fédéral soulignait que le projet de loi sur l'égalité ne constituait que la première étape dans la réalisation de l'égalité des chances dans l'emploi et s'inscrivait dans un projet plus large, visant à améliorer la situation de la femme dans tous les domaines de la société. Le gouvernement soulignait à juste titre que la réalisation de ce projet incomberait non seulement aux autorités publiques, mais également aux particuliers⁸. Dans cet ordre d'idées, et en tenant compte également du droit communautaire, il a paru nécessaire de ne pas se contenter de réaffirmer le principe d'égalité des sexes, purement symétrique, mais de permettre des actions asymétriques pour instituer une égalité effective.

C'est donc tout naturellement que la nouvelle législation réservait la possibilité de prendre des mesures qui se réfèrent au critère du sexe lorsqu'elles sont aptes à réaliser l'égalité de fait entre femmes et hommes.

L'article 3 alinéa 3 LEg prévoit ainsi que ne constituent pas une discrimination les mesures appropriées visant à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes. Selon le Message, ces mesures sont destinées à avantager les femmes dans les professions et aux postes de travail où elles sont encore fortement sous-représentées⁹. Il ne s'agit toutefois pas d'un blanc-seing, ni d'une base légale suffisante¹⁰ pour prendre par voie réglementaire des mesures conformes aux principes constitutionnels. L'article 3 alinéa 3 LEg doit ainsi se comprendre essentiellement comme une réserve, applicable en particuliers aux employeurs privés pour améliorer la représentation des femmes dans leur entreprise.

L'exception vaut pour l'entier du domaine d'application de la loi, soit tant en droit public qu'en droit privé, mais reste confinée au marché du travail, puisque la LEg ne vise qu'un secteur touché par les discriminations et n'a pas vocation à être une loi générale sur l'égalité.

3. Les conventions internationales ratifiées par la Suisse

a) La CEDEF

La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes¹¹, conclue sous l'égide de l'ONU le 18 décembre 1979 et en vigueur pour la Suisse depuis le 26 avril 1997, énonce, à son article 4, que l'adoption par les Etats parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre

⁸ FF 1993 I 1183.

⁹ FF 1993 I 1163, 1212.

¹⁰ BESSON, p. 400 ; SUBILIA/DUC, p. 1005-1006.

¹¹ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, RS 0.108.

les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes ; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chance et de traitement ont été atteints. Selon l'article 4 alinéa 2, l'adoption par les Etats parties de mesures spéciales, y compris de mesures prévues dans la convention, qui visent à protéger la maternité, n'est pas considérée comme un acte discriminatoire.

Au sens de la convention, l'expression « *discrimination à l'égard des femmes* » vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le domaine politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine. Il s'agit d'une définition particulière à la convention, large, qui vise l'égalité matérielle et asymétrique, en ce sens qu'elle tend uniquement à interdire la discrimination à l'égard de femmes.

Le comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a décidé, en application de l'article 21 CEDEF, de formuler la recommandation générale n° 25 qui rappelle en particulier que la portée et le sens du paragraphe 1 de l'art. 4 doivent être interprétés à la lumière de l'objectif et du but général de la Convention, à savoir l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes en vue d'instaurer une égalité de droit et de fait entre hommes et femmes dans la jouissance effective des libertés et des droits fondamentaux. Les Etats parties à la Convention sont juridiquement tenus de respecter, protéger, promouvoir et garantir le droit à la non-discrimination et de veiller à la promotion et à l'amélioration de la condition de la femme afin de la rapprocher de l'égalité de droit et de fait avec celle de l'homme¹². En outre, la Convention exige que les femmes bénéficient de chances égales au départ et d'un environnement propice pour aboutir à l'égalité de résultats. Il ne suffit pas de garantir un traitement identique des femmes et des hommes, mais plutôt de tenir compte des différences biologiques entre les hommes et les femmes et de celles qui sont le résultat d'une production culturelle et sociale. Dans certains cas, il n'est pas possible de traiter de la même façon les hommes et les femmes du fait de ces différences. Pour atteindre cet objectif d'égalité réelle, il est également indispensable de suivre effectivement une stratégie de lutte contre la sous-représentation des femmes et de redistribution des ressources et des responsabilités entre les hommes et les femmes. L'égalité de résultats est le corollaire logique de l'égalité de fait ou égalité réelle¹³.

¹² Recommandation CEDEF 25, pt. 4.

¹³ Recommandation CEDEF 25, pt. 9.

Les mesures spéciales, terme qui recouvre un large éventail de politiques, pratiques et réglementations¹⁴, doivent être temporaires et seront rapportées dès que le résultat escompté a été obtenu depuis un certain temps¹⁵.

Spécialement intéressant dans la perspective suisse, le point 32 de la Recommandation n° 25 relève que les mesures temporaires spéciales peuvent aussi bien être fondées sur les décrets, les directives de politiques générales ou les circulaires administratives que les organes nationaux, régionaux ou locaux du pouvoir exécutif appliquent aux secteurs publics de l'emploi et de l'éducation¹⁶.

b) Les Pactes de l'ONU

aa) Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992¹⁷, prévoit à son article 26 que toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes *une protection égale et efficace contre toute discrimination*, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

Le Comité des droits de l'homme a eu l'occasion de souligner, à répétitions reprises, que le principe de l'égalité oblige parfois les Etats parties à adopter une action affirmative afin d'atténuer ou d'éliminer les conditions qui causent ou aident à perpétuer une discrimination interdite par le Pacte, à condition toutefois que la mesure apparaisse comme nécessaire pour remédier à une discrimination de fait¹⁸. Ainsi, une action positive qui s'analyse en un traitement inégal devra toujours être justifiée objectivement et raisonnablement, d'une part, et proportionnée au but à atteindre, d'autre part¹⁹.

¹⁴ Par exemple les programmes de solidarité ou d'assistance, l'affectation et/ou la redistribution de ressources, le traitement préférentiel, le recrutement, l'embauche et la promotion ciblés, les objectifs chiffrés assortis de délais, et les contingentements, Recommandation CEDEF 25, pt. 22.

¹⁵ Recommandation CEDEF 25, pt. 20.

¹⁶ Selon la Recommandation CEDEF 25, pt. 32, les mesures temporaires spéciales peuvent notamment concerner la fonction publique, la sphère politique ainsi que les secteurs privés de l'emploi et de l'éducation, être négociées entre les partenaires sociaux du secteur privé ou public de l'emploi, ou être appliquées volontairement par les entreprises, les associations et institutions publiques ou privées et les partis politiques.

¹⁷ RS 0.103.2.

¹⁸ Rapport BOSSUYT, p. 12.

¹⁹ DE VOS, p. 57.

bb) Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du 16 décembre 1966, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992²⁰ prévoit, à son article 3, que les Etats parties s'engagent à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels qu'il énumère.

Le comité du Pacte a souligné l'importance de l'égalité substantielle, factuelle, relevant que l'adoption de mesures temporaires spéciales visant à instaurer l'égalité de fait pour les hommes et les femmes n'était en tout cas pas contraire à la non-discrimination en matière d'éducation²¹.

c) Les conventions conclues sous l'égide de l'OIT

La Suisse a ratifié de longue date plusieurs conventions conclues sous l'égide de l'Organisation internationale du Travail, en particulier la Convention n° 100 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale, du 21 juin 1951²², et la Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession du 25 juin 1958²³.

La convention concernant la discrimination rappelle, à son article 5, que les mesures spéciales de protection ou d'assistance prévues dans d'autres documents de l'OIT ne sont pas considérées comme des discriminations ; l'alinéa 2 de cette disposition précise que, moyennant respect du dialogue social chaque membre pourra prendre des mesures spéciales de protection ou assistance fondées sur le sexe sans que celles-ci ne soient considérées comme discriminatoires. Il s'agit-là d'une des premières dispositions figurant dans un instrument international à autoriser spécifiquement l'adoption de mesures spécifiques, positives mais jugées non discriminatoires, envers des groupes défavorisés²⁴.

Les deux conventions susmentionnées ne prévoient toutefois pas une obligation directe pour les Etats parties de prendre des mesures asymétriques visant à corriger la situation inégalitaire sur le marché du travail, dont l'existence est pourtant reconnue par l'OIT.

²⁰ RS 0.103.1.

²¹ DE VOS, p. 58.

²² Entrée en vigueur pour la Suisse le 25 octobre 1973 (RS 0.822.720.0).

²³ Entrée en vigueur pour la Suisse le 13 juillet 1962 (RS 0.822.721.1).

²⁴ Rapport BOSSUYT, p. 13.

B. La situation en Europe

1. Les directives relatives à l'égalité de traitement au travail

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 et de travail (refonte)²⁵, dispose, à son article 3, que les Etats membres peuvent maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141²⁶ paragraphe 4 du Traité pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle.

Antérieurement, la matière était réglée notamment par la directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 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 professionnelle, et les conditions de travail, qui réservait d'une part la validité des dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité et affirmait d'autre part le bien-fondé de mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes²⁷.

Cette réglementation a été remaniée par la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 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 professionnelle, et les conditions de travail²⁸ ; on notera en particulier, en lien avec la présente contribution, diverses réserves liées au traitement plus favorable de la femme enceinte ou récemment accouchée.

Au plan européen, le débat n'était pas clos avec l'adoption de la directive 2006/54 et la nécessité d'intensifier les mesures pour atteindre l'égalité s'est fait sentir : une Charte des femmes a été adoptée par la commission européenne à l'occasion de la journée internationale de la femme du 5 mars 2010²⁹, qui tend notamment à promouvoir la représentation des femmes dans la prise de décision. Enfin, une directive adoptée par le

²⁵ Journal officiel de l'Union européenne, L 204, 26/07/2006, p. 0023-0036 ; cette directive remplace et regroupe plusieurs textes relatifs à l'égalité de traitement et de rémunération notamment en lien avec l'emploi et le marché du travail.

²⁶ Disposition reprise par l'article 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), Journal officiel de l'Union européenne C 326, 26/10/2012, p. 0047-0390.

²⁷ Journal officiel n° L 039 du 14/02/1976, p. 0040 – 0042.

²⁸ Journal officiel n° L 269 du 05/10/2002, p. 0015 – 0020.

²⁹ COM (2010) 78 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:52010DC0078> (consulté le 4.12.15).

Parlement européen le 20 novembre 2013 voulait introduire un quota de 40% de femmes dans les conseils d'administration à l'horizon 2020, mais elle n'a pas encore trouvé grâce devant le Conseil de l'Union européenne, qui l'a écartée le 11 décembre 2014³⁰.

2. La jurisprudence européenne relative aux quotas

D'une manière générale, on relèvera ici que les juridictions européennes paraissent plus acquises à l'idée d'égalité formelle qu'à implémenter une égalité effective par des mesures étatiques incisives³¹. Il ne s'agit pas tant d'atteindre des résultats que d'éliminer des obstacles. Dans cet ordre d'idées, on constate que la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes avait clairement pris le parti de favoriser l'égalité des chances, en application de la directive européenne de 1976, par rapport à l'égalité des résultats. Il ressort de ses considérations dans l'affaire *Kalanke c/Frei Hansestadt Bremen*³² qu'une réglementation nationale ne saurait accorder automatiquement, à qualifications égales entre candidats de sexe différent retenus en vue d'une promotion, une priorité aux candidats féminins dans les secteurs dans lesquels les femmes sont sous-représentées, soit lorsque les femmes ne représentent pas au moins la moitié des effectifs des différents grades de la catégorie de personnel concernée. Cette jurisprudence sonne le glas des espoirs mis dans l'instauration de systèmes de quotas garantissant une priorité absolue et inconditionnelle aux femmes.

La Cour a eu l'occasion de préciser ultérieurement les contours de la légalité des actions positives, qu'elle admettra dans la mesure où elles incluent une clause d'ouverture. Ainsi, deux ans plus tard, dans l'affaire *Marshall*³³, elle a admis la validité du système mis en place par le Land de Nordrhein-Westfalen et selon lequel dans les secteurs de promotion dans lesquels les femmes sont en nombre inférieur par rapport aux hommes, elles doivent être promues par priorité, à égalité d'aptitude, de compétence et de prestations professionnelles, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat ne fassent pencher la balance en sa faveur. La Cour a au surplus constaté que, même à qualifications égales, les candidats masculins ont tendance à être promus de préférence aux candidats féminins du fait, notamment, de certains préjugés et d'idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active, en sorte que le fait que deux candidats de sexe

³⁰ Le texte prévoyait l'introduction d'ici 2020 (2018 pour les entreprises publiques) d'un quota de 40% s'appliquant aux membres non exécutifs, ou bien de 33% en incluant les postes exécutifs, selon la méthode « *comply or explain* ». Les sanctions initialement proposées par la Commission et le Parlement (nullité ou annulation de la nomination, exclusion partielle de l'allocation de financements européens, etc.) étaient quant à elles laissées à la discrétion des Etats membres.

³¹ DE VOS, p. 32-33.

³² Affaire C-450/93 *Kalanke*, arrêt du 17 octobre 1995, recueil 1995, p. I-3051.

³³ Affaire C-409/95, *Marshall*, arrêt du 11 novembre 1997, p. I-6363.

différent aient des qualifications égales n'implique pas à lui seul qu'ils ont des chances égales (points 29 et 30).

Cette ouverture va se confirmer dans le cadre de l'affaire *Badeck*³⁴ où la Cour a dû examiner une réglementation nationale ambitieuse prévoyant plusieurs mesures favorables au sexe sous-représenté soit l'instauration d'un pourcentage minimal de personnel féminin pour les postes temporaires et auxiliaires du secteur scientifique ; l'établissement d'un quota de la moitié des places de formation aux femmes si elles sont en nombre suffisant ; la garantie pour les femmes qualifiées remplissant toutes les conditions requises ou prévues d'être convoquées à des entretiens d'embauche ; enfin la mise en place d'un objectif égalitaire dans la composition des organes représentatifs des travailleurs et des organes d'administration et de surveillance. Elle a jugé cette réglementation conforme aux mesures réservées par la directive, compte tenu des cautions mises en place, de l'absence de préférence automatique en faveur des femmes et de la garantie donnée aux candidats masculins que leurs dossiers feront l'objet d'une appréciation objective, sur la base de critères non discriminatoires.

En bref, la Cour a rejeté toute discrimination à rebours automatique, relevant que les candidatures doivent faire l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats ; il y a peu de place, dans cette appréciation, pour de véritables quotas.

La même année, la Cour a déclaré admissible une législation selon laquelle un candidat appartenant au sexe sous-représenté peut se voir accorder la priorité par rapport à un concurrent du sexe opposé, pour autant que les candidats possèdent des mérites équivalents ou sensiblement équivalents, lorsque les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats³⁵.

Ultérieurement, la Cour rappellera qu'il y a lieu, en déterminant la portée de toute dérogation à un droit individuel, tel que l'égalité de traitement entre hommes et femmes consacrée par la directive, de respecter le principe de proportionnalité qui exige que les dérogations ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché et que soient conciliés, dans toute la mesure du possible, le principe d'égalité de traitement et les exigences du but ainsi à atteindre³⁶.

La Cour ne s'est pas déjugée ultérieurement, en considérant par exemple que n'était pas admissible une réglementation française réservant l'inopposabilité des limites d'âge pour

³⁴ Affaire C-158/97, *Badeck*, arrêt du 28 mars 2000, p. I-1902.

³⁵ Affaire C-437/98, *Abrahamsson et Anderson*, arrêt du 6 juillet 2000, p. I-05539.

³⁶ Affaire C-476/99, *Lommers*, arrêt du 19 mars 2002, p. I-2891.

l'accès aux emplois publics aux veuves non remariées se trouvant dans l'obligation de travailler, à l'exclusion des veufs non remariés dans la même situation³⁷. Plus récemment, elle a considéré que le droit à un congé « d'allaitement »³⁸ en faveur des seules mères salariées et de leur conjoint, à l'exclusion des pères salariés, était contraire au principe d'égalité de traitement entre travailleurs masculins et féminins³⁹.

III. Les mesures appropriées à promouvoir l'égalité

A. La nécessité d'une intervention

Comme on l'a déjà relevé, le concept d'égalité, a fortiori dans la loi, semble s'opposer à l'institutionnalisation de mesures qui réservent un traitement privilégié à un sexe.

Pourtant, l'antinomie n'est pas aussi évidente qu'il y paraît de prime abord lorsqu'on considère les deux facettes de l'égalité, soit l'acception formelle (égalité en droit) et matérielle (égalité en fait).

L'égalité formelle exige que les situations semblables soient traitées de manière semblable, à moins qu'une justification objective ne s'y oppose, par exemple lorsque des différences biologiques ou fonctionnelles s'opposent à un traitement identique. Appliquée à la discrimination des femmes dans le monde du travail, la notion risque de perpétuer des inégalités : en effet, les femmes sont toujours dans une position différente de celle des hommes pour la bonne et simple raison qu'elles sont des femmes⁴⁰. On comprend mieux ainsi la nécessité d'interdire explicitement le critère du sexe pour justifier les discriminations.

L'égalité matérielle inclut quant à elle une notion de résultat. Or, malgré sa rédaction symétrique, l'objectif avoué de la LEg, selon les termes mêmes du Message, est d'améliorer la situation des femmes sur le marché du travail. Ainsi, c'est bien l'égalité matérielle qu'il s'agit de réaliser, en lien avec les dispositions constitutionnelles, légales et conventionnelles en vigueur. Pour y parvenir, il conviendra d'admettre que la symétrie de l'égalité formelle peut être provisoirement mise sur la touche au profit d'une conception asymétrique et d'une idée d'égalité de résultat : l'égalité de traitement (*Gleichbehandlung*)

³⁷ Affaire C-319/03, *Briheche*, arrêt du 30 septembre 2004, p. I-8823.

³⁸ Qui portait mal son nom, dans la mesure où il permettait de s'absenter du travail pendant une heure par jour ou de réduire sa journée de travail d'une demi-heure.

³⁹ Affaire C-104/09, *Roca Alvarez*, arrêt du 30 septembre 2010, p. I-08661.

⁴⁰ KLEBER, p. 49-50.

s'efface pour aller en direction de l'égalité effective (*Gleichstellung*), s'arrêtant parfois, en cours de processus, à l'égalité des chances.

On notera pour le surplus que la réalisation de l'égalité dans les faits a pour conséquence un certain glissement de l'individu au groupe⁴¹, dont la sous-représentation dans un environnement donné est la prémisse à la nécessité d'apporter un correctif par des mesures appropriées.

Diverses démarches sont possibles pour tenter de réduire ou supprimer les inégalités de fait qui restent importantes dans le monde du travail : mesures de protection, mesures de soutien, mesures de préférence viendront en appui des modifications législatives destinées à asseoir l'égalité dans et devant la loi. Plus grand sera leur impact sur l'égalité matérielle, plus elles devront être passées au crible des principes généraux du droit constitutionnels.

B. Les mesures non discriminatoires

1. Les mesures de protection

Les mesures de protection, qui se fondent clairement et explicitement sur les différences biologiques entre femmes et hommes, ne sauraient être vues comme des discriminations. Toujours admises par la jurisprudence fédérale⁴², réservées par les différents instruments internationaux⁴³, elles se justifient ainsi tant sous l'angle de l'égalité formelle que matérielle.

Les mesures de protection ne sont d'ailleurs pas une innovation de ces dernières décennies. Il y a près de cent ans déjà, la constitution de l'OIT affirmait que la protection des femmes enceintes et des femmes en couche ne constituait pas une discrimination⁴⁴. De manière très générale, sur le plan tant national qu'international, la grossesse et la maternité ont fait l'objet d'une protection spéciale, garantissant aux femmes enceintes un congé de maternité minimal payé ou donnant droit à certaines prestations de sécurité sociale et protégeant les accouchées contre un licenciement⁴⁵.

⁴¹ BESSON, p. 390-391.

⁴² ATF 126 II 217, consid. 4a et références citées.

⁴³ Notamment par la CEDEF ; cf. KÄGI-DIENER, CEDAW, n° 7.

⁴⁴ Actions positives, p. 29.

⁴⁵ Cf. notamment Convention n°183 de l'OIT sur la protection de la maternité, entrée en vigueur pour la Suisse le 4 juin 2015, RS 0.822.728.3.

2. Les mesures de soutien

Dans le cadre des moyens aptes à promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes, le soutien et l'incitation de l'Etat constituent des éléments importants. On rappelle que les préjugés et stéréotypes peuvent se construire dès l'enfance, et qu'il est capital que l'Etat intervienne déjà dans l'éducation et par des campagnes ciblées pour mettre en exergue le rôle des femmes dans la société professionnelle, par opposition à la seule cellule familiale. Ainsi, toutes les mesures qui peuvent être prises pour favoriser la conciliation de la vie professionnelle et familiale vont dans le sens de l'appui que les pouvoirs publics doivent nécessairement apporter. Ces mesures peuvent être liées à la création de structures d'accueil de jour, à l'adoption d'une politique de transport public efficace, à l'adoption d'horaires continus dans le programme scolaire. Toutes ces propositions réclament probablement une intervention politique puisqu'il s'agit de changements de société parfois importants. On ne saurait toutefois les voir comme des mesures positives au sens de l'article 3 alinéa 3 LEg, dans la mesure où ces structures à mettre en place n'ont pas un caractère temporaire. Elles ne se justifient pas par le fait qu'elles vont permettre d'évoluer vers des modèles égalitaires, mais ont leur propre légitimité, partiellement différente de l'égalité que veut et doit amener la LEg⁴⁶.

C. Les mesures positives au sens large ou strict

Venu des Etats-Unis dans les années soixante, le terme de mesures positives⁴⁷ vise les actions qui tendent à favoriser l'accès des femmes aux droits qui leur sont reconnus, à l'égal des hommes⁴⁸. La notion peut être entendue dans une acception large, comme définie ci-dessus, ou dans un sens plus étroit, comme l'envisage l'article 3 alinéa 3 LEg.

Dans la présente contribution, une mesure positive au sens strict doit être comprise comme une action tendant à favoriser l'accès effectif des femmes aux droits qui leur sont reconnus dans le système juridique, avec cette conséquence qu'une distorsion de l'égalité peut intervenir provisoirement et temporairement pour rétablir l'équilibre.

⁴⁶ Ainsi, lorsque le canton de Vaud met en consultation, en octobre 2015, une modification de la loi du 20 juin 2006 sur l'accueil de jour des enfants (LAJE), il agit sur la base de l'article 63a Cst.-VD, et non de l'article 3 alinéa 3 LEg (cf. <http://www.bicweb.vd.ch/communiqu.aspx?pObjectID=532908> (consulté le 6.12.2015)).

⁴⁷ *Affirmative action*, soit mesures destinées éliminer les pratiques discriminatoires en matière d'emploi, fondées notamment sur le sexe, cf. BESSON, p. 390-391 et 393-396 ; K GLG-FREIVOGEL, n° 157 *ad* art. 3.

⁴⁸ Actions positives, p. 27.

Stricto sensu, les actions positives se confondent le plus souvent avec les quotas, qui sont loin de faire l'unanimité même au sein du groupe qui serait ainsi favorisé⁴⁹. Toutefois, d'autres types de mesures seraient tout à fait envisageables⁵⁰, selon le genre de discrimination que l'on souhaite enrayer. A l'heure actuelle, les chiffres montrent d'une part des disparités salariales importantes, non explicables uniquement par le poste occupé⁵¹ et d'autre part l'existence d'un important plafond de verre, expression consacrée pour représenter la réalité selon laquelle les femmes ne sont pas embauchées ni promues à un certain stade de la hiérarchie. Ces deux aspects sont partiellement liés et pourraient l'un comme l'autre être combattus par des sanctions pécuniaires, voie vers laquelle paraît s'acheminer la discrimination salariale. On ne serait alors que dans un cas de mesures ayant pour effet de favoriser les droits égaux des femmes et des hommes, sans aucune distorsion de l'égalité formelle.

On rappelle ici que, selon les travaux préparatoires de la LEG, les mesures positives⁵² ne pourraient se fonder directement et uniquement sur l'article 3 alinéa 3 LEG, dans la mesure où l'assurance avait été donnée à l'époque aux parlementaires que la disposition ne constituerait pas une base légale suffisante pour l'adoption de mesures de promotion de l'égalité⁵³.

1. Les mesures de soutien⁵⁴

Pour promouvoir l'égalité, diverses mesures ont été ou peuvent être mises sur pied. Au chapitre de ce qui peut être entrepris figure à notre sens tout encouragement et soutien dont peuvent bénéficier les femmes qui se lanceraient dans une profession typiquement masculine ; on pense en particulier à l'aide apportée aux jeunes postulantes pour trouver des stages dans des métiers ou des entreprises dans lesquelles il est habituel d'engager des hommes⁵⁵. D'autres mesures consistent à encourager les membres du sexe sous-représenté à faire acte de candidature dans des emplois où les hommes sont sur-représentés⁵⁶. Dans

⁴⁹ Cf. notamment <http://bpw.ch/media/archive1/quoten/lematin-281114.pdf> (consulté le 7.12.2015).

⁵⁰ Par exemple l'obligation de réengagement d'une femme licenciée abusivement au sens de la LEG.

⁵¹ Tel est le constat de Mme SYLVIE DURRER, directrice du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, accessible sur le portail PME de la Confédération suisse sous référence <http://www.kmu.admin.ch/aktuel/00524/04231/04406/index.html?lang=fr> (consulté le 6.12.2015).

⁵² Entendues stricto sensu.

⁵³ K GLG-FREIVOGEL, n° 154 ad art. 3 et références citées.

⁵⁴ Il ne s'agit là en principe que de mesures positives au sens large.

⁵⁵ Ce type de mesures existe par exemple pour les postulantes à la Haute Ecole d'ingénierie et de gestion (HEIG) du canton de Vaud.

⁵⁶ A cet égard, on rappelle que l'une des dispositions contestées dans l'affaire *Badeck* était de garantir, à qualifications égales entre candidats de sexe différent, pour les femmes remplissant toutes les

le but d'encourager les femmes, on évoquera une mesure adoptée en Autriche, opportune si ses résultats sont mesurables, soit de subordonner l'adjudication de marchés publics à la réalisation de l'objectif de promotion de l'emploi des femmes.

Dans un autre registre, pour encourager les femmes à ne pas se retirer du marché du travail après un accouchement, il faut rappeler que la Suisse a ratifié la Convention n°183 de l'OIT sur la protection de la maternité. Cet engagement apparaît comme une mesure intéressante de soutien aux femmes allaitantes, qui a entraîné une réflexion sur la situation des femmes souhaitant allaiter sur le lieu de travail ou prendre le temps de rentrer chez elles, mais qui ne bénéficiaient d'aucune rémunération en lien avec ces moments d'interruption de leur activité professionnelle. La modification de l'article 60 alinéa 1 OLT⁵⁷, qui a intégré les dispositions y relatives de la Convention, est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2014 dans une certaine indifférence.

Au niveau du Parlement, l'ajout au programme de la législature 2011-2015 de la ligne directrice 7 et des objectifs qui s'y rapportent (égalité entre hommes et femmes et notamment égalité salariale, égalité des chances, plus grande proportion de femmes dans les conseils d'administration), qui ne figurait pas dans la copie du Conseil fédéral, doit être salué⁵⁸. Sur cette base, le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes a été doté en 2014 de ressources supplémentaires permettant de réaliser un contrôle de l'égalité salariale dans les marchés publics⁵⁹.

Les aides financières que la LEg prévoit pour des programmes de promotion de l'égalité entre femmes et hommes participent de cette catégorie de mesures, même s'ils ne concernent pas seulement l'amélioration de l'égalité vue par les femmes⁶⁰.

2. Les mesures de préférence⁶¹

Les mesures de préférences, qui donnent la priorité à un sexe, sont des règles assorties d'une obligation de résultat extrêmement incisive, puisqu'elles ne respectent pas l'égalité

conditions, d'être convoquées à des entretiens d'embauche dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées.

⁵⁷ Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1) du 10 mai 2000, RS 822.111.

⁵⁸ Programme de la législature 2011-2015, y compris les modifications introduites après les débats parlementaires, consultable à l'adresse <https://www.bk.admin.ch/dokumentation/publikationen/00290/00878/index.html?lang=fr> (consulté le 3.01.2016)

⁵⁹ Rapport CEDEF, p. 32. Au sujet de ces contrôles, voir la contribution de SCHRÖTER ET MARTI WHITEBREAD dans le présent ouvrage.

⁶⁰ Cf. le site du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes au sein de l'administration fédérale, www.ebg.admin.ch/dienstleistungen/00016/index.html?lang=fr (consulté le 6.12.2015).

⁶¹ Il s'agit ici de mesures positives au sens strict et usuel du terme.

formelle. Elles ne se légitiment que par leur objectif final, soit l'instauration d'un ordre égalitaire. Par essence, elles sont temporaires et perdent toute justification lorsque l'objectif est atteint, soit lorsque la parité est réalisée au niveau du marché du travail. D'une manière générale, pour qu'une mesure soit acceptable en tant qu'action positive au bénéfice de l'emploi des femmes, elle doit au moins, objectivement, être fondée sur des critères clairs et déterminés, remédier à des inégalités de carrière spécifiques et aider les femmes à mener leur vie professionnelle dans des conditions plus égales par rapport aux hommes⁶². De telles mesures incluent nécessairement une dimension de comparaison, puisqu'il s'agira de préférer un groupe de personnes, par hypothèse défavorisé par rapport à un autre groupe, qui jouit de meilleures conditions.

Ces mesures de préférence⁶³ recourent la problématique des quotas, mais ne sont pas limitées à cet aspect⁶⁴. En effet, on peut imaginer des incitations financières diverses pour favoriser le travail des femmes, et notamment la reprise du travail après une pause maternité ; ainsi, une participation réservée aux femmes au paiement de la garde des enfants, différente selon les niveaux de salaire, et financée par l'employeur ou dans le cadre d'une convention collective de travail, ne devrait pas être prise en compte dans la rémunération déterminante en lien avec l'égalité salariale⁶⁵. Il pourrait en aller de même de l'attribution, aux seules femmes, de places de parc à proximité immédiate du lieu de travail⁶⁶.

Dans l'absolu, l'égalité matérielle n'étant atteinte qu'au moment où la parité sera réalisée, l'intérêt collectif du groupe défavorisé devrait l'emporter sur celui, individuel d'un membre du groupe favorisé ; telle n'est cependant pas la manière dont les tribunaux appliquent le principe d'égalité, tant en Suisse que dans l'Union européenne.

⁶² DE VOS, p. 21.

⁶³ Cf. également KÄGI-DIENER, Schweiz, n° 9.

⁶⁴ KÄGI-DIENER, CEDAW, n° 12.

⁶⁵ Compte tenu des écarts salariaux en Suisse, cette pratique ne devrait de toute manière pas apparaître discriminatoire ; tout au plus y aurait-il éventuellement lieu de réserver, dans la lignée de l'affaire C-476/99, *Lommers*, arrêt du 19 mars 2002, p. I-2891 (cf. note 37 supra) la possibilité pour un homme d'en disposer selon les situations concrètes.

⁶⁶ De telles mesures de préférence pourraient toutefois induire un effet pervers, en ce sens qu'elles traduisent des rôles stéréotypés au sein de la famille ; cf. KÄGI-DIENER, CEDAW, n°11.

IV. Une mesure positive particulière : les quotas⁶⁷

A. Définition et caractérisation des quotas

Les quotas se définissent comme des contingents, des pourcentages déterminés, imposés ou autorisés⁶⁸. Toutefois, lorsqu'on parle de quotas dans le cadre de la LEg, on pense aussi au résultat d'un processus de nomination ou d'attribution, avec cette conséquence que les quotas apparaissent alors comme un outil normatif visant un objectif quantitatif, mis en œuvre pour atteindre une répartition quantitative souhaitable, dans la composition d'organes⁶⁹.

Diverses catégories peuvent être distinguées, selon leur caractère obligatoire ou automatique. Les quotas imposés par la loi sont fort efficaces, à tout le moins s'ils sont assortis de sanctions ; librement consentis, ils présentent l'intérêt de poser des objectifs et de créer une certaine pression. Les quotas rigides se caractérisent par l'automatisme du processus ; souples (ou flexibles), les quotas permettant une comparaison des candidatures. Les quotas de résultats imposent un objectif, dans le cadre duquel seul subsiste le choix des moyens alors que les quotas décisionnels se contentent de fixer des processus⁷⁰.

Mesures positives par excellence, les quotas constituent un instrument controversé⁷¹ de promotion de l'égalité entre les sexes pour des raisons que l'on résumera très brièvement ici. Pour les détracteurs du système, les quotas portent atteinte aux droits individuels et peuvent avoir pour effet, lorsqu'ils accordent la préférence automatique aux victimes de discrimination, de perpétuer les stéréotypes ou les stigmatisations que l'égalité matérielle devrait éradiquer. Par ailleurs, les mesures de préférence tendent à favoriser davantage les membres les plus qualifiés des groupes sous-représentés, avec cet effet que le groupe à favoriser sera divisé. En sus, les quotas ne sont pas toujours bien vus par celles qui devraient en profiter, lesquelles peuvent craindre soit d'apparaître comme femmes alibis soit que leurs compétences réelles ne soient pas reconnues à leur vraie valeur. Pour les partisans des actions positives, il s'agit d'un excellent moyen de réaliser une véritable égalité entre les sexes, en se débarrassant des stéréotypes et différences de type sexiste

⁶⁷ Compte tenu du champ d'application de la LEg, qui se confine au marché du travail, on ne traitera pas, ici, des initiatives sur les quotas dans le domaine politique, que ce soit en lien avec les affaires des cantons de Soleure (ATF 121 I 152) et d'Uri (ATF 125 I 21) ou l'initiative dite du 3 mars, rejetée massivement par le peuple et les cantons en 2000.

⁶⁸ Définition du dictionnaire du Centre national de Ressources Textuelles et Lexicales, sur internet.

⁶⁹ KÄGI-DIENER, Quotas de femmes, p. 9.

⁷⁰ KÄGI-DIENER, Schweiz, n° 13.

⁷¹ KÄGI-DIENER, Schweiz, n° 10 ; KÄGI-DIENER, Quotas de femmes, p. 29.

ayant un caractère structurel. L'avantage d'un quota accordant la préférence aux membres du groupe sous-représenté est de couper court à toute discussion et comparaison des mérites respectifs, en gardant à l'esprit les considérations émises par la Cour de Justice dans l'affaire *Marshall*, à savoir que, même à qualifications égales, les candidats masculins ont tendance à être promus de préférence aux candidats féminins du fait, notamment, de certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active. Or, pour permettre aux femmes de démontrer leurs capacités, encore faut-il qu'elles aient l'occasion de faire leurs preuves.

Le système des quotas, quel qu'il soit, n'est clairement pas une finalité, mais il est indubitable qu'il permet d'arriver à certains résultats, difficilement réalisables à défaut d'un cadre relativement strict. Des cautèles sont cependant nécessaires, à plusieurs titres : les quotas doivent rester des mesures temporaires ; ils sont assujettis à faire la preuve de leur effectivité ; ils perdent leur légitimité au moment où la proportion recherchée est atteinte.

B. La jurisprudence suisse relative aux quotas

Peu d'arrêts ont été rendus sur la question, en particulier dans le domaine économique. Pourtant, il n'est pas sans intérêt de rappeler qu'en 1982, statuant peu après l'entrée en vigueur de l'article 4 alinéa 2 aCst., le Tribunal Fédéral a constaté qu'un système de barèmes différenciés, défavorables aux élèves filles, appliqué par le Canton de Vaud pour les examens d'admission au collège secondaire violait le principe de l'égalité des droits entre hommes et femmes. Appliquant un strict principe d'égalité des chances, le Tribunal Fédéral a considéré ce système comme clairement contraire à la nouvelle disposition constitutionnelle d'égalité des sexes⁷².

En matière de droit du travail, un seul arrêt est connu à ce jour, qu'il vaut la peine de résumer ici⁷³. En bref, l'Université de Fribourg avait fait paraître une annonce pour un

⁷² ATF 108 IA 22, Fischer et cts c/Conseil d'Etat du Canton de Vaud (recours de droit public). L'arrêt est intéressant dans la mesure où il retrace l'évolution de trois décennies d'école vaudoise, en commençant par rappeler que dans les années 50, les programmes scolaires étaient différents pour les filles et les garçons, ceux-ci ayant des cours de mathématiques alors que les écolières devaient se rendre à la couture. Cette divergence dans les programmes avait eu pour effet de favoriser les résultats des jeunes garçons aux examens d'entrée au collège, à tel point qu'un correctif avait dû être mis en place pour avoir un certain quota de filles. Ultérieurement, au moment où les programmes ont été harmonisés, la tendance de réussite aux examens s'est inversée et pour avoir un certain quota de garçons, le barème qui leur était affecté était différent.

⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral 2A_279/2004 du 14 mars 2005 dans la cause Balmelli c/Commission de recours de l'Université de Fribourg et Tribunal administratif du canton de Fribourg (recours de droit administratif), ATF 131 II 361.

poste de professeure associée ou de maître-assistante en droit public, précisant qu'en raison des critères fixés par le programme de relève universitaire, seules les candidatures féminines pouvaient entrer en ligne de compte pour ce poste. Or, une seule postulation satisfaisait à toutes les conditions requises. Le dossier d'un candidat masculin, TIZIANO BALMELLI, n'avait pas été retenu, au motif que le poste de mise au concours était réservé aux candidatures féminines conformément au programme fédéral d'encouragement de la relève universitaire. Après avoir épuisé les voies de recours cantonales à Fribourg, TIZIANO BALMELLI a saisi le Tribunal Fédéral en faisant valoir l'absence de constitutionnalité du système. La Haute Cour a commencé par rappeler que le système de quotas prévu dans le programme de relève, dépourvu de justification dans des différences biologiques ou fonctionnelles, relève typiquement de la catégorie des mesures positives de l'article 8 alinéa 3, 2^e phrase Cst., étant précisé que l'application du système faite à Fribourg équivalait à l'instauration de quotas fixes ou rigides : la candidature du recourant avait en effet été d'emblée écartée, sans être examinée, en raison de la prise en compte du seul critère du sexe. Le Tribunal Fédéral s'est interrogé sur la proportionnalité de ce système de quotas et a jugé qu'il n'est guère défendable de faire abstraction de compétences et qualifications des candidats pour des postes aussi qualifiés que ceux de l'enseignement universitaire, avec cette conséquence que le système de quotas fixes litigieux n'était pas conforme au principe de proportionnalité. Par surabondance, le Tribunal Fédéral a précisé que les mesures positives – empiétant sur le principe de l'égalité au sens formel – doivent être prévues dans une loi ; cette exigence est en effet une conséquence directe du rattachement constitutionnel de telles mesures à la deuxième phrase de l'article 8 alinéa 3 Cst⁷⁴.

Reprenant les principes posés dans le cadre des initiatives uranaise et soleuroise⁷⁵, les juges n'ont pas condamné en tant que tels les quotas, précisant que les mesures positives pouvant être prises par le législateur ne concernent pas seulement celles qui visent à créer les conditions de base nécessaires à l'égalité des chances entre les sexes (« *Gleichheit der Startbedingungen* »), mais aussi celles qui tendent à obtenir une égalité de résultat (« *Ergebnisgleichheit* »)⁷⁶. Ils ont toutefois considéré que l'importance de l'atteinte susceptible d'être causée à un candidat de l'autre sexe rend nécessaire une base légale autre que l'article 3 alinéa 3 LEg, dans le cadre des rapports de travail de droit public. Distinguant ensuite les quotas fixes ou rigides, qui accordent la préférence aux femmes indépendamment de savoir si leurs qualifications sont ou non équivalentes à celles des candidats masculins, des quotas flexibles ou souples, qui donnent la préférence aux

⁷⁴ Cet arrêt a fait l'objet de nombreuses critiques doctrinales ; cf. en particulier HANGARTNER *in* : AJP/PJA 2005 p. 1414-1419 et 2006 p. 597-599 ; CLEG-LEMPEN, n° 49 *ad* art. 3, p. 65-66 ; K GLG-FREIVOGEL, n° 173-182 *ad* art. 3.

⁷⁵ ATF 125 I 21 ; ATF 121 I 152.

⁷⁶ ATF 131 II 361, consid. 5.4 p. 374-375.

femmes à qualifications égales ou équivalentes, le Tribunal Fédéral soumet les quotas rigides à une double exigence de proportionnalité et de base légale suffisante l'article 3 alinéa 3 LÉg n'étant pas considéré comme tel. Cette exigence est fondée sur le rattachement des mesures positives à l'article 8 alinéa 3, 2^e phrase Cst., selon lequel la loi pourvoit à l'égalité.

C. Quels quotas pour la Suisse ?

1. Au plan fédéral

a) Les mesures prises

A suivre la jurisprudence du Tribunal fédéral, les quotas rigides n'ont pas grand avenir en Suisse, sauf à être prévus dans une loi au sens strict pour tout le secteur public et à respecter la proportionnalité. C'est dire que l'égalité de résultat cède le pas à celle des chances. Il en va ainsi, par exemple, de l'instauration d'un quota de sexe de 30% pour la composition des commissions extraparlimentaires⁷⁷ ; les femmes restent toutefois sous-représentées dans les processus politiques de décision, le quota n'ayant pas un caractère contraignant.

Au sein de l'Administration fédérale, l'un des objectifs de la stratégie concernant le personnel de l'Administration fédérale pour les années 2011-2015 est de poser des valeurs cibles de la répartition entre les sexes, y compris au niveau des cadres. Antérieurement, les Instructions du Conseil fédéral pour la réalisation de l'égalité des chances entre femmes et hommes dans l'Administration fédérale, de 2003, préconisaient de tenir compte en priorité, à qualifications égales, des candidatures du sexe sous-représenté jusqu'à ce que la parité soit atteinte. L'Administration fédérale voulait ainsi faire office de modèle : s'agissant de la mixité, une représentation des femmes de l'ordre de 44 à 48% était visée pour fin 2015.

Dans le domaine privé, le Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprises d'économiesuisse, révisé et adopté le 28 août 2014, s'est attaché en particulier à la représentation des femmes, une des questions touchées par la révision. Il prévoit, à son chiffre 12, que la composition du Conseil d'administration doit être équilibrée, en ce sens que le Conseil d'administration est composé de membres, femmes et hommes, dans une diversité convenable. Cette mixité est justifiée par la poursuite d'intérêts durables dans les entreprises et la diversité. Le document n'a toutefois aucun caractère obligatoire et, au surplus, aucun quota de femme n'a été imposé.

b) Les avancées envisageables ou envisagées

Les quotas peuvent être conçus selon des modalités très diverses, avec cet avantage qu'ils sont adaptables à la situation à régler. Leur effectivité est un gage de leur légitimité. A cet

⁷⁷ Rapport CEDEF, n° 32, p. 9.

égard, on rappelle que les Etats qui nous entourent ont introduit des quotas assortis de sanctions pour la composition des conseils d'administration et ont pu constater une avancée significative sur le plan de l'égalité ; il y aurait probablement lieu de s'en inspirer, quand bien même les sanctions devraient reposer sur une véritable base légale pour pouvoir être suivies d'effets.

La Suisse s'est engagée, sur le plan international, en particulier en ratifiant la CEDEF et son Protocole facultatif du 6 octobre 1999⁷⁸, à éliminer toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes. La Suisse a par ailleurs accepté la recommandation n°123.72 qui lui demandait d'adopter des mesures spéciales temporaires pour augmenter la participation des femmes dans tous les domaines⁷⁹. Elle se doit dès lors de donner suite aux exhortations internationales reçues, qui demandent d'agir de manière concrète⁸⁰.

On ne peut s'empêcher de penser que l'accroissement de la part des femmes pourrait avoir une assise jurisprudentielle, par le biais d'une interprétation conforme à la CEDEF et d'une ouverture plus grande vis-à-vis de l'article 3 alinéa 3 LEg ; à cet égard, il n'est pas sans intérêt de rappeler que, selon le Message, la disposition vise les mesures destinées à avantager les femmes dans les professions et aux postes de travail où elles sont encore fortement sous-représentées, ce qui est une manière d'introduire les quotas.

Même si l'application directe de la convention est controversée, le Tribunal fédéral a jugé que tous les niveaux de l'Etat sont tenus d'appliquer les dispositions qui concrétisent et complètent le mandat de pourvoir à l'égalité de l'article 8 alinéa 3 Cst.⁸¹. Il n'en a toutefois déduit aucune obligation concrète de mettre sur pied une commission ou un service spécialisé en matière d'égalité, relevant au contraire que les organes étatiques gardent la liberté de décider de la forme de leurs actions⁸².

Partant de cette prémisse réductrice, on ne peut aller bien loin dans le raisonnement. Pourtant, dans le cadre de l'arrêt *Balmelli*, en prenant appui sur la Recommandation n° 25 du comité de la CEDEF, le Tribunal fédéral aurait pu élargir sa manière de voir et considérer que la combinaison des articles 4 CEDEF et 3 alinéa 3 LEg permettait de justifier, en fait et en droit, des mesures positives. Le détour par la CEDEF aurait l'avantage de supprimer la problématique de la base légale, puisque le paragraphe 32 de

⁷⁸ RS 0.108.1, en vigueur pour la Suisse dès le 29 décembre 2008 : le protocole permet même à un particulier de se plaindre d'une violation de la convention après avoir épuisé les instances nationales.

⁷⁹ La liste des recommandations adressées à la Suisse dans le cadre de l'Examen périodique universel et position de la Suisse relative aux recommandations encore en suspens est consultable à l'adresse http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/130304_FR_Reponse_de_la_Suisse_EPU.pdf.

⁸⁰ KÄGI-DIENER, Quotas de femmes, p. 6.

⁸¹ ATF 137 I 305.

⁸² *Contra* NAGUIB, p. 925-932.

la Recommandation n° 25 permet de se fonder sur des décrets de politiques générales ou des circulaires administratives. Resterait alors uniquement l'examen de la proportionnalité, à effectuer en se rappelant que la CEDEF est un texte asymétrique, qui ne doit pas recevoir la même interprétation stricte de l'égalité que la directive 2006/54 CE.

Dans les avancées attendues de la pratique, citons l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme, publié le 29 novembre 2014⁸³, qui prévoit un seuil de 30% de femmes, à l'horizon de cinq ans, dans les conseils d'administration des grandes sociétés cotées en bourse. Toutefois, aucune sanction n'est prise en cas de non-application et l'entreprise devra uniquement expliquer la raison pour laquelle la valeur seuil n'est pas respectée en indiquant quelles mesures ont déjà été mises en œuvre ou sont prévues pour l'atteindre⁸⁴. Au surplus, le Conseil fédéral vise une représentation équitable des sexes dans les organes suprêmes de direction des entreprises et établissements proches de la Confédération. Il a fixé à cet effet un quota cible de 30%, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014 et qui devra être atteint à fin 2020. Là encore, aucune sanction n'est envisagée mais toute demande de nomination d'un nouveau membre nécessitera de justifier un écart par rapport aux valeurs de référence et aux quotas cibles⁸⁵.

2. Au plan cantonal

Les cantons sont nombreux à avoir pris des mesures spécifiques de promotion des femmes aux postes dirigeants des autorités cantonales et des institutions publiques. Le premier à introduire des quotas de représentation selon le sexe, dans les conseils d'administration d'entreprises semi-publiques, à raison de 30% au moins, est Bâle-Ville, dont les électeurs ont ratifié la décision du Parlement le 9 février 2014.

Quelques grandes villes ont pour leur part fixé des quotas de genre pour leurs cadres. Elles sont nombreuses à avoir instauré des organismes chargés de promouvoir l'égalité⁸⁶.

V. Conclusion

La Suisse n'est clairement pas l'Etat le plus ouvert aux mesures positives en faveur des femmes, alors même que le pays est souvent mis en avant comme exemple de traitement

⁸³ <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html> (consulté le 7.12.2015).

⁸⁴ Art. 734e du projet, fondé sur le principe du « *comply or explain* ».

⁸⁵ Rapport CEDEF, n° 110, p. 28.

⁸⁶ Rapport CEDEF, n° 113, p. 29.

des minorités nationales. La situation évolue avec une lenteur extrême pour l'égalité de genre.

Plusieurs raisons expliquent probablement cet état de fait. L'une d'elles nous paraît relever de la constatation que, dans ce domaine, le droit n'a pas entériné une situation de fait existante, mais tend à faire prendre conscience et à provoquer des changements de mentalités encore bien ancrées et l'abandon de stéréotypes qui restent bien présents dans la société.

Par ailleurs, la frilosité du Tribunal fédéral à interpréter la législation nationale en conformité de conventions internationales indiscutables, comme l'est à n'en pas douter la CEDEF, ne permet pas aux autorités publiques, incontestablement appelées à donner des signaux forts dans ce domaine, de faire preuve d'esprit d'initiative.

Dans le secteur privé, les avancées sont limitées et il n'est pas rare de trouver des femmes qui, dans les faits, exercent des fonctions beaucoup plus étendues et importantes que celles qui leur sont officiellement reconnues. Elles sont ainsi maintenues dans des positions moins élevées et ne bénéficient que du salaire correspondant à leurs attributions officielles.

Des quotas de femmes pour lutter contre le plafond de verre ? Même s'ils ne sont pas attrayants, ils sont probablement inévitables dans un premier temps, pour amorcer un mouvement qui se heurte encore aux préjugés et aux stéréotypes. Et pourquoi pas des quotas d'hommes dans les métiers typiquement féminins ?

VI. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur. Vu la multiplicité des sources en matière de quotas, seules figurent dans cette bibliographie celles qui ont été citées.

AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : CLÉg-AUTEUR).

BESSION SAMANTHA A., Mesures positives : le nouvel équilibre asymétrique – perspectives pour le droit suisse, AJP/PJA 1999, p. 390-404.

BOSSUYT MARC, Prévention de la discrimination. La notion d'action positive et son application pratique, Rapport final présenté en application de la résolution 1998/5 de la Sous-Commission de la protection des droits de l'homme, Conseil économique et Social des Nations Unies, 17 juin 2002 (cité : Rapport BOSSUYT).

COMITÉ CEDAW, Quatrième et cinquième rapport de la Suisse sur la mise en œuvre de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), *in* : http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00012/00198/index.html?lang=fr&download=NHZLpZeg7t,Inp6I0NTU04212Z6ln1ae2lZn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDdn92hGym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-- (consulté le 7.12.2015) (cité : Rapport CEDEF).

- COMITE CEDAW, Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales (cité : Recommandation CEDEF 25).
- CONFÉRENCE SUISSE DES DÉLÉGUÉ-E-S À L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES, rapport du 22 février 2014 sur la révision du Code des obligations (droit de la société anonyme), http://www.equality.ch/pdf_f/xS_Stellungnahme_Aktienrecht_fr.pdf (consulté le 7.12.2015).
- CONSEIL DE L'EUROPE, Actions positives dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes, rapport final d'activités du groupe de spécialistes sur les actions positives dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes (EG-S-PA (2000)7), Strasbourg, 2000 (cité : Actions positives).
- CONSEIL FÉDÉRAL, 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 fédérale, FF 1993 I 1163 (cité : Message LEg).
- DE VOS MARC, Au-delà de l'égalité formelle, L'action positive au titre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, rapport du réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G2, juin 2007.
- HANGARTNER YVO, Art. 8 Abs. 3 BV, Art. 3 des Gleichstellungsgesetzes : Frauenförderungsmassnahme in Form einer starren Quotenregelung : Bemerkungen, *in* : AJP/PJA 2005, p. 1414-1419.
- HANGARTNER YVO, Art. 8 Abs. 3 BV, Art. 3 des Gleichstellungsgesetzes : Frauenförderungsmassnahme in Form einer starren Bevorzugungsregelung, *in* : AJP/PJA 2006, p. 597-599.
- KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (éd.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Bâle 2^e éd. 2009 (cité : K GLG-AUTEUR).
- KÄGI-DIENER REGULA, Allgemeine Kommentierung von Art. 4, *in* : Schläppi Erika/Ulrich Silvia/Wyttenbach Judith (édit.), CEDAW. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, 2015 (cité : CEDAW).
- KÄGI-DIENER REGULA, Art. 4, Umsetzung in der Schweiz, *in* : Schläppi Erika/Ulrich Silvia/Wyttenbach Judith (édit.), CEDAW. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, 2015 (cité : Schweiz).
- KÄGI-DIENER REGULA, Des quotas de femmes dans les cercles dirigeants de l'économie, mars 2014, disponible sur le site www.comfem.ch/Documentation (cité : Quotas de femmes).
- KÄGI-DIENER REGULA, Impulse des CEDAW-Übereinkommen für die Gleichstellung im Erwerbsleben insbesondere in der Quotenfrage, *in* : AJP/PJA 2006, p. 1451-1463.
- KLEBER ELEONOR, La discrimination multiple. Etude de droit international, suisse et européen, Genève, Zurich, Bâle 2015.
- NAGUIB TAREK, Bedeutung des BGE 137 I 305 für die institutionellen Diskriminierungsschutz auf kantonaler Ebene, *in* : AJP/PJA 2012, p. 915-932.

PETERS ANNE, Frauen an Bord : Der Vorschlag der EU_Kommission für eine Richtlinie zur Gewährleistung einer ausgewogenen Vertretung von Frauen und Männern in Aufsichträten börsennotierten Gesellschaften, *in* : AJP/PJA 2012, p. 643-648.

SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, Droit du travail. Eléments de droit suisse, 2^e éd., Lausanne 2010.

Le *topsharing* : un moyen pour briser le plafond de verre ?

Sommaire	Page
I. Introduction	306
A. La situation des femmes sur le marché du travail	306
B. Les avantages du partage de poste	306
II. Le <i>jobsharing</i>	307
A. Définitions	307
1. <i>Jobsharing</i>	307
a) <i>Jobsplitting</i>	307
b) <i>Jobpairing</i>	308
ba) <i>Jobsharing</i> « pur »	308
bb) <i>Jobsharing</i> « hybride »	308
B. La mise en œuvre du <i>jobsharing</i>	308
1. Le recrutement	309
2. Le contrat de travail	309
a) Répartition des tâches	310
b) Horaire de travail	310
c) Remplacement du partenaire	311
d) Salaire	312
e) Vacances	312
f) Aménagement du poste de travail	313
g) Prises de décision	313
h) Responsabilité	313
i) Evaluation	314
j) Octroi de primes	315
k) Fin du rapport de travail	315
III. Bibliographie	316

I. Introduction

A. La situation des femmes sur le marché du travail

En Suisse, le niveau de qualification des femmes ne cesse d'augmenter. Depuis 2009, elles sont plus nombreuses que les hommes à effectuer des études supérieures dans des filières générales. Mais, au final, sur le marché du travail, elles sont trop peu présentes, en particulier à des postes à plein temps et de surcroît à responsabilités. En effet, elles ne représenteraient que 20% des cadres et 3 à 4% des *top managers*¹. Selon un sondage effectué en 2015 auprès des cent plus grandes entreprises suisses, seules 6% de femmes se trouvent à des postes de dirigeant et 15% membre d'un conseil d'administration².

On constate que dès l'arrivée de leur premier enfant, les femmes réduisent leur taux d'activité. Selon des chiffres de 2014, 63% des mères exercent une activité à temps partiel³. On relève que ce pourcentage s'accroît avec le niveau de formation. En effet, celles au bénéfice d'une formation de degré tertiaire avec un ou plusieurs enfants de moins de 15 ans sont 62,3% à travailler à temps partiel, contre 43,1% pour celles ayant uniquement suivi l'enseignement obligatoire⁴.

L'agrandissement de la famille n'a, par contre, en général pas d'influence sur le taux d'activité des hommes. Indépendamment de l'âge de leur(s) enfant(s), ils sont 86% à travailler à plein temps⁵.

B. Les avantages du partage de poste

Le *jobsharing* est un modèle de travail innovant, il optimise le potentiel économique des travailleurs à temps partiel et permet en particulier de remédier à la sous-utilisation des compétences de femmes qualifiées. En effet, en se partageant un poste à plein temps et les responsabilités qui en découlent, les femmes ont ainsi l'opportunité d'exercer à temps partiel une profession mieux valorisée⁶.

¹ Chiffres à prendre comme ordre de grandeur car sujets à de fortes variations selon les secteurs, cité dans l'article de MENTHA/GBAGUIDI.

² Schillingreport 2015, <http://www.schillingreport.ch/en/home> (consulté le 9.12.2015).

³ OFS 2014 – Participation des mères et des pères au marché de l'emploi, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/20/05/blank/key/Vereinbarkeit/01.html> (consulté le 12.11.15).

⁴ OFS 2014, cité dans Guide pratique p. 2.

⁵ Source OFS : Situation professionnelle des pères avec partenaire et enfant(s) dans le ménage, en 2014.

⁶ SUBILIA, p. 24.

Quant au *topsharing* qui consiste en un partage d'un poste à hautes responsabilités, il a l'avantage de rendre plus facilement accessible aux femmes ce type de poste et de créer ainsi plus de mixité dans les milieux hiérarchiquement élevés. Le *topsharing* peut ainsi être un moyen pour les femmes de briser le « plafond de verre »⁷.

Du côté des hommes on y voit également des avantages. Le *jobsharing* répond au souhait partagé par un nombre croissant d'hommes de travailler à temps réduit. Le *topsharing* motivera certainement d'avantage d'hommes à réduire leur taux d'activité du fait qu'il leur permet de conserver un poste à responsabilité. Le *jobsharing* permet au final de diminuer les inégalités entre femmes et hommes⁸.

II. Le *jobsharing*

A. Définitions

1. *Jobsharing*

Le *jobsharing* est une forme d'organisation du travail dans laquelle deux ou plusieurs travailleurs se partagent une place de travail et en prennent ensemble la responsabilité pour l'accomplissement de la prestation de travail⁹.

Il existe deux formes de partage de poste : le *jobsplitting* (répartition des tâches) et le *jobpairing* (activité en tandem).

a) *Jobsplitting*

En matière de *jobsplitting*, un poste de travail est fractionnable en mi-temps indépendants, tout en conservant une complémentarité entre les travailleurs¹⁰. Le partage des tâches se décide par les partenaires par négociation. Chacun est alors responsable uniquement des tâches qui lui sont confiées. Vis-à-vis de l'employeur, il existe dans ce cas des contrats de travail distincts¹¹.

⁷ Le plafond de verre est une expression américaine désignant initialement les « freins invisibles » à la promotion des femmes dans les structures hiérarchiques (source : <http://www.novethic.fr/lexique/detail/plafond-de-verre.html> (consulté le 12.11.15)).

⁸ Guide pratique, Introduction.

⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, p. 410, n° 7.

¹⁰ SUBILIA, p. 46.

¹¹ FORNEY, p. 12.

b) *Jobpairing*

En matière de *jobpairing*, par contre, le poste de travail n'est pas fractionnable. Les travailleurs étant interchangeable, l'employeur peut s'adresser indifféremment à l'un ou l'autre partenaire pour l'exécution du travail¹². Dans le *jobpairing* (activité en tandem), les intéressés assument conjointement la responsabilité de planifier et d'exécuter une tâche complète¹³.

Le *jobpairing* comprend deux catégories :

ba) Jobsharing « pur »

L'employeur et les travailleurs sont liés par un seul contrat de travail. Concernant la répartition du travail, il s'agit d'une parfaite substituabilité des deux partenaires et une continuité sur tous les dossiers¹⁴.

bb) Jobsharing « hybride »

Deux contrats individuels sont conclus entre l'employeur et chaque employé. Il se traduit par une allocation informelle de dossiers entre partenaires, les autres tâches étant parfaitement substituables, tout en assumant une responsabilité commune¹⁵. Il s'agit de la forme de *jobsharing* la plus pratiquée et qui correspond le plus à la tendance actuelle¹⁶.

En fonction du modèle choisi, les implications juridiques peuvent différer et le contrat de travail devra être adapté en conséquence¹⁷.

B. La mise en œuvre du *jobsharing*

Il n'existe en droit suisse actuellement aucune disposition particulière sur le sujet. Comme dans tout sujet innovant on peut se poser la question de la nécessité d'une réglementation spécifique. Le droit suisse et en particulier le code des obligations¹⁸ est composé de dispositions dont l'application se veulent assez large. Ainsi, les articles 319 et suivants du code des obligations qui régissent le contrat individuel de travail contiennent des principes généraux qui peuvent sans autre s'appliquer au *jobsharing*. Par contre, il paraît

¹² SUBILIA, p. 46.

¹³ FORNEY, p. 12.

¹⁴ Guide pratique, p. 4.

¹⁵ Guide pratique, p. 4.

¹⁶ HIRSCHI VALÉRIE, p. 5 ; Guide pratique, p. 4.

¹⁷ Guide pratique, p. 4.

¹⁸ Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220.

indispensable de réfléchir à l'avance aux aspects particuliers du partage de poste et de convenir des conditions particulières dans un contrat de travail.

Le Tribunal fédéral¹⁹ l'a rappelé, le droit suisse du travail autorise des aménagements très libres des relations de travail, s'agissant notamment d'un horaire flexible, déterminé par une partie ou par les deux, de même que la répartition d'un ou de plusieurs postes de travail entre deux ou plusieurs employés.

1. Le recrutement

Avant de conclure un contrat de travail, il s'agit de commencer par recruter les candidats. Plusieurs alternatives sont envisageables. Les candidats à un poste en *jobsharing* peuvent présenter un seul dossier de candidature incluant deux curriculum vitae, voire un seul. Il peut être intéressant de rédiger une lettre de motivation commune. Si par contre, les candidats décident d'en rédiger une individuellement, ils devraient alors chacun y décrire leurs propres motivations à travailler en *jobsharing* et en particulier avec la personne choisie. Il est en outre recommandé d'inclure au dossier de candidature une proposition d'organisation, afin de démontrer à l'employeur que le tandem a réfléchi à la meilleure répartition du travail²⁰.

L'employeur décidera ensuite s'il entend mener l'entretien d'embauche dans un premier temps avec chaque candidat individuellement ou directement avec les deux²¹.

2. Le contrat de travail

Il existe plusieurs possibilités au niveau de la conclusion du contrat. L'employeur peut conclure un contrat avec chacun des partenaires individuellement ou avec le groupe de personnes qui se partagent la charge de travail formant une société simple²², voire plutôt une société en nom collectif²³. Selon le Tribunal fédéral, les deux possibilités sont ouvertes aux parties²⁴. Pour certains auteurs, la manière la plus adéquate est de conclure un contrat de travail à temps partiel avec chacun des travailleurs concernés²⁵.

Une chose est certaine la conclusion d'un contrat écrit est nécessaire afin de prévoir les droits et obligations des parties à la situation particulière du partage de poste. Les chapitres

¹⁹ ATF 122 V 169, consid. 6a, in : FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *ad art.* 319, rem. 2.11.

²⁰ Guide pratique, p. 13.

²¹ Guide pratique, p. 14.

²² WYLER/HEINZER, p. 28.

²³ SUBILIA/DUC, p. 86.

²⁴ ATF 112 II 41.

²⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, p. 411, n° 7.

suivants sont consacrés aux principaux points qu'il est recommandé d'inclure dans le contrat de travail.

a) Répartition des tâches

En matière de *jobsharing*, les tâches liées au poste sont partagées entre les partenaires. Il s'agit d'une exception à l'obligation du travailleur d'exécuter en personne le travail dont il est chargé. Cette éventualité est possible selon l'art. 321 CO, si cela résulte d'un accord ou des circonstances.

Il est recommandé de répartir le cahier des tâches de manière souple afin de permettre des aménagements inévitables en matière de partage de poste²⁶.

Une répartition des tâches entre les partenaires est surtout nécessaire en matière de *jobsplitting* où le poste est fractionnable et où chaque employé est responsable des tâches qui lui sont confiées.

La répartition des tâches peut bien sûr être décidée par l'employeur, mais il est également possible de laisser les employés se les répartir. Il peut être utile de préciser dans le contrat que les partenaires pourront être amenés à devoir se charger des tâches de l'autre partenaire²⁷.

Dans le *jobpairing* où le poste n'est pas fractionnable, il n'est pas forcément nécessaire de prévoir une répartition des tâches étant donné que chacun des binômes est amené à gérer les mêmes tâches.

Dans les différents cas de figure, il s'agira de déterminer le mode de transmission de l'information entre partenaires et avec l'employeur²⁸.

b) Horaire de travail

L'employeur peut renoncer à son droit de fixer un horaire de travail et à donner des instructions sur l'organisation du travail. Il laisse ainsi les travailleurs s'entendre sur la répartition de leur emploi du temps ; l'essentiel pour l'employeur étant que le poste soit occupé en permanence²⁹. Cela nécessite que le cahier des charges de chaque partenaire soit établi avec une certaine souplesse. L'employeur peut s'adresser indifféremment à l'un ou l'autre³⁰. Idéalement, un consensus est trouvé à trois³¹.

²⁶ SUBILIA, p. 60.

²⁷ SUBILIA, p. 60.

²⁸ Guide pratique, p. 6.

²⁹ SUBILIA/DUC, p. 86.

³⁰ HIRSCHI, p. 7.

³¹ Guide pratique, p. 5.

Afin de permettre la transmission des informations entre les partenaires, il est nécessaire de prévoir un jour, voire au minimum un demi-jour de travail en commun³².

L'employeur et les travailleurs doivent convenir d'un horaire de travail au-delà duquel les heures effectuées constituent des heures supplémentaires³³.

On peut également prévoir l'éventualité de la présence nécessaire des deux partenaires à certaines occasions, hormis le jour ou demi-jour de travail en commun, telles que des séances d'équipe ou d'information par exemple. Il s'agira de prévoir comment traiter les heures de présence de l'employé ayant normalement congé ce jour-là. Ce temps de travail peut être considéré comme des heures supplémentaires ou être rattrapé durant la semaine en question par exemple.

On rappelle que l'employeur a le droit d'exiger du travailleur des heures supplémentaires selon l'art. 321c al. 2 CO et l'employé se doit d'effectuer ce surcroît de travail dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander. En matière de partage de poste, cela signifie que l'employeur devra en particulier prendre en considération l'organisation de la vie privée de l'employé, notamment en ce qui concerne ses responsabilités familiales³⁴.

L'employeur souhaitant déroger à la réglementation légale en matière d'heures supplémentaires, en supprimant le supplément de rémunération de 25%, voire toute rémunération, le prévoira par écrit dans le contrat de travail.

Il faut encore relever que le partage de poste ne signifie pas forcément une répartition moitié-moitié de la charge de travail (hormis le jour ou demi-jour en commun). On peut en effet envisager un partage d'une fonction entre partenaires alors que d'autres charges sont assumées individuellement par l'un ou l'autre des employés. On peut aussi envisager un partage du travail de manière trimestrielle avec une alternance de fonction. La fonction de chef étant répartie de manière différente entre les deux partenaires tous les 3 mois par exemple³⁵.

c) Remplacement du partenaire

Selon plusieurs auteurs³⁶, les partenaires ont l'obligation de se remplacer en cas d'absence de l'un des partenaires afin que le poste de travail reste constamment occupé. Cela ne va pas sans poser des problèmes d'organisation du fait que le travailleur en *jobsharing* a

³² Guide pratique, p. 6.

³³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ p. 411, n° 7.

³⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, p. 65, n° 3.

³⁵ Cf. exemples décrits dans Guide pratique, p. 10.

³⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, p. 411, n° 7 ; SUBILIA, p. 123.

accepté de travailler à temps partiel³⁷ et qu'il peut ainsi ne pas être disponible à court terme pour remplacer son collègue. Il est certain que si cette exigence est posée par l'employeur, elle devra être prévue à l'avance et acceptée par les partenaires.

Si le remplacement est momentané, le travailleur qui remplace son coéquipier a droit à la compensation ou à la rémunération des heures supplémentaires effectuées³⁸. Par contre, si le remplacement est de plus longue durée d'autres alternatives sont envisageables³⁹ :

- conclusion d'un contrat de durée déterminée, si la durée de l'absence est déterminable à l'avance ;
- suspension du *jobsharing* et conclusion d'un contrat de durée indéterminée ;
- conclusion d'un contrat de travail sur appel.

d) Salaire

Le salaire n'a pas nécessairement besoin d'être identique pour chaque partenaire. Au contraire, les principes de fixation du salaire basés sur l'âge, la formation, l'expérience et le nombre d'années en entreprise peuvent être pris en compte pour chaque partenaire individuellement et pourront avoir pour conséquence que le salaire attribué à chacun des partenaires soit différent en fonction de son profil⁴⁰.

Contrairement à la tendance selon laquelle la fixation du salaire est traitée de manière individuelle et est tenue confidentielle vis-à-vis des autres collègues, en matière de *jobsharing* il est recommandé de traiter ce point en toute transparence entre les deux partenaires. En effet, si ceux-ci sont informés de la manière dont le salaire de l'autre partenaire a été fixé, cela aura pour avantage d'éviter des tensions entre eux, ce qui serait tout à fait préjudiciable à la bonne relation entre partenaires indispensable à l'exécution d'un partage de poste.

e) Vacances

Si l'employeur estime qu'il est nécessaire que les travailleurs prennent leurs vacances séparément afin que le poste reste occupé en permanence, du moins à temps partiel, il le précisera dans le contrat⁴¹. Toutefois, même si cette condition n'est pas prévue dans le contrat, les vacances devront en tout état de cause être fixées après concertation entre l'employeur et les partenaires et en cas de désaccord, c'est l'employeur qui tranchera⁴².

³⁷ HIRSCHI, p. 8.

³⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, p. 411, n° 7.

³⁹ HIRSCHI, p. 8.

⁴⁰ Guide pratique, p. 6.

⁴¹ HIRSCHI, p. 9.

⁴² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, p. 170, n° 3.

f) Aménagement du poste de travail

Pour certains⁴³, il devrait y avoir autant de place qu'il y a de partenaires afin que chacun ait sa place de travail durant le jour ou demi-jour en commun.

La gestion des emails devra être déterminée. Les partenaires peuvent n'utiliser qu'une seule adresse commune. Le suivi en permanence des dossiers sera ainsi assuré. Cette adresse devra alors être limitée aux emails professionnels afin d'éviter une violation de la protection des données. Si l'on opte pour deux adresses individuelles, on recommande que tous les courriels reçus soient systématiquement transférés au partenaire et les emails envoyés mis en copie, afin de garantir la transmission des informations. Cette dernière alternative n'empêche pas d'avoir en plus une adresse commune⁴⁴.

La gestion du téléphone est moins compliquée. Une seule ligne peut sans problème être attribuée aux deux partenaires⁴⁵.

g) Prises de décision

Il peut être prévu à l'avance quel type de décision peut être pris par un seul partenaire et quel type de décision nécessite un accord entre les deux partenaires. Un processus de décision en cas de désaccord devra être déterminé⁴⁶. On peut penser par exemple à l'intervention d'un supérieur pour trancher le désaccord.

h) Responsabilité

Les partenaires sont coresponsables de la bonne exécution du travail, de ses résultats et en matière de *topsharing*, ils peuvent également se partager la gestion des collaborateurs. Ils sont chacun liés individuellement par un rapport de subordination à l'employeur. Par contre, entre eux, il n'existe aucune relation juridique⁴⁷.

Au niveau de la responsabilité qu'engagent chacun des partenaires, on appliquera l'art. 321e CO qui prévoit que le travailleur ne répond d'un dommage que s'il l'a commis intentionnellement ou par négligence et en violation de ses obligations contractuelles. Un des binômes pourra donc être reconnu responsable d'un dommage uniquement s'il a violé personnellement une obligation contractuelle. On peut se demander s'il existe des circonstances dans lesquelles on peut envisager une violation commune d'une obligation contractuelle. Pour certain, en cas d'actes effectués conjointement ou devant être effectués

⁴³ HIRSCHI, p. 9 et 10 ; Guide pratique, p. 6.

⁴⁴ HIRSCHI, p. 9 et 10.

⁴⁵ HIRSCHI, p. 10.

⁴⁶ Guide pratique, p. 6.

⁴⁷ HIRSCHI, p. 6.

en commun (ouvrage réalisé à deux, double signature, décision commune), les partenaires peuvent être reconnus solidairement coresponsables⁴⁸.

On considère que des actes sont exécutés en commun lorsque l'employeur confie les tâches aux deux partenaires sans définir lequel des partenaires les exécutera et lorsque la supervision du travail est l'affaire des deux partenaires⁴⁹.

Ce type de forme de travail pourrait dans certaines circonstances être considéré comme un risque professionnel qui doit être supporté par l'employeur selon l'art. 321e al. 2 CO. En effet, le risque professionnel doit être interprété en fonction de l'activité concrète du ou en l'occurrence des travailleurs⁵⁰.

Par contre, en matière de *jobsplitting*, il n'existe aucune solidarité entre les partenaires. Le partenaire n'est débiteur que d'une prestation de travail correspondant à son taux d'activité et l'employeur ne saurait exiger de lui la quotité de travail devant être assumée par l'autre partenaire, à l'exception des heures supplémentaires demandées par l'employeur⁵¹.

L'employeur souhaitant se réserver la possibilité d'agir contre les deux partenaires solidairement en réparation d'un dommage causé, devra requérir d'eux une déclaration par laquelle ils reconnaissent une solidarité passive⁵². Un tel accord ne sera toutefois considéré comme valable que dans des circonstances très particulières⁵³.

i) Evaluation

Si l'on envisage le poste comme un ou plusieurs objectifs à atteindre, l'évaluation des partenaires devrait se faire de manière commune en présence des deux employés. Certains considèrent que cette solution engendre une violation de la protection des données. Toutefois, il peut être admis qu'en concluant un contrat en *jobsharing* les binômes acceptent de renoncer à cette protection⁵⁴. Il est recommandé de déterminer cela au moment de la conclusion du contrat et de la fixation des objectifs.

Au vu de ce qui précède, l'entretien individuel séparé peut apparaître plus juste pour chaque collaborateur, mais il risque de compromettre l'esprit d'équipe entre les deux partenaires⁵⁵. L'évaluation peut également être en partie commune et en partie séparée. La partie de l'évaluation qui est faite de manière séparée ne concernera alors que les

⁴⁸ SUBILIA, p. 116.

⁴⁹ SUBILIA, p. 116 et 117.

⁵⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, p. 77, n° 5.

⁵¹ SUBILIA, p. 74.

⁵² SUBILIA, p. 74 et 114.

⁵³ Cf. exemples cités par SUBILIA, p. 116 ss.

⁵⁴ Guide pratique, p. 6 ; HIRSCHI, p. 7 et 8.

⁵⁵ HIRSCHI, p. 8.

compétences personnelles et sociales ou le besoin en formation continue par exemple de chaque partenaire⁵⁶.

j) Octroi de primes

Il s'agit de prévoir à l'avance la procédure d'octroi d'éventuelles primes qui peuvent être accordées en commun (en cas de réalisation d'objectifs liés au poste) ou individuellement (en cas de performance individuelle). L'octroi de primes individuelles risque de créer une concurrence malsaine entre les partenaires et est de fait déconseillé en matière de *jobsharing*. Il est plus judicieux d'encourager et de valoriser le travail en commun et l'atteinte d'objectifs par les deux employés. Le même raisonnement peut s'appliquer à l'augmentation de salaire en cas d'atteinte d'objectifs.

k) Fin du rapport de travail

Même s'il s'agit du partage d'un seul poste, il n'en demeure pas moins que dans la plupart des cas chaque partenaire est lié individuellement par un contrat de travail. Il en découle que pour mettre fin aux rapports de travail il faut procéder à la résiliation individuelle de chaque contrat en respectant pour chaque partenaire la réglementation qui lui est applicable (délai de congé, cause du licenciement, délais de protection, juste motif éventuel de licenciement immédiat)⁵⁷. Une résiliation simultanée des deux contrats par l'employeur est néanmoins possible⁵⁸. Par contre, les employés ne sauraient valablement s'engager à résilier leur contrat simultanément⁵⁹.

Si le contrat de travail de l'un des employés est résilié avec effet immédiat, l'autre ne devrait pas voir son contrat être également immédiatement résilié⁶⁰, à moins que chaque partenaire n'ait adopté un comportement impliquant un juste motif de résiliation ou que les partenaires soient liés entre eux par un contrat de société simple⁶¹.

Pourrait-on imaginer que la durée du contrat d'un partenaire soit liée à celle de l'autre ? Selon la jurisprudence⁶², en matière de contrat de durée déterminée, la fin du contrat doit être déterminable par les deux parties au moment de la conclusion du contrat. Or, dans un tel cas de figure, cette condition ne serait pas réalisée de sorte qu'il ne pourrait s'agir que d'un contrat de durée indéterminée résiliable en respectant le délai de congé légal ou contractuel.

⁵⁶ Guide pratique, p. 6.

⁵⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, p. 411, n° 7.

⁵⁸ SUBILIA, p. 137.

⁵⁹ SUBILIA, p. 139.

⁶⁰ HIRSCHI, p. 10.

⁶¹ SUBILIA, p. 140.

⁶² Arrêt du Tribunal fédéral 4A_270/2014 du 18 septembre 2014, consid. 4.4.

Même s'il peut être compliqué de prévoir à l'avance les conséquences du départ volontaire ou non de l'un des partenaires, il est néanmoins recommandé d'y réfléchir au moment de la conclusion du contrat. Plusieurs éventualités sont envisageables⁶³ :

- Le collaborateur restant reprend le poste à 100% ou éventuellement à 80% temporairement ou définitivement.
- Un nouveau partenariat est créé de manière temporaire ou permanente (nouveau *jobsharing*). Durant le temps nécessaire pour trouver une personne qui reprendra le pourcentage de travail du partenaire qui est parti, un contrat temporaire peut être conclu avec le partenaire restant en augmentant son taux de travail.
- Le poste à 100% est remis au concours. Le collaborateur restant reçoit un poste à temps partiel correspondant à son précédent taux d'activité et si cela n'est pas possible, il est licencié.

III. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

ASSOCIATION PTO, Guide pratique, *Le Jobsharing*, Deux expertises pour le prix d'une, <http://www.go-for-jobsharing.ch/fr/publications.html> (consulté le 12.11.15) (cité : Guide pratique).

BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN-BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd., Lausanne 2010.

FAVRE CHRISTIAN/MUNOZ CHARLES/TOBLER ROLF A., Le contrat de travail code annoté, 2^e éd., Lausanne 2010.

FORNEY YANNIC, Nouvelles formes de travail, Fédération des Entreprises Romandes, Genève, septembre 2014, <https://www.fer-ge.ch/web/fer-ge/nouvelles-formes-de-travail#.VhzbSbmhd2s> (consulté le 12.11.15).

HIRSCHI VALÉRIE, Rapport juridique *Job-Sharing*, SECO, décembre 2013.

MENTHA CORINNE/GBAGUIDI CONSTANT, « Grâce au *Top sharing* les managers aussi peuvent concilier vie privée et vie professionnelle », <http://www.gbnews.ch/tendances-rh/management/grace-au-top-sharing-les-managers-aussi-peuvent-concilier-vie-privee-et-vie-professionnelle> (consulté le 12.11.15).

SUBILIA OLIVIER, Le partage du travail en droit suisse, Lausanne, 1998.

SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, Droit du travail : éléments de droit suisse, Lausanne, 2010.

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 3^e éd., Berne, 2014.

⁶³ Guide pratique, p. 19 ; HIRSCHI, p. 10.