

Egalité des salaires et jurisprudence du Tribunal fédéral

1364



SUSY STAUBER-MOSER,
dr en droit, avocate et
médiatrice FSA/SDM-
FSM, Meilen

Traduction par
BRIGITTE SAID-CRETTOL,
Crans-Montana

Plan:

- I. Introduction
- II. Aperçu de la jurisprudence sur l'égalité des salaires
- III. Le droit à l'égalité salariale et sa mise en œuvre
 1. Principe
 2. Discrimination à raison du sexe
 3. Discrimination directe et indirecte
 4. Professions dites typiquement féminines
 5. Valeur égale
 6. Vraisemblance et inversion du fardeau de la preuve
 7. Motifs justificatifs
 8. Fixation du salaire dû
- IV. Conclusion

I. Introduction

Le droit constitutionnel à une rémunération égale pour les femmes et les hommes est en vigueur en Suisse depuis 1981 (à l'époque art. 4 al. 2 aCst, désormais art. 8 al. 3, 3^e phrase, nCst). Avant même cette modification de la Constitution, le Tribunal fédéral a reconnu, en s'appuyant sur le principe général de l'égalité juridique, que le principe du salaire égal était directement applicable aux rapports de travail dans la fonction publique¹. La haute Cour a fixé que des rémunérations différentes pour une prestation de travail égale ne pouvaient plus être justifiées par la seule appartenance à un sexe et qu'il convenait de remédier sans délai aux inégalités dans ce sens sans considération du budget cantonal.

Avant 1981, la liberté contractuelle valait pour les rapports de travail de droit privé. Il a fallu attendre la nouvelle disposition constitutionnelle prescrivant la rémunération égale entre femmes et hommes pour que soit réalisé un effet horizontal sur tous les rapports de travail, c'est-à-dire aussi pour les employeurs du secteur privé, du principe de l'égalité de salaire et que soit créé par la même occasion un droit fédéral du travail au sens d'une norme mixte².

Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1996, la loi sur l'égalité (ci-après "LEg") a concrétisé le principe constitutionnel de l'égalité salariale entre femmes et hommes, l'étendant à toutes les discriminations à raison du sexe dans le rapport de travail. Diverses règles de procédure existent en outre pour faciliter la mise en œuvre immédiate³.

La teneur de la LEg a en point de mire les deux sexes, mais vise clairement, de par son évolution historique, à améliorer la situation des femmes dans le monde du travail et en particulier à supprimer les différences de salaire existant à leurs dépens⁴.

La LEg s'est contentée de prendre en compte la "pointe de l'iceberg" dans la mesure où la mise en œuvre du salaire égal pour un travail de valeur égale pour tous les rapports de travail est certes devenue plus aisée. Quant à savoir ce qui doit être considéré comme "travail de valeur égale" et sur la base de quels critères le fixer, une large marge d'appréciation continue néanmoins à exister⁵.

Par ailleurs, le principe de l'égalité des salaires n'a pas eu d'incidence ou presque sur la répartition différente selon le sexe des tâches et des rôles (pour l'homme, travail rémunéré à l'extérieur de la maison et carrière sans entraves, pour la femme en revanche travail domestique non payé avec un frein à la carrière et emploi souvent à temps partiel) ainsi que la ségrégation professionnelle (activité des femmes principalement dans les "professions typiquement féminines" moins bien rétribuées).

L'évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité⁶ montre qu'après l'entrée en vigueur de cette dernière on n'a pas assisté à l'avalanche de procès tant redoutée auparavant,

- 1 Voir le premier arrêt sur l'égalité de salaire dans le service public: ATF 103 Ia 517 (institutrice dans le canton de Neuchâtel); ensuite, 105 Ia 120 (institutrice dans le canton de Fribourg); ainsi que MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Et si la Justice ôtait son bandeau?, Bâle 2003, p. 22 s.
- 2 Voir ATF 114 Ia 329 consid. 2 et 113 Ia 107.
- 3 Voir ATF 124 II 436 consid. 10d; 125 III 368 consid. 2; 127 III 207 consid. 4, 5b et c.
- 4 Voir BIGLER (note 1), p. 273 s.
- 5 Voir à ce sujet plus en détail BIGLER (note 1), p. 58 ss et ci-après chiffre 5.
- 6 Voir à ce sujet Rapport du conseil fédéral du 15 février 2006 relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité sur mandat de l'Office fédéral de la justice, ainsi que HEIDI STUTZ/MARIANNE SCHÄR MOSER/ELISABETH FREIVOGEL, Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, Rapport de synthèse, avril 2005, également éléments 2 et 6 concernant l'analyse des décisions judiciaires (janvier/février 2005), ci-après "Evaluation LEg"; peut être consultée à l'adresse <www.bj.admin.ch>.

bien que la loi ait justement eu pour but – outre celui d'inclure explicitement toutes les discriminations également dans les rapports de travail de droit privé – d'améliorer la mise en oeuvre du droit à l'égalité des salaires. Les allègements de procédure introduits à cet effet, notamment l'inversion du fardeau de la preuve prévue à l'art. 6 LEg⁷ et la protection contre le congé en vertu de l'art. 10 LEg, n'atteignent pas l'effet escompté. L'inégalité salariale entre femmes et hommes a peu changé en moyenne suisse et se maintient à 20 pour cent, l'écart se creusant encore à mesure que les salariés prennent de l'âge et des inégalités plus marquées existant chez les cadres supérieurs (jusqu'à 50% de différence de salaires) ainsi que chez les personnes mariées (le mariage tend à augmenter le salaire pour les hommes alors qu'il a l'effet inverse pour les femmes)⁸.

Dans les instances inférieures, notamment aussi auprès des offices de conciliation, près d'un tiers des actions concerne l'égalité des salaires. Depuis que la LEg a été promulguée, à de rares exceptions près (quelques litiges d'indemnisation pour harcèlement sexuel et une discrimination à l'embauche), seules des actions salariales ont abouti au Tribunal fédéral, dont seules quelques-unes relèvent du droit privé⁹.

Le petit nombre d'actions en égalité salariale émanant du secteur privé, mais aussi dans l'ensemble, s'explique indéniablement par une certaine incohérence dans la jurisprudence de la haute Cour et par la marge laissée aux employeurs dans la fixation du salaire – ce qui se solde dans de nombreux cas par un simple examen judiciaire de l'arbitraire et crée un élément très aléatoire. A cela s'ajoute l'incertitude quant à la nature non discriminatoire des expertises elles-mêmes et quant à savoir si les juges de Mon-Repos vont les suivre¹⁰. Autre difficulté: l'inégalité des "armes fourbies" par la partie employeuse et la partie employée et celle des moyens financiers à disposition. Les faits souvent d'une grande complexité requièrent en effet d'être établis rigoureusement à l'aide d'expertises, ce qui implique d'être en mesure de tenir pendant un long procès – durée allant dans les cas extrêmes jusqu'à 10 ans.

Les allègements de procédure que la LEg a introduits, en particulier

- l'inversion du fardeau de la preuve (art. 6 LEg),
- la qualité pour agir des organisations (et le soutien de la demanderesse par celles-ci, art. 7 LEg)¹¹,
- la protection contre le congé (art. 10 LEg),
- la maxime inquisitoire et le devoir de collaborer et de renseigner auxquels est tenue la partie défenderesse lors de l'établissement des faits (art. 12 LEg en liaison avec art. 343 CO) et
- la gratuité de la procédure (art. 12 LEg, mais non de la représentation juridique nécessaire, la partie qui succombe étant en outre tenue de verser une contribution aux frais d'avocat), n'ont créé qu'une compensation partielle.

Le manque de transparence dans les salaires et l'absence d'obligation pour les employeurs de renseigner avant le

procès (mis à part devant l'office de conciliation), de même qu'une information défailante sur leurs propres droits rendent l'issue d'une procédure difficile à évaluer pour les personnes concernées. S'y ajoute la peur d'engager des énergies sur une longue période, d'avoir des références négatives et de perdre le poste de travail, voire l'accès au marché du travail.

Les motifs mentionnés dissuaderont aussi à l'avenir les salarié·e·s, surtout dans le secteur privé, de faire valoir leur droit à l'égalité salariale. S'ils le tentent, ce sera le plus souvent, comme aujourd'hui, seulement lorsque le rapport de travail est déjà résilié. La protection contre le congé de six mois ne peut être en l'occurrence d'aucune efficacité¹².

Si la discrimination survient déjà au "stade préalable", c'est-à-dire lors de l'attribution des tâches et de la promotion – comme cela devrait être souvent le cas – la répercussion sur le salaire est certes directe, mais le droit à l'égalité de salaire n'offre ici normalement pas de possibilité de saisir le tribunal¹³.

II. Aperçu de la jurisprudence sur l'égalité des salaires

Selon l'étude mentionnée ci-dessus relative à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité¹⁴, le Tribunal fédéral a rendu jusqu'en 2004 un total de 56 arrêts en relation avec la

7 Voir à ce sujet infra chiffre 6.

8 Voir aussi BIGLER (note 1), p. 266 s.; ID., Art. 4 Abs. 2/8 al. 3 BV – eine Erfolgsgeschichte?, in ZBl 2/2005 p. 57 ss, 76; Union syndicale suisse, Dossier 28, Les femmes méritent mieux, Berne 2004; Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Vers l'égalité des salaires?, Bern 2000; Office fédéral de la statistique, Suisse. Enquête sur la structure des salaires 2004, "Niveau du salaire selon le sexe" et "Salaire mensuel brut selon le niveau d'exigences"; peut être consulté à l'adresse <www.bfs.admin.ch>.

9 Voir ATF 125 III 368 ss (journaliste saint-galloise); 127 III 207 ss/RSJ 98/2002 p. 358, no 14 (femme cadre) et 130 III 145 ss (juriste employée); quelques arrêts non publiés.

10 Voir p. ex. ATF 131 II 393 ss, où il a été en partie statué contre l'expertise; aussi BIGLER (note 1), p. 58 ss; BIGLER (note 8), 76 ss.

11 Voir à ce sujet BIGLER (note 1), p. 313 s.; ID., Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Lohngleichheit – eine kritische Bestandesaufnahme, PJA 2001, 1269 ss, 1271; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Egalité salariale et décisions judiciaires: questions pratiques du point de vue de la justice, PJA 2005, 1062 ss, 1064.

12 Voir à ce sujet plus en détail Evaluation LEg, cf. note 6.

13 Voir ATF 130 III 145, où une discrimination en matière de promotion a été admise conjointement à la discrimination salariale.

14 Voir Evaluation LEg (note 6), élément 2, p. 7, et élément 6; aussi <www.gleichstellungsgesetz.ch>.

LEg, dont 44 relevant du droit public et 12 du droit privé. Une large majorité concernait des prétentions à l'égalité de salaire dans le secteur public, notamment des contestations de la classification attribuée aux professions dites typiquement féminines dans les régimes de traitement, ainsi que des décisions consécutives. Pour ce qui est des rapports de travail de droit privé, les actions salariales et les procédures ayant trait au harcèlement sexuel – parfois couplées avec un licenciement discriminatoire – s'équilibrent à peu près.

Des discriminations lors de la promotion ou de l'attribution des tâches, qui viennent avant la discrimination salariale, de même que d'autres pratiques discriminatoires n'ont presque jamais été invoquées en justice¹⁵.

C'est en matière d'égalité de salaire que la LEg a prouvé sa plus grande efficacité. Globalement, les recours ont connu dans leur grande majorité une issue positive pour les personnes concernées, ce qui signifie que plus l'instance est élevée, plus la décision a été en général favorable (ce résultat est encore plus manifeste quand l'on sait que près de la moitié des décisions de rejet prononcées par la haute Cour l'a été pour des motifs purement formels)¹⁶.

La capacité de persévérer, requise de la part des personnes concernées étant donné parfois l'extrême longueur des actions en égalité salariale, a donc été payante dans la majorité des cas¹⁷.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur l'égalité, quelque 20 arrêts publiés (et quelques-uns non publiés) sur l'égalité de salaire ont été rendus. Ils concernent pour l'essentiel les professions suivantes¹⁸:

Dans le secteur public: logopédiste bernoise (ATF 123 I 1); jardinières d'enfants soleuroises (ATF 124 II 436); enseignantes zurichoises de travaux manuels (ATF 124 II 409); assistante sociale et physiothérapeutes soleuroises (ATF 124 II 529 et 125 II 385); jardinières d'enfants zurichoises (ATF 125 II 530, 541); enseignante saint-galloise en soins infirmiers psychiatriques (ATF 126 II 217); infirmières soleuroises (ATF 131 II 393).

Dans le domaine du droit privé: journaliste par rapport à un collègue masculin fraîchement engagé (ATF 125 III 368); femme cadre comparée à un collègue ayant une qualification égale, mais moins d'expérience (ATF 127 III 207), ainsi qu'une juriste employée dans un institut financier par rapport à son prédécesseur et à d'autres employés (ATF 130 III 145).

Les trois derniers arrêts mentionnés amènent à conclure que le Tribunal fédéral est devenu plus conscient dans l'appréciation des discriminations. Tel est notamment le cas de l'ATF 130 III 145, l'arrêt de droit privé le plus récent, où une discrimination en matière de promotion, mais aussi de salaire et de bonus a été admise et où l'intéressée a obtenu entièrement gain de cause.

Après cet aperçu, il s'agit d'analyser maintenant quelles thèses peuvent être tirées de la jurisprudence du Tribunal fédéral en relation avec l'égalité de salaire et son application: ce qui constitue pour ainsi dire "de la terre ferme", là où des incertitudes existent et ce qui reste à clarifier et à considérer.

Enfin, on tentera de spéculer sur les tendances avec lesquelles il faudra compter dans le futur.

Je me limiterai à ce qui me paraît essentiel, en mettant l'accent sur la jurisprudence la plus récente et renvoie pour plus de détails à la jurisprudence et à la littérature y relative.

III. Le droit à l'égalité salariale et sa mise en oeuvre

Que signifie donc concrètement l'égalité de salaire et quels principes juridiques peuvent être tirés de la jurisprudence de la haute Cour pour imposer son application et où subsiste éventuellement un flou?

1. Principe

En vertu du principe constitutionnel prescrivant un salaire égal pour un travail de valeur égale (art. 8, al. 3, 3^e phrase, Cst; jusqu'au 1.1.2000, art. 4, al. 2, 3^e phrase, aCst) et de l'art. 3 LEg, est prohibée toute discrimination salariale directe ou indirecte à raison du sexe. L'élimination de la discrimination et le paiement du salaire dû (non discriminatoire) peuvent être invoqués directement jusqu'au Tribunal fédéral (art. 5, al. 1, let. d, LEg)¹⁹.

On est en présence d'une discrimination salariale lorsqu'une personne perçoit une rémunération inférieure à celle des membres de l'autre sexe pour un travail de valeur égale ou que des différences de salaire existent au détriment de professions identifiées comme sexospécifiques que le travail en lui-même ne justifie pas avec pertinence²⁰.

Le principe de l'égalité de salaire est à comprendre de façon absolue; il n'est pas lié à des conditions et s'applique

15 Voir maintenant ATF 130 III 145 ss sur la promotion discriminatoire.

16 Voir Evaluation LEg (note 6), élément 2, p. 12 ss, élément 6, pp. 35, 42.

17 Le très controversé arrêt ATF 126 II 217 concernant une enseignante en soins infirmiers psychiatriques constitue un contre-exemple, voir aussi à ce sujet infra chiffre 7.

18 Voir aussi les arrêts précédents concernant les jardinières d'enfants bâloises (ATF 117 Ia 262) et une conseillère en orientation professionnelle soleuroise (ATF 118 Ia 35); ainsi que les listes complètes jusqu'à 2001 chez BIGLER (note 11), 1277; aussi BIGLER (note 1), p. 270, note 836.

19 En droit privé en fonction de la valeur litigieuse par la voie d'un recours ou d'un recours en réforme de droit public, dans le domaine du droit public avec un recours de droit public ou devant le tribunal administratif; voir à ce sujet BIGLER (note 11), 1276; également BIGLER (note 1), p. 71 ss; AUBRY (note 11), 1071 s.

20 Voir ATF 127 III 207; 125 III 368, 371 et 124 II 409; aussi Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 27 et les arrêts qui y sont cités.

à tous les domaines de la vie professionnelle²¹. La mise en oeuvre ne se limite pas à des litiges salariaux individuels, mais concerne aussi les règlements salariaux généraux (lois et ordonnances) qui doivent pouvoir être contrôlés quant à leur conformité avec le principe de l'égalité des salaires²².

La notion de salaire est à prendre dans son acception large et recouvre toutes les prestations qui sont en relation directe avec le travail, autrement dit aussi les compensations de vacances, allocations de renchérissement, gratifications, etc., de même que les éléments sociaux du salaire comme les allocations pour enfants²³. En font aussi partie, selon l'arrêt très controversé ATF 126 II 217, les coûts de formation payés par l'employeur de droit public²⁴.

Seuls peuvent être comparés des salaires au sein de la même entreprise ou de la même unité relevant du droit public (canton ou commune). La LEg n'offre pas de possibilité de compenser à l'échelle nationale les différences considérables existant dans la structure des salaires entre les diverses communes ou les différents cantons. En conséquence, les employeurs ne peuvent se justifier en arguant que des salaires tout aussi bas sont pratiqués ailleurs. Des renvois de ce genre à un éventuel marché de référence ne pourraient être considérés que si la preuve était en même temps apportée que les salaires payés sur le marché de référence ne sont pas eux-mêmes discriminatoires²⁵.

2. Discrimination à raison du sexe

L'appartenance à un sexe motivant une rémunération inégale est nécessairement le fait constitutif qui caractérise une discrimination salariale.

La personne concernée doit donc démontrer qu'il s'agit d'une discrimination due au sexe, autrement dit que la différence de salaires ne peut s'expliquer autrement que par l'appartenance à un sexe différent. La preuve complète (au sens de l'art. 8 CC) n'est pas exigée en la matière, il suffit de rendre vraisemblable la discrimination à raison du sexe (art. 6 LEg). La discrimination est alors présumée, et il incombe à la partie employeuse d'apporter la preuve complète, soit de l'absence de discrimination en dépit des apparences, soit de l'existence de motifs justificatifs au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral (voir à ce sujet infra chiffre 7).

Si deux salariés de sexe différent ont des positions comparables ou un travail égal, il est présumé, en cas de différence de salaires, qu'il y a discrimination due au sexe. En l'occurrence, une personne de comparaison de l'autre sexe suffit, sans qu'il faille encore examiner en l'espèce la structure des salaires de l'entreprise dans son ensemble et la classification des positions en cause en son sein²⁶.

Mais ces éléments pourraient toutefois être pertinents pour déterminer le niveau du salaire non discriminatoire au même titre qu'une analyse fouillée quand la valeur égale est mise en doute ou qu'il convient éventuellement de constater l'importance des motifs justificatifs avancés²⁷.

On peut par exemple présumer une discrimination à raison du sexe quand une enseignante perçoit pour le même

nombre d'heures de cours un salaire inférieur à son collègue ou qu'en dépit d'exigences professionnelles élevées et de prestations non remises en cause, une juriste bénéficiant d'une expérience professionnelle et d'une expérience au sein de l'entreprise de plusieurs années touche un salaire et un bonus inférieurs à son prédécesseur et à ses collègues masculins parfois moins bien formés²⁸.

Sont sans importance la volonté de discriminer et l'éventuelle faute de la part de l'employeur, autrement dit celle-ci n'est pas requise²⁹.

S'agissant de l'inégalité de salaires de groupes professionnels, le Tribunal fédéral considère que toute inégalité illicite de traitement de divers groupes professionnels ne constitue pas une discrimination à raison du sexe. Cette dernière n'existe que si des membres féminins d'une profession exercée aussi par des hommes ont une situation salariale moins favorable ou si des professions dites typiquement féminines (cf. à ce sujet chiffre 4) sont rangées dans une classe de salaire trop basse par rapport à des professions dominées par les hommes ou neutres quant au sexe³⁰.

21 ATF 130 III 145 consid. 3.2 et 127 III 207 consid. 4.

22 ATF 125 I 74, 79; 126 II 217 consid. 4 et 131 II 393.

23 BIGLER (note 1), p. 276.

24 Voir à ce sujet, les critiques de BIGLER (note 11), 1272, et BIGLER (note 1), p. 297 s.; également GABRIELA MATEFI, Salaire selon la loi du marché et coûts de formation: des motifs objectifs pour justifier des différences de salaires?, PJA 2001, 1319 ss, 1325.

25 ATF 131 II 393, 408 s.; 130 III 145 consid. 3.1.2; ci-après chiffre 7.

26 ATF 127 III 207 et 130 III 145 consid. 4 p. 162; aussi Evaluation LEg (note 6), élément 6, p.19.

27 Voir à ce sujet MARIANNE SCHÄR MOSER/JÜRIG BAILLOD, Discriminations salariales et instruments d'analyse, Berne 2006, pp. 78 ss, 82. Les éléments sont importants pour une analyse fouillée lorsqu'on a recours à une évaluation analytique du travail ou à une analyse statistique des salaires (analyse de régression), pour laquelle il faut en général inclure toutes les données salariales (même si la comparaison proprement dite peut se faire avec une position de comparaison). En d'autres termes, des besoins méthodologiques peuvent exister pour l'analyse, qui peuvent conduire à ce qu'il faille justement procéder à l'examen mentionné. A ce sujet, voir aussi infra chiffres 5 (notamment note 50) et 8.

28 Voir ATF 130 III 145 consid. 4 p. 162. Dans cet arrêt, il est en outre relevé que l'intéressée n'a pas bénéficié d'une promotion équitable.

29 ATF 130 III 145; 124 II 416; voir aussi Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 18: le motif de la discrimination et le fait de savoir si l'employeur est vraiment conscient d'une discrimination ne sont d'aucune pertinence.

30 ATF 127 III 207. En droit public, on peut faire valoir une discrimination non liée au sexe seulement en s'appuyant sur le principe général de l'égalité en droit et sans rétroactivité, voir ATF 131 I 105; 129 I 161 et 124 II 534; et, à des conditions très strictes, aussi dans les rapports de travail de droit privé sur la base du devoir d'assistance en vertu de l'art. 328 CO, voir à ce sujet à l'encontre de nombreux avis ULLIN STREIFF/

3. Discrimination directe et indirecte

Une rémunération inégale à raison du sexe peut être directement ou indirectement discriminatoire. En cas de discrimination directe, le salaire d'une femme est sans raison inférieure à celui d'hommes occupant une position comparable. Une comparaison directe permet de la constater assez facilement. La notion juridique de la discrimination indirecte pose en revanche davantage de difficultés. Selon la jurisprudence, elle existe lorsqu'une disposition, une décision ou une norme juridique, par exemple l'attribution d'une classe de salaire à un groupe professionnel, sont libellées de façon neutre quant au sexe, mais que leur effet est en fin de compte largement désavantageux pour un sexe sans que puissent être fournis des motifs justificatifs satisfaisant au droit³¹.

On est en présence d'une discrimination salariale indirecte lorsque des différences de salaires existent au détriment d'une profession identifiée comme sexospécifique ou aux dépens de salariés par rapport aux membres de l'autre sexe, que ne motive pas avec pertinence le travail lui-même et que ne peuvent justifier des motifs objectifs³².

L'exemple classique cité dans la littérature³³ est la différence de traitement des personnes occupées à temps partiel, p. ex. en ce qui concerne le niveau du salaire et les suppléments, les femmes étant à l'expérience beaucoup plus nombreuses que les hommes à travailler à temps partiel. Mais il y a aussi discrimination indirecte lorsque, comme mentionné plus haut,³⁴ la classe de salaire attribuée aux professions typiquement féminines est trop basse, p. ex. les jardinières d'enfants, et surtout lors d'une "décision de rétrogradation dans les classes de traitement". Il s'agit là d'une rétrogradation ultérieure de professions typiquement féminines décidée par les organes politiques suite à une révision des traitements motivée par un souci d'économies³⁵. Un tel arrêt a maintenant été jugé comme discriminatoire par le Tribunal fédéral³⁶.

4. Professions "typiquement" féminines

En ce qui concerne les actions en égalité salariale dans le domaine public traitées par la haute Cour, elles visent normalement à imposer l'application d'une classification correcte et non discriminatoire d'une fonction dite typiquement féminine par rapport à une fonction identique neutre quant au sexe. Exceptionnellement, ces actions peuvent aussi avoir trait à une comparaison de salaires directe entre collaboratrices et collaborateurs³⁷.

Dans la mesure où l'affaire ne porte pas sur des comparaisons directes avec des collègues masculins occupant une fonction comparable, mais une classification trop basse de tout un groupe professionnel, la question d'une éventuelle discrimination à raison du sexe va de pair avec l'examen de l'éventuelle identification spécifiquement féminine d'une activité donnée.

Si l'on fait valoir la classe de traitement trop basse attribuée à un groupe professionnel, la vraisemblance d'une dis-

crimination suppose que la profession soit en l'occurrence typiquement féminine³⁸ ou que les femmes soient nettement plus nombreuses à être concernées³⁹. Il appartient au tribunal de clarifier les faits en la matière et de les apprécier sur le plan juridique⁴⁰.

A réitérées reprises, le Tribunal fédéral a jugé comme étant fait constitutif caractéristique d'une discrimination à raison du sexe l'identification typiquement féminine d'une profession. Il se base en premier lieu sur l'élément statistique et considère de manière générale comme typiquement féminines les professions avec une proportion de femmes supérieure à 70 pour cent. Selon les cas, entrent tour à tour en ligne de compte l'évolution historique, l'expérience générale de la vie ou les jugements de valeur sociaux. La part d'un sexe dans le groupe des personnes discriminées doit en tout état de cause être nettement supérieure à la part de l'autre sexe, indépendamment des écarts régionaux. Est sans conteste typiquement féminine une profession comme celle de jardinière d'enfants avec une proportion de femmes avoisinant 90 pour cent. En revanche, la profession d'enseignant au primaire (identifiée comme masculine sous l'angle historique) passe pour neutre quant au sexe malgré une proportion actuelle d'environ 70 pour cent de femmes⁴¹. Font aussi partie des professions typiquement féminines l'enseignante

ADRIAN VON KAENEL, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu art. 319–362 CO*, 6^e éd., Zurich 2006, art. 322 n. 20, 322d n. 5 et 328 n. 12.

31 Voir ATF 131 II 409; 125 II 385, 387; 125 II 530 consid. 2 et consid. 6; 125 II 541, 543, 550; 124 II 409, 424 s., 436; 124 II 529, 535 s.; BIGLER (note 1), pp. 45, 127, 247, 288; OLIVIER STEINER, *Das Verbot der indirekten Lohndiskriminierung*, PJA 2001, 1281 ss; KATHRIN ARIOLI, *Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung*, PJA 1993, 1327 ss, 1330; ELISABETH FREIVOGEL in *Commentaire de la loi sur l'égalité*, Bâle 1997, N 1 ss ad art. 3.

32 Voir aussi ATF 124 II 409, 424 s., 530 et 534.

33 BIGLER (note 1), p. 289; AUBRY (note 11), 1063.

34 Voir à ce sujet BIGLER (note 1), p. 289 s. et les arrêts qui y sont cités. Le Tribunal fédéral avait eu jusque-là à traiter essentiellement de professions typiquement féminines sous-payées; voir STEINER (note 30), 1282.

35 Voir les critiques de BIGLER (note 1), pp. 287 et 291; ATF 125 I 71 consid. 4c.

36 ATF 131 II 393, 408 et RSJ 102/2006 no 14 p. 335 s., chiffre 9.

37 ATF 124 II 424 s. et les arrêts qui y sont cités.

38 Voir à ce sujet de façon exhaustive BIGLER (note 1), p. 274 ss et STEINER (note 31), 1286 ss.

39 Ce qui devrait être seul déterminant à en croire KATHRIN ARIOLI/BIBIANE EGG, *Arbeitswissenschaftliche Gutachten in Lohngleichheitsprozessen*, PJA 2001, 1299 ss, 1303; voir aussi ATF 124 II 534 s.

40 Voir ATF 125 II 541, 549.

41 Voir ATF 124 II 409, 425 s.; 124 II 436, 440 et 124 II 529, 534 ss; 125 II 385, 387; 125 II 530, 532 et de façon exhaustive BIGLER (note 1), p. 273 ss, AUBRY (note 11), 1064, également le point de vue critique de ARIOLI/EGG (note 38), 1303 s.

en économie domestique et en travaux manuels, l'infirmière et l'enseignante en soins infirmiers et, depuis peu, la physiothérapeute⁴², mais pas clairement l'assistante sociale⁴³.

5. Valeur égale

C'est une notion clé pour l'appréciation des prétentions à l'égalité de salaire.

Le droit à une rémunération égale suppose un travail égal ou de valeur égale.

Si l'on est en présence d'une valeur égale, c'est-à-dire que le travail est comparable sur le plan des exigences, de la responsabilité et de la prestation, et qu'il existe une différence de salaires entre des personnes de sexe différent, une discrimination est concevable⁴⁴. La valeur égale est une condition du fait constitutif⁴⁵.

Une rémunération inégale pour un travail de valeur égale est admise à la seule condition qu'elle puisse s'expliquer par des motifs objectifs – comme des tâches supplémentaires de direction ou des conditions de travail plus difficiles⁴⁶.

Un travail est égal lorsque les activités et les exigences sont identiques et que les caractéristiques déterminantes pour fixer le salaire, comme la formation et la formation continue, la qualification et l'expérience professionnelle, sont égales (par exemple chez une enseignante par rapport à ses collègues masculins ou chez une personne ayant succédé au poste d'un employé mieux rémunéré)⁴⁷.

Des difficultés accrues surgissent quand il faut comparer des travaux seulement de même genre ou des activités différentes présentant des exigences et charges comparables, dont la valeur égale est en cause. Le Tribunal fédéral ne définit pas la notion de valeur égale avec davantage de précision. Il se contente de relever à ce sujet (en relation avec le domaine public) qu'elle peut recouvrir non seulement des travaux simplement similaires, autrement dit de même genre, mais aussi des activités de nature différente. Il convient donc toujours d'établir une comparaison avec d'autres professions – de même genre ou totalement différentes –, la base de comparaison devant être assez large⁴⁸.

Il est donc possible de comparer entre elles des activités même en apparence différentes sous l'angle de la valeur égale, par exemple la profession d'infirmière ou de physiothérapeute avec celle de sauveteur ou de policier ou encore l'enseignante en travaux manuels avec le corps enseignant primaire⁴⁹.

La valeur égale doit être en général examinée au moyen d'une expertise au cas où elle n'est pas manifeste, différentes méthodes étant à disposition en fonction des faits et des questions⁵⁰. On distingue essentiellement entre méthode fondée sur la science du travail et méthode statistique. Dans la méthode de l'évaluation analytique du travail, on inclut et prend en compte, sur la base du cahier des charges des positions à comparer et d'autres informations sur la fonction, des facteurs comme les charges physiques et psychiques, les exigences liées aux facultés intellectuelles, l'autonomie et la compétence sociale ainsi que la responsabilité. Dans l'ATF 130 III 145, on s'est appuyé pour la première

fois sur une expertise selon la méthode statistique ("analyse de régression"); le classement des salaires et leur courbe y sont calculés selon des variables utilisées dans l'entreprise concernée, comme la formation, l'expérience professionnelle et le niveau d'exigences requis. Cette méthode permet aussi de déterminer la classification supposée non discriminatoire de la position en cause. La différence par rapport au salaire effectivement payé qui ne s'explique pas en s'appuyant sur les critères utilisés est attribuable au sexe et donc discriminatoire.

Selon ces normes, un salaire supérieur devrait aussi pouvoir être mis en œuvre pour un travail de valeur plus élevée, par exemple lorsque deux personnes de sexe différent perçoivent un salaire égal, bien qu'une prestation nettement plus grande soit fournie dans un cas et que l'entreprise prenne par ailleurs en considération ce critère lors du calcul du salaire⁵¹.

42 ATF 131 II 398; 126 II 217; 125 II 385, 387.

43 ATF 124 II 535 s., où, bien qu'il ait été démontré que plus de deux tiers des diplômés étaient des femmes, la question de l'identification à un sexe a été renvoyée en première instance pour un nouvel éclaircissement, critique chez BIGLER (note 1), p. 275.

44 ATF 127 III 213; 130 III 145 consid. 4.2. in fine: "Et si une femme, qui présente des qualifications équivalentes à son prédécesseur de sexe masculin, est engagée à un salaire moins élevé que lui, il est vraisemblable que cette différence de traitement constitue une discrimination à raison du sexe, prohibée par l'art. 3 LEg".

45 ATF 124 II 409, 426.

46 ATF 130 III 145 consid. 3.1.2; BIGLER (note 1), p. 281 s. et infra chiffre 7.

47 Voir BIGLER (note 1), p. 281, et les arrêts qui y sont cités. Selon BIGLER, l'égalité du travail suppose qu'à exigences égales, les femmes et les hommes peuvent être employés de façon égale dans un travail donné et que l'égalité des caractéristiques déterminantes existe pour fixer la rémunération et pouvoir la comparer.

48 Voir ATF 124 II 409 consid. 9; 125 I 71 consid. 2b et c/aa; 125 II 385 consid. 5b et 6 s.; aussi 129 I 165; BIGLER (note 1), pp. 279, 282 et les arrêts qui y sont cités, laquelle considère que ces professions devraient être comparables quant à leurs caractéristiques principales; voir aussi BIGLER (note 11), 1273.

49 Voir ATF 131 II 393, 403; ATF 125 II 385 consid. 6 s.; également BIGLER (note 11), 1273 et les arrêts qui y sont cités.

50 Voir ATF 130 III 145 consid. 3.1.2; ARIOLI/EGG (note 38), 1300; AUBRY (note 11), 1070 s.; et au sujet des deux méthodes, de façon exhaustive SCHÄR MOSER/BAILLOD (note 27); également YVES FLÜCKIGER, Approche économique des discriminations salariales et de l'évaluation des dommages subis, PJA 2001, 1340 ss; CHRISTIAN KATZ/CHRISTOPH BAITSCH, Arbeit bewerten – Personal beurteilen, Zurich 2006.

51 Voir aussi ATF 130 III 145, où le travail de la plaignante a notamment été comparé avec le travail moins exigeant de collègues masculins ayant une rémunération égale ou légèrement inférieure; dans le consid. 4.3.1, la responsabilité liée à une position est aussi mentionnée comme un critère important pour le salaire; voir aussi ATF 127 III 207.

Le choix de la méthode utilisée et de la manière de procéder revêt une importance décisive sur le résultat⁵² pour savoir s'il convient d'admettre la valeur égale et dans quelle étendue la différence de salaires est justifiable par des facteurs objectifs.

De l'avis des juges de Mon-Repos, il n'existe pas une seule méthode correcte, les systèmes de traitement ainsi que les expertises renfermant toujours aussi des jugements de valeur⁵³.

S'agissant de la conception du système de salaire, une grande marge est laissée tant aux expert-e-s qu'aux employeurs dans le choix des méthodes et des critères utilisés ainsi que dans leur évaluation, l'interdiction de l'arbitraire étant la seule limite à leur appréciation. Seule est prohibée l'utilisation de caractéristiques et de critères discriminatoires⁵⁴. Un système salarial basé sur l'analyse simplifiée des fonctions a été, à diverses reprises, reconnu comme non discriminatoire malgré le fait que les méthodes appliquées et les critères utilisés renfermaient selon les expertises demandées un potentiel de discrimination ou que l'évaluation de certains critères défavorisait les femmes (p. ex. évaluation trop basse du "travail sentimental")⁵⁵. Même dans l'arrêt le plus récent, l'expertise n'a pas été suivie, l'argumentation étant peu convaincante: "Si un canton procède pour l'ensemble de son personnel à une évaluation des places de travail selon une méthode uniforme, cela poserait alors problème d'appliquer une autre approche dans le cadre de l'appréciation judiciaire de certaines fonctions. La systématique voulue par le canton dans la structure des salaires en serait autrement bouleversée"⁵⁶. En tout état de cause, cela ne peut valoir que si le système utilisé soit à juste titre reconnu comme non discriminatoire. S'il contient, au contraire, lui-même des éléments discriminatoires (comme les expertises l'ont attesté à diverses reprises pour l'analyse simplifiée des fonctions), il convient de choisir une autre méthode d'évaluation non discriminatoire.

La réserve que s'impose le Tribunal fédéral dans l'examen de la nature équitable des systèmes de traitements et la large appréciation qu'il accorde aux employeurs dans la fixation des salaires ont pour effet de relativiser, voire de vider de sa substance le caractère absolu du droit à l'égalité des salaires, pourtant explicitement reconnu ailleurs par les juges de Mon-Repos⁵⁷. Cette jurisprudence, qui équivaut finalement à un examen de l'arbitraire, porte une part de responsabilité décisive dans le fait que les parties demanderesse n'ont obtenu que partiellement gain de cause – mis à part quelques exceptions.

Des instruments scientifiques destinés à analyser la discrimination salariale existent, qui s'abstiennent de jugements de valeur défavorisant les femmes⁵⁸. Il est à souhaiter que la haute Cour suive à l'avenir davantage les expertises établies au moyen de ces instruments. En ce qui concerne les actions individuelles dans le domaine du droit privé, cette tendance semble aujourd'hui déjà être plus marquée que pour les actions dites collectives dans le domaine public, où les enjeux financiers sont souvent plus importants en raison d'éventuelles "réactions en chaîne" – un aspect que le Tribu-

nal fédéral a toutefois qualifié ailleurs de non pertinent (voir infra chiffre 8).

Du fait, d'une part, du droit d'être entendu et, d'autre part, de la teneur du droit à l'égalité des salaires en liaison avec la maxime inquisitoire et le devoir du juge d'examiner les faits, il n'est possible de renoncer à une expertise qu'à titre exceptionnel en se fondant sur l'expérience générale de la vie ou la compétence propre du tribunal⁵⁹. Cela n'entre en ligne de compte que lorsque la valeur égale est évidente⁶⁰.

6. Vraisemblance et inversion du fardeau de la preuve

a) Principe

Conformément à l'art. 6 LEg, une discrimination salariale est présumée lorsque celle-ci est rendue vraisemblable par la personne concernée.

La règle générale au sens de l'art. 8 CC énonce que la personne supporte le fardeau de la preuve pour les faits allégués (et les conséquences de l'absence de preuves) pour en déduire ses droits. Dans les procès en égalité, un allègement du fardeau de la preuve a lieu dans la mesure où il incombe certes encore toujours à la partie demanderesse de rendre la discrimination vraisemblable, mais une fois que l'on y est parvenu (ce qui est présumé de par la loi en vertu de l'art. 3 LEg en ce qui concerne des discriminations sexospécifiques et le rattachement à des caractéristiques sexospécifiques), le fardeau de la preuve passe à la partie défenderesse. Cette

52 Voir à ce sujet ATF 130 III 145.

53 Voir ATF 131 II 402; 125 II 390 s., aussi à ce sujet BIGLER (note 1), p. 285.

54 BIGLER (note 1), p. 1273; le Tribunal fédéral relève que le pouvoir d'appréciation de l'employeur n'est pas fondamentalement limité par le principe de l'égalité de salaire, ATF 124 II 409 et 125 I 71, 79 s.; 125 II 390 ss

55 ATF 131 II 399 s. et les arrêts qui y sont cités, 401 s.; RSJ 102/2006 no 14, 335, chiffre 9; ATF 125 II 541, 548 ss; voir aussi la critique chez ARIOLI/EGG (note 39), 1300 et STEINER (note 31), 1285 s.

56 ATF 131 II 401 consid. 6.4; sur le fait de ne pas suivre des expertises fondées sur la science du travail dans des procès en égalité salariale, voir le point de vue critique de ARIOLI/EGG (note 39), 1306 s., et MATEFI (note 24), 1327.

57 Voir aussi BIGLER (note 1), pp. 287, 291 s., 298 ss, ID. (note 8), 75 s.

58 Voir à ce sujet SCHÄR MOSER/BAILLOD (note 27); aussi KATZ/BALTSCH (note 50).

59 ATF 124 II 409 consid. 4c; 117 Ia 262 consid. 4.

60 Voir ATF 130 III 145 consid. 3.1.2. Même si elle est manifestement absente. Une expertise peut s'avérer utile pour peser l'importance d'éventuels motifs justificatifs et déterminer le salaire non discriminatoire même quand le travail est égal ou la position comparable et que la possibilité existe d'une comparaison directe avec un collègue masculin, voir aussi infra chiffre 8.

dernière doit en effet apporter la preuve complète qu'aucune discrimination n'est survenue dans le cas concret ou qu'il existe des motifs objectifs suffisants (voir infra let. c et chiffre 7)⁶¹.

b) Vraisemblance de la discrimination

Dans une première étape, il appartient donc au tribunal d'examiner si la discrimination, c'est-à-dire le préjudice subi en raison du sexe, est rendue vraisemblable dans le sens mentionné ci-dessus.

La vraisemblance implique une comparaison avec une personne de l'autre sexe et comprend deux éléments: la circonstance du préjudice en soi – autrement dit la différence de salaires pour une activité de valeur égale – et le motif de la discrimination. La norme de l'art. 6 LEg vaut pour les deux aspects, qui doivent tous deux être rendus vraisemblables pour qu'ait lieu l'inversion du fardeau de la preuve⁶².

Il s'agit d'abord de rendre vraisemblable la valeur égale de l'activité en tant que fondement du droit et condition du fait constitutif de la discrimination⁶³. Il faut en outre rendre vraisemblable le fait que la discrimination survient à raison du sexe, ce qui est à présumer – selon les explications figurant plus haut sous chiffre 2 – quand une personne appartenant à un sexe est désavantagée par rapport à un ou plusieurs membres de l'autre sexe (en d'autres termes qu'elle perçoit un salaire inférieur pour une activité de valeur égale), le fait constitutif objectif étant déterminant, et non les motifs intrinsèques de l'employeur. Est par conséquent sans importance la question de savoir s'il y a volonté de discriminer⁶⁴.

Il n'y a pas de définition légale de ce que l'on entend par "rendre vraisemblable". Selon la pratique des tribunaux, un fait constitutif est rendu vraisemblable dès lors que le tribunal a l'impression d'une certaine probabilité de l'existence du fait en question en s'appuyant sur des éléments d'information objectifs. Le juge ne doit pas être convaincu. La possibilité qu'il pourrait en aller autrement ne doit pas être exclue⁶⁵.

Par conséquent, le degré de preuve est réduit; une certaine probabilité (non prépondérante) doit plaider en faveur de l'existence d'une discrimination à raison du sexe. La vraisemblance ne suppose donc pas que cette probabilité soit de 50 pour cent ou plus; la possibilité qu'une mesure discriminatoire ne repose pas sur le sexe peut subsister⁶⁶. Globalement, il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'une certaine probabilité de la discrimination doit exister, mais qu'elle peut aussi être inférieure à 50 pour cent⁶⁷.

Les exigences quant à la vraisemblance sont en outre atténuées par la *maxime inquisitoire*, qui impose au juge de tirer au clair d'office tous les faits susceptibles de fournir des renseignements sur le calcul des salaires⁶⁸.

Ainsi, le tribunal doit demander une expertise sur la base de la maxime inquisitoire là où cela est nécessaire pour rendre vraisemblable la valeur égale de l'activité de comparaison ou pour montrer que les femmes sont nettement plus touchées⁶⁹.

La maxime inquisitoire est cependant limitée devant le Tribunal fédéral: celui-ci examine certes si l'instance précé-

dente a obéi aux exigences accrues quant à la constatation des faits et aux règles en matière d'administration des preuves fixées par le droit fédéral, mais ne remet pas en question les faits constatés par l'instance cantonale⁷⁰.

61 Voir SABINE STEIGER-SACKMANN in Commentaire de la loi sur l'égalité, Bâle 1997, art. 6 n. 33. Selon STEIGER-SACKMANN, art. 6 n. 28 et 34 s. (voir aussi ATF 130 III 145 consid. 4.2), cette norme a pour arrière-plan la volonté du législateur de diminuer les obstacles barrant la route à la mise en œuvre des droits à l'égalité. En s'appuyant sur la pratique de la haute Cour, le défaut de preuve structurel des salariés constitue un motif important pour l'allègement du fardeau de la preuve institué en leur faveur par la loi. La démonstration d'une discrimination ne peut être faite qu'en comparant les conditions de travail d'une personne avec celles des autres employés. Souvent, les salariés ne disposent toutefois pas d'informations suffisamment fiables sur des personnes de comparaison. Seule l'entreprise peut établir cette comparaison avec la force probatoire requise. Les règles relatives au fardeau de la preuve servent à inciter les responsables de l'entreprise à collaborer lors de l'établissement des faits. Elle vise aussi à la sécurité du droit et permet aux parties d'évaluer le risque du procès.

62 Voir STEIGER-SACKMANN (note 61), art. 6 n. 43; AUBRY (note 11), 1067; et aussi ATF 125 I 71 consid. 4a: la vraisemblance se rapporte d'une part à la vraisemblance de faits fondant le droit (question de fait) et, de l'autre, à la question de savoir si la prétention découle de ces faits (question de droit). Voir aussi ATF 125 II 541 consid. 5d p. 549 ss; ainsi que ARIOLI/EGG (note 39), 1302 ss, et les arrêts qui y sont cités afin de distinguer entre questions de fait et questions de droit et d'éviter leur amalgame fréquent dans les procédures en égalité salariale.

63 ATF 124 II 409 consid. 7 à 9.

64 Voir aussi Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 18; et supra chiffre 2.

65 ATF 125 III 372; voir aussi STEIGER-SACKMANN (note 61), art. 6 n. 49, 55 s.; ainsi que KATHRIN KLETT, Die richterliche Prüfungspflicht und Beweiserleichterung, PJA 2001, 1297 et les arrêts qui y sont cités.

66 Voir aussi ATF 125 I 71 consid. 4a; 125 III 372 consid. 4 et Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 21; ainsi que STEIGER-SACKMANN (note 61), art. 6 n. 55 s.

67 Voir Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 21; selon STEIGER-SACKMANN (note 61), art. 6 n. 57, la discrimination doit même toujours être considérée comme vraisemblable lorsqu'elle est plutôt improbable mais qu'il subsiste la possibilité que l'allégation soit fondée. La demande est à rejeter seulement si la discrimination paraît totalement douteuse ou a le caractère d'une simple allégation. Sinon, le fardeau de la preuve incombe à la partie défenderesse et c'est elle qui supporte les conséquences de l'absence de preuves.

68 ATF 127 III 207; BIGLER (note 1), pp. 77 ss et 284 s.; Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 16; voir aussi AUBRY (note 11), 1066, sur le devoir de collaborer des parties, surtout de la partie demanderesse, de présenter des éléments d'information concernant la discrimination.

69 Voir STEINER (note 31), 1291 et supra chiffre 5 in fine.

70 Sur l'étendue de la maxime inquisitoire: ATF 130 III 145 consid. 3.1.2; 125 III 368 consid. 3, 371 s.; également KLETT (note 65), 1293 ss.

On peut tirer de la jurisprudence la règle approximative suivante: une discrimination est rendue vraisemblable avec une différence de salaires d'environ 10 pour cent, qui ne peut s'expliquer autrement qu'à raison du sexe⁷¹. De l'avis du Tribunal fédéral, il faut présumer une différence de salaires motivée par l'appartenance à un sexe lorsqu'il y a inégalité de rémunération de collaborateurs de sexe différent occupant une position analogue avec un cahier des charges comparable. Si l'employeur ne réussit ensuite pas à apporter la contre-preuve, l'action doit être admise sans qu'il soit encore nécessaire de démontrer l'existence d'une politique du personnel sexiste au sein de l'entreprise. L'interdiction de discriminer vaut de façon absolue et n'est en rien changée par le fait que l'employeur exerce aussi une discrimination parmi des collaborateurs du même sexe, sans quoi la discrimination pourrait être justifiée par la discrimination⁷².

Si la partie demanderesse a rendu la discrimination vraisemblable, c'est-à-dire que le tribunal a constaté la vraisemblance des faits qui font apparaître pour probable l'existence d'une discrimination à raison du sexe, le fardeau de la preuve est inversé.

c) Inversion du fardeau de la preuve, degré de preuve et conséquence de l'absence de preuves

Avec l'inversion du fardeau de la preuve, la discrimination à raison du sexe continue certes à être le thème de la preuve, mais le degré de preuve est désormais plus élevé: la partie employeuse doit désormais apporter la preuve complète que la rémunération différente n'est pas motivée par le sexe, mais se justifie par des motifs objectifs (sur les exigences en la matière, voir infra chiffre 7).

Comme il est difficile d'apporter la preuve de faits négatifs, la non-discrimination peut être prouvée positivement par le fait que la partie défenderesse présente l'existence de motifs objectifs sans effet discriminatoire entre les sexes. Si cette preuve échoue complètement ou en partie du fait que la possibilité d'une discrimination sexospécifique subsiste, l'action doit être admise et le salaire non discriminatoire être alloué⁷³.

L'action en justice est à rejeter à la seule condition que la preuve complète soit apportée, que le résultat probatoire soit donc sans ambiguïté et que l'on puisse exclure une discrimination selon des points de vue objectifs⁷⁴.

S'il en résulte un "non liquet", en d'autres termes si le résultat probatoire n'est pas clair, la présomption au sens de l'art. 6 LEg intervient, et l'inversion du fardeau de la preuve a pour effet que la partie employeuse supporte les conséquences de la situation probatoire floue, partant que la réponse à la question de l'existence d'une discrimination est affirmative et que l'action en justice est admise⁷⁵.

Dans le déroulement du procès, il paraît judicieux d'introduire une seule procédure probatoire en ce qui concerne la vraisemblance de la discrimination et la preuve complète de la non-discrimination, les deux phases devant être ensuite distinctes dans le jugement. D'abord, il convient de

déterminer si les conditions de la prétention de la partie demanderesse sont rendues vraisemblables et ensuite de constater si la preuve de la non-discrimination ou de motifs justificatifs a été apportée dans la mesure requise ou s'il y a "non liquet" et s'il y a donc lieu de statuer selon le fardeau de la preuve⁷⁶.

La procédure en constatation de la discrimination salariale comprend donc plusieurs étapes⁷⁷:

Première étape (incombe à la partie demanderesse): démontrer, c'est-à-dire rendre vraisemblable une discrimination salariale à raison du sexe;

Deuxième étape: preuve complète de la partie employeuse quant à l'absence de discrimination malgré les apparences contraires ou quant aux motifs justificatifs satisfaisant au droit et au caractère équitable de la différence de salaires, la partie défenderesse supportant les conséquences de l'absence de preuves;

Troisième étape en cas d'échec à apporter la preuve complète selon la deuxième étape: calcul du salaire non discriminatoire dû.

7. Motifs justificatifs⁷⁸

Si les critères mentionnés ci-dessus sont remplis concernant la discrimination d'un sexe ou d'une ou de plusieurs personnes appartenant à un sexe, il s'ensuit que l'action salariale est admise, à moins qu'il existe des motifs justificatifs pour l'inégalité de traitement, ce qu'il appartient à l'employeur de prouver.

Une discrimination salariale tombe dès lors que la différence de salaires paraît objectivement fondée par le travail à accomplir ou par la fonction en cause. Est objectivement fondée une différence de salaires dans une comparaison individuelle ou lors de la classification de professions féminines si elle s'appuie sur des critères dits objectifs et qu'elle n'est pas motivée par le sexe⁷⁹.

71 Voir à ce sujet 125 II 541, 551; aussi 125 III 373 et 130 III 145 consid. 4.2 et 4.3.1, où la probabilité de la discrimination est définie comme manifeste pour une différence de salaire proche de 27%; autres exemples chez AUBRY (note 11), 1067.

72 ATF 127 III 207, 213; voir aussi à ce sujet Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 19.

73 Celui-ci doit être normalement tiré au clair au moyen d'une expertise; ATF 130 III 145; 127 III 207.

74 Voir surtout ATF 130 III 145 consid. 4.2 et 5.2; Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 18; STEIGER-SACKMANN (note 61), art. 6 n. 57 à 61; également KLETT (note 65), 1297.

75 Voir STEIGER-SACKMANN (note 61), n. 20 et 24 s.

76 Voir STEIGER-SACKMANN (note 61), n. 62 ss et ATF 130 III 145; 125 II 541, 550 ss

77 Voir aussi ATF 127 III 212 consid. 3, 6; 130 III 145; également Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 17.

78 Voir à ce sujet aussi Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 23 ss, 41; également WOLFGANG PORTMANN, Richterliche Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, ArbR 2005, 13 ss, 15.

79 ATF 127 III 207 consid. 3c.

Pour justifier une rémunération différente, il ne suffit pas, aux yeux des juges de Mon-Repos, que l'employeur avance n'importe quel motif. Il doit au contraire prouver qu'il poursuit un but objectif correspondant à un véritable besoin de l'entreprise et que la discrimination est appropriée pour atteindre le but visé. Des motifs objectifs ne peuvent en principe justifier une rémunération différente que s'ils sont essentiels pour la prestation concrète de travail et l'organisation des salaires par l'employeur⁸⁰.

Conformément aux arrêts ATF 125 III 373 et 130 III 145 consid. 5.2, constituent des critères objectifs en premier lieu des motifs influant sur la valeur du travail comme la formation, l'ancienneté, la qualification, l'expérience, le domaine concret d'activité, la prestation⁸¹ ou les risques. Les motifs peuvent en outre résulter de considérations sociales comme les charges familiales et l'âge. Enfin, des facteurs externes comme la situation conjoncturelle entrent aussi en ligne de compte pour autant que la prise en considération de celle-ci corresponde à un réel besoin de l'entreprise. Le Tribunal fédéral relève⁸² qu'une discrimination indirecte peut cependant être liée à des critères neutres quant au sexe de ce genre, par exemple lorsqu'un poids trop grand est accordé dans la rémunération à l'ancienneté, sans tenir compte des interruptions de carrière que continuent à enregistrer traditionnellement les femmes en raison de leurs obligations familiales. Mais des motifs objectifs dans le sens défini peuvent en général justifier une rémunération différente s'ils sont vraiment essentiels pour la prestation concrète de travail et l'organisation des salaires et ont une incidence cohérente sur les salaires au sein de la même entreprise.

Les motifs doivent donc être pertinents et avoir une incidence effective sur la valeur du travail. Il s'agit pour l'essentiel d'apporter la preuve qu'en dépit d'une apparente valeur égale, celle-ci est absente ou que la différence de salaires existante est adaptée à la valeur différente⁸³.

En l'espèce, il faut relever que différents motifs mentionnés, comme la formation, l'ancienneté ou encore des horaires de travail différents (de la jardinière d'enfants) etc., ont précisément des répercussions au détriment des professions typiquement féminines⁸⁴.

La formation comparable, bien qu'éventuellement plus courte, ne devrait plus compter quand elle est compensée par l'expérience professionnelle⁸⁵. Les coûts de formation devraient, eux aussi, avoir peu d'importance⁸⁶.

La fonction de supérieur hiérarchique peut justifier une différence de salaires, mais il se peut qu'une discrimination lors de la promotion soit cachée⁸⁷.

Le Tribunal fédéral reconnaît que la motivation, la volonté de performance et la productivité peuvent justifier une différence de salaires dans la mesure où elles se traduisent par un meilleur résultat de travail⁸⁸. A cet égard, il convient toutefois de ne pas perdre de vue le fait que l'évaluation de la performance n'est elle-même pas exempte de jugements de valeur et peut aller de pair – comme les études le montrent – avec des attentes discriminatoires liées au sexe⁸⁹.

La question de savoir dans quelle mesure les charges familiales peuvent entraîner une différence de salaires fondée

reste floue; pour BIGLER⁹⁰, ces charges devraient être prises en compte par l'intermédiaire des allocations pour enfant et des allocations familiales.

En ce qui concerne les arguments comme la conjoncture, la loi du marché ou la situation du marché du travail et le pouvoir de négociation ("salaire d'exception" d'un candidat idéal), le Tribunal fédéral a fixé des limites strictes. Il convient d'abord de définir le marché du travail pertinent et d'établir quels facteurs ont eu une incidence sur ce marché et à quel degré. Seuls sont pertinents les facteurs qui ont réellement existé et ont effectivement influé sur la différence concrète de salaires. Il appartient en outre à l'employeur de démontrer que l'entreprise a besoin de l'engagement en question et que la différence de salaires est limitée à ce qui est nécessaire dans sa proportion et dans sa durée, en d'autres termes il faut en général procéder à un ajustement dans le délai maximum d'une année en baissant le salaire plus élevé ou en augmentant le salaire plus bas⁹¹.

80 ATF 130 III 145 consid. 5.2.

81 Dans la mesure où elle se reflète dans le résultat du travail, voir ATF 125 III 375.

82 ATF 125 III 374, 124 II 409, 428; également AUBRY (note 11), 1063; au sujet de l'ancienneté et de sa non prise en considération pour une jardinière d'enfants suppléante, voir l'arrêt ATF 129 I 161, qui pose à mon avis problème: seul le respect du principe général de l'égalité juridique a été examiné. En l'occurrence, la perspective du droit à l'égalité et une comparaison avec le régime de traitement correspondant au niveau du primaire auraient été intéressantes.

83 Voir aussi ATF 130 III 145 consid. 5.2 et l'aperçu dans Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 25 s.

84 BIGLER (note 11), 1274; ATF 125 II 530 consid. 4c, 125 II 541, 551; il en va de même de la rétribution inférieure de la suppléante, voir à ce sujet ATF 129 I 161 et critiques chez AUBRY (note 11), 1063.

85 Voir ATF 125 III 368; 124 II 409 consid. 9d; également BIGLER (note 1), p. 294 et aussi critiques chez STEINER (note 31), 1289 s. C'est l'activité exercée qui devrait en tout cas être déterminante pour la classification, et non la formation effective, comme a statué le Tribunal administratif du canton de Zurich (PB.2004.00011 du 17.11.2004), dans ce sens aussi ATF 127 III 207 consid. 5a.

86 Voir ATF 126 II 223 ss et critique chez STEINER (note 31), 1290; également MATEFI (note 24), 1325; BIGLER (note 8), 78 s.

87 Voir ATF 124 II 529, 532; également 130 III 145 consid. 4.3.3.

88 Voir ATF 126 II 217 et 125 III 375: "C'est pourquoi une prestation de travail meilleure sous l'angle quantitatif ou qualitatif peut justifier une différence de salaires même en cas de cahier des charges égal ou comparable".

89 Voir les deux publications du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes: "Quand le travail est le même..." et "C'est en forgeant qu'on devient forgeronne". Une prise en considération à titre seulement exceptionnel du critère de performance au détriment de la main-d'œuvre féminine serait illicite.

90 BIGLER (note 11), 1274.

91 ATF 130 III 145 consid. 5.2 et 125 III 368 consid. 5c, PORTMANN (note 78), 15 s.; mais voir ATF 126 II 217 concernant l'enseignante en soins infirmiers qui ne mentionne pas cette

Par ailleurs, la haute Cour souligne explicitement: "Le principe du salaire égal pour un travail de valeur égale ne saurait être réduit à néant par le simple fait que le travail des femmes est constamment et dans une mesure notable moins bien rétribué que celui des hommes parce que les femmes ont tendance, dans les négociations salariales, à être prêtes à accepter des salaires inférieurs ou à être forcées de le faire."⁹²

De plus, la partie employeuse ne doit pas pouvoir invoquer des motifs liés au marché lorsqu'elle dispose déjà au moment de l'engagement des moyens financiers pour assurer l'égalité entre salariés actuels et nouveaux employés⁹³.

Selon les juges de Mon-Repos, le principe de l'égalité des salaires s'oppose même à une discrimination salariale simplement "exceptionnelle" entre des employés de sexe différent, et cette inégalité salariale de traitement de durée illimitée ne saurait correspondre à un véritable besoin de l'entreprise⁹⁴. Le point de vue de la haute Cour sur l'argument du marché n'est pas aussi différencié et restrictif pour les systèmes de traitements relevant du droit public⁹⁵. Selon la jurisprudence la plus récente, l'argument des salaires selon la loi du marché et le renvoi à un marché de référence ne pourraient toutefois être pris en compte dans le but d'éliminer une présomption de discrimination ou en tant que motif justificatif que si la partie employeuse apporte en même temps la preuve que les salaires de comparaison sont non discriminatoires⁹⁶.

Ne constituent pas un motif justificatif:

- des difficultés budgétaires⁹⁷,
- la discrimination d'employés appartenant aussi au même sexe⁹⁸,
- le consentement donné au salaire en connaissant la différence de salaire, les arguments "atteinte à la bonne foi", "abus de droit", "péremption"⁹⁹,
- l'absence d'intention de discriminer (cf. supra chiffre 2),
- le domicile éloigné et la disponibilité prétendument réduite de la salariée ainsi que le droit à un surplus de vacances¹⁰⁰,
- une restructuration¹⁰¹,
- la petite taille de l'entreprise; elle n'empêche pas de comparer entre elles différentes activités et de déterminer si elles sont de valeur égale¹⁰²,
- des salaires aussi bas payés dans le marché de référence¹⁰³.

8. Fixation du salaire dû

Si des différences de salaires sont rendues vraisemblables et si la partie employeuse n'est pas en mesure d'apporter la preuve complète de l'absence de discrimination à raison du sexe ou de l'existence de motifs objectifs justifiant la différence de salaires, cette dernière doit être compensée. L'arriéré à payer représente donc la différence entre le salaire constaté comme discriminatoire et le salaire de comparaison, avec un délai de prescription de cinq ans prévu par le

droit fédéral à compter de l'ouverture de l'action ou du recours à l'office de conciliation¹⁰⁴. Selon la haute Cour, une compensation par la baisse du salaire de comparaison serait aussi admise – ce qui ne peut toutefois se produire avec un effet rétroactif¹⁰⁵.

Si la partie défenderesse apporte la preuve d'un fait justificatif, la différence de salaires en cause ne peut être contestée, selon les juges de Mon-Repos, tant qu'elle se fonde sur des "motifs objectifs défendables" et que le montant se situe dans une proportion qui est usuelle et licite aussi pour des différences de fonction entre des personnes appartenant au même sexe¹⁰⁶. Le principe de la proportionnalité vaut donc, autrement dit la différence entre les salaires de comparaison ne saurait être totalement indéfendable ou aller vraiment à l'encontre du sentiment de justice. Des différences de salaire d'environ 20 pour cent et exceptionnellement appro-

limitation; critiques par rapport à cet arrêt et à l'argument du marché chez TOBIAS BAUER/SILVIA STRUB, Markt und Lohnungleichheit: Was zeigen die Fakten?, PJA 2001, 1308 ss; également MATEFI (note 24), 1319, 1321 ss. Sur l'importance du critère du marché, voir MARTHA NIQUILLE-EBERLE, Lohnungleichheit in der Praxis – insbesondere zur Bedeutung unterschiedlicher Marktverhältnisse, ZBJV 137/2001 p. 689 ss, 762 s.

92 ATF 125 III 380.

93 Aussi BAUER/STRUB (note 91), 1318.

94 ATF 125 III 381.

95 MATEFI (note 24), 1325.

96 ATF 131 II 393 consid. 7.3 à 7.5. Dans les ATF 126 II 217 et 125 I 71, cette preuve n'a pas encore été exigée. Des comparaisons avec le salaire selon la loi du marché peuvent mettre à jour des inégalités de traitement sexospécifiques dans le cadre de l'analyse statistique des salaires s'il en résulte des écarts par rapport au marché de référence pour la fonction ou les positions occupées par des femmes concernées, alors que tel n'est pas le cas – ou pas dans la même mesure – pour des fonctions de comparaison internes à l'entreprise, voir à ce sujet SCHÄR MOSER/BAILLOD (note 27).

97 ATF 131 II 393, 409, 411; 125 I 71.

98 ATF 127 III 207 consid. 4b.

99 Voir ATF 131 I 105; 125 I 14, 17; 124 II 450 ss.

100 Voir ATF 130 III 145 et Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 26; également AUBRY (note 11), 1069, la prise en considération du dernier critère mentionné serait, à son avis, admissible.

101 Voir Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 26.

102 Voir ATF 127 III 207 et Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 26.

103 Voir à ce sujet ATF 131 II 407 s.

104 ATF 131 II 411 s.; 130 III 145; 125 I 14, 17 s.; 125 I 71, 86; 124 II 436 consid. 11a. Voir sur le délai de prescription KATHRIN ARIOLI/FELICITAS FURRER ISELL, L'application de la loi sur l'égalité aux rapports de travail de droit public, Bâle 1999, N 237 à 239.

105 Voir aussi BIGLER (note 1), p. 301 s. et ID. (note 11), 1275 et la note 71.

106 ATF 124 II 529; 125 II 530 consid. 5b, 537; et 125 I 71, 79.

chant 40 pour cent sont à ce titre encore considérées comme défendables¹⁰⁷.

Le fait que cette jurisprudence sape le principe de l'égalité de salaire s'appliquant de façon absolue a déjà été relevé ailleurs¹⁰⁸. Les méthodes scientifiques destinées à analyser les différences de salaires, en particulier l'analyse statistique des salaires, permettent de déterminer, d'une part, la part du différentiel de salaires qui n'est pas attribuable au motif justificatif et ne peut donc s'expliquer autrement qu'à raison du sexe et, de l'autre, aussi le salaire équitable, c'est-à-dire non discriminatoire¹⁰⁹. Il ne s'agit pas de pouvoir justifier toute différence de salaires, mais seulement celle qui est équitable en l'espèce. Mais il ne subsiste ainsi plus d'espace pour le principe de proportionnalité et l'appréciation de l'employeur au sens large tel que compris par le Tribunal fédéral¹¹⁰.

De ce point de vue, l'arrêt le plus récent dans le domaine du droit privé rend confiant: il y est maintenu que la différence de salaires doit correspondre à un véritable besoin de l'entreprise et que des motifs objectifs peuvent justifier une rémunération différente seulement dans la mesure où ils sont essentiels pour la prestation concrète de travail et l'organisation des salaires par l'employeur, ce dernier étant tenu d'en apporter la preuve¹¹¹.

Si la réponse est affirmative quant à la discrimination ou à la nécessité de la compensation de salaire, il en découle d'ordinaire des répercussions financières considérables dans le domaine public en cas d'actions salariales intentées par tout un groupe professionnel; il appartient aux employeurs responsables d'adopter un nouveau régime de traitement¹¹². Cependant, aucun délai transitoire n'est accordé aux employeurs, pas même en raison de considérations financières ou budgétaires; autrement dit, les adaptations sont à entreprendre immédiatement et avec effet rétroactif¹¹³. La collocation dans une classe de salaire plus élevée doit se faire immédiatement sur la base du niveau actuel d'expérience, et non par le classement dans le niveau d'expérience dont le montant se trouve le plus proche du salaire actuel de la nouvelle classe de salaire¹¹⁴.

Le droit au salaire non discriminatoire et au paiement de l'arriéré correspondant peut être mis en œuvre directement dans l'étendue fixée judiciairement sur la base du jugement¹¹⁵.

IV. Conclusion

En résumé, la jurisprudence du Tribunal fédéral révèle que la discrimination salariale a été çà et là admise, plus fréquemment en général que dans les instances inférieures, et que les personnes concernées se sont vu attribuer des salaires supérieurs, bien que rarement dans l'étendue demandée.

Une véritable égalité a cependant souvent échoué contre les écueils que constituent une cognition limitée en ce qui concerne les questions de fait, une pondération différente des critères d'évaluation déterminants et des motifs justificatifs dits objectifs, la partie employeuse bénéficiant d'une

marge d'appréciation trop grande pour calculer le salaire lorsque lesdits motifs existent¹¹⁶. Il est à espérer que le Tribunal fédéral adoptera à l'avenir un point de vue plus critique en la matière et que les employeurs seront davantage exhortés à apporter aussi la preuve du caractère équitable de la différence de salaires concernée, outre le motif justificatif en lui-même. Il convient de suivre les expertises chargées de clarifier cette question dans la mesure où elles paraissent inattaquables sous l'angle de la méthodologie utilisée, autrement dit pour autant qu'elles accordent aux caractéristiques favorisant les femmes et les hommes la même considération et une pondération non discriminatoire ou, lors d'une analyse statistique des salaires, qu'elle n'inclut que des variables non discriminatoires. Les derniers arrêts, en particulier ATF 130 III 145, mais aussi 131 II 393, vont dans cette direction, pour ce qui est de la position relative à la décision de rétrogradation. Il appartient au tribunal de statuer sur la question de droit de savoir si la limite de l'appréciation a été respectée. La constatation de la différence de salaires justifiée nécessite toutefois de faire appel à des instruments scientifiques d'analyse des salaires utilisés de façon non discriminatoire pour que la validité absolue du droit à l'égalité de salaire puisse triompher dans les faits.

107 Voir les exemples et la critique chez BIGLER (note 1), p. 298 s.; aussi ATF 125 III 368; 126 II 27 consid. 9b et 10 concernant des différences de salaires d'environ Fr. 1000.– par mois pour une journaliste nouvellement engagée par rapport à une collègue ayant déjà l'expérience de l'entreprise et entre une enseignante en soins infirmiers psychiatriques et des maîtres professionnels; d'autres exemples en vertu du principe général de l'égalité juridique in ATF 129 I 161 consid. 3.2.

108 ARIOLI/EGG (note 39), 1305; et BIGLER (note 1), p. 300.

109 Voir à ce sujet notamment SCHÄR MOSER/BAILLOD (note 27); et FLÜCKIGER (note 50), 1340 ss; aussi ATF 125 II 551 ff.

110 Voir BIGLER (note 1), p. 59; ID. (note 11), 1274; également ARIOLI/EGG (note 39), 1302 s., 1305.

111 ATF 130 III 145 consid. 5.2.

112 Voir ATF 124 II 436 consid. 11c; et BIGLER (note 1), p. 301.

113 Voir ATF 131 II 411; il y est reconnu qu'en cas de constatation d'une inégalité salariale, le salaire doit être relevé sur le champ à un niveau non discriminatoire dans les limites du délai de prescription. Quant à savoir dans quelle mesure cela contient une modification de la pratique sur la jurisprudence précédente de l'obligation d'ajustement dans un délai d'une année, la question reste ouverte. Voir aussi BIGLER (note 1), p. 303 ss et les arrêts qui y sont cités.

114 Voir ATF 131 II 412, où le classement basé sur le montant du salaire a été jugé discriminatoire.

115 ATF 124 II 436 et BIGLER (note 1), p. 309.

116 Tel est aussi l'avis de BIGLER (note 1), pp. 59 s., 318 s.; ID. (note 11), 1275. Avec BIGLER (note 8), 76 ss, 80, on peut suggérer qu'il convient de fixer des limites plus strictes et d'inclure davantage les connaissances d'autres sciences et de la recherche genre interdisciplinaire dans les décisions judiciaires et politiques.