

Forschungsinstitut für Arbeit
und Arbeitsrecht



Universität St.Gallen

Avis de droit

Le salaire de marché et la situation conjoncturelle comme motifs objectifs de différences salariales entre femmes et hommes en vertu de l'art. 3, al. 2, LEg

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Geiser

Mathias Mauchle, M.A. HSG

Saint- Gall, 10 février 2016

Sommaire

Bibliographie.....	IV
Liste des abréviations	V
Introduction	VII
Mandat.....	VII
Dossier	VIII
A. Principes de base.....	1
I. Le principe de l'égalité salariale en droit suisse.....	1
1. Constitution fédérale (art. 8, al. 3, Cst.).....	1
2. Loi sur l'égalité (art. 3, al. 2, LEg).....	3
II. Le salaire de marché et la situation conjoncturelle comme motifs justifiant des entorses au principe de l'égalité salariale.....	4
B. Jurisprudence.....	5
ATF 113 Ia 107 (1987).....	5
ATF 124 II 409 (1998)	6
ATF 125 I 71 (1998) ; Tribunal administratif du canton de Berne, arrêt n° 19952U (2000)8	
ATF 125 III 368 (1999) ; Tribunal cantonal de Saint-Gall, BZ.1999.142-K3 (2001) ; arrêt du TF 4C.57/2002 (2002).....	9
ATF 126 II 217 (2000)	13
ATF 131 II 393 (2005)	14
Arrêt 4A_261/2011 (2011).....	16
Tribunal administratif du canton d'Argovie, WBE.2013.151 (2014)	17
ATF 141 II 411 (2015)	19
C. Critères d'admissibilité de la prise en compte des salaires de marché et de la situation conjoncturelle.....	22
I. Critères généraux.....	22
II. Autres critères de la I ^{ère} Cour de droit civil du Tribunal fédéral	24

D. Conséquences pour la fixation des rémunérations dans le secteur privé et le secteur public.....	25
I. Influence de la situation conjoncturelle sur les conditions d'engagement, marché (du travail) pertinent, preuve de la fluctuation de la conjoncture.....	25
II. Interdiction d'établir un lien avec le sexe, sexospécificité de la profession, marché pris comme élément de comparaison	26
III. Besoin de l'entreprise et proportionnalité	29
E. Appréciation de la pratique du Tribunal fédéral	31
I. Point de vue des employeurs.....	31
II. Point de vue des employés	32
III. Point de vue du droit	34

Bibliographie

- 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, Bâle 1998.
- ARIOLI KATHRIN/FURRER ISELI FELICITAS, Die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes auf öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse, Bâle 1999.
- AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cit. AUTEUR/E, Commentaire LEg, Art. X, p. Y).
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Égalité salariale et décisions judiciaires : questions pratiques du point de vue de la justice, in : PJA 2005, p. 1062 ss.
- BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Lohngleichheit – eine kritische Bestandesaufnahme, in : PJA 2001, p. 1269 ss.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3^e éd. 2014, Zurich 2014 (cit. AUTEUR/E, Commentaire saint-gallois ad art. X Cst., n^o Y).
- GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3^e éd., Berne 2015.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (éd.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 1–529 OR (cit. Commentaire bâlois, AUTEUR/E, Art. X, n. Y).
- KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (éd.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2^e éd., Bâle 2009 (cit. AUTEUR/E, Commentaire ad art. X LEg, n^o Y).
- MATEFI GABRIELLA, Salaire selon la loi du marché et coûts de la formation : des motifs objectifs pour justifier des différences de salaires ?, in : PJA 2001, p. 1329 ss.
- NIQUILLE-EBERLE MARTHA, Lohngleichheit in der Praxis – insbesondere zur Bedeutung unterschiedlicher Marktverhältnisse, in : RSJB 2001, p. 689 ss.
- SEILER HANSJÖRG, Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, in : ZBl 104/2003, p. 113 ss.
- STAUBER-MOSER SUSY, Egalité des salaires et jurisprudence du Tribunal fédéral, in : PJA 2006, p. 1367 ss.
- STEINER OLIVIER, Das Verbot der indirekten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben, Diss. Basel 1998, Bâle 1999.
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7^e éd., Zurich 2012.

Liste des abréviations

aCst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874
AGVE	<i>Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide</i>
al.	alinéa
art.	article
ATF	arrêt(s) du Tribunal fédéral suisse (recueil officiel)
BFEG	Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
cf.	confer
cit.	citation
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (RS 220)
consid.	considérant
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
FAA-HSG	<i>Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen</i> (Institut de recherche sur le travail et le droit du travail de l'Université de Saint-Gall)
DFI	Département fédéral de l'intérieur
Diss.	<i>Dissertation</i> (thèse de doctorat)
Ed.	éditeur, édition
FF	Feuille fédérale
LEg	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1)
n.	note(s)
nbp	note(s) de bas de page
n°	numéro, chiffre marginal
OFS	Office fédéral de la statistique
p.	page(s)
PJA	Pratique juridique actuelle
RH	ressources humaines
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJB	Revue de la Société des juristes bernois
s./ss	et suivant/s (pages, articles, etc.)

TF

Tribunal fédéral

ZBl

Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

Introduction

L'art. 3, al. 2, de la loi sur l'égalité (LEg) interdit la discrimination salariale entre les travailleurs et les travailleuses en raison de leur sexe. Des différences de salaire entre les femmes et les hommes pour un même travail ou un travail équivalent sont cependant justifiées lorsqu'elles reposent sur des raisons objectives et non discriminatoires. Les milieux économiques et les employeurs invoquent souvent le marché ou la conjoncture économique pour justifier des différences de salaire entre les sexes (« salaires de marché »). Or, l'expérience montre que, dans le secteur public comme dans le secteur privé, les employeurs et les responsables des ressources humaines ainsi que les milieux économiques en général connaissent mal la thématique du salaire de marché sous l'angle du droit, et plus spécialement du droit de l'égalité, ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral à ce sujet.

Mandat

Au vu de l'état de fait exposé ci-dessus, le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG ; ci-après le « mandant ») a confié à l'Institut de recherche sur le travail et le droit du travail de l'Université de Saint-Gall (*Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen* ; ci-après « FAA-HSG »), le 16 octobre 2015, le mandat d'établir un avis de droit qui :

1. présente l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la pratique des tribunaux cantonaux pertinentes ;
2. présente les critères retenus par le Tribunal fédéral pour admettre la validité des salaires de marché et la prise en compte des situations conjoncturelles ;
3. mette en évidence l'impact que la jurisprudence du Tribunal fédéral devrait avoir sur l'évolution et l'établissement de la pratique salariale et des systèmes de rémunération dans le secteur privé comme dans le secteur public ;
4. procède à une appréciation critique de la pratique du Tribunal fédéral (à la fois du point de vue des employeurs et du point de vue des employés).

Dossier

En vue de la réalisation de l'expertise, le mandant a remis les documents suivants au FAA-HSG :

- *Contrat FE 303-2015-31 du 16 octobre 2015 entre la Confédération suisse, représentée par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), et l'Université de Saint-Gall, Institut de recherche sur le travail et le droit du travail (FAA-HSG), Tellstrasse 2, 9000 Saint-Gall, contenant :*
 - *une description de la situation de départ*
 - *l'objet de l'expertise (cf. ch. 1 à 4 ci-dessus)*
- *Complément du 20 janvier 2016 au contrat FE 303-2015-31/1 entre la Confédération suisse, représentée par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), et l'Université de Saint-Gall, Institut de recherche sur le travail et le droit du travail (FAA-HSG), Tellstrasse 2, 9000 Saint-Gall*

A. Principes de base

I. Le principe de l'égalité salariale en droit suisse

1. Constitution fédérale (art. 8, al. 3, Cst.)

Le principe de l'égalité salariale est inscrit depuis 1981 à l'art. 8, al. 3, 3^e phr., de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.). Ce principe vise toujours les rapports entre femmes et hommes, et non pas les rapports entre personnes de même sexe. La disposition constitutionnelle confère à chaque travailleur, que ses rapports de travail soient régis par le droit public ou par le droit privé, un droit direct et inaliénable à un travail égal pour un travail de valeur égale qu'il peut opposer à son employeur¹. Ce droit a été concrétisé en 1996 dans la loi sur l'égalité (LEg) sur laquelle reposent depuis lors les actions en justice en matière d'égalité salariale².

Cependant, à ce jour, le principe constitutionnel de l'égalité salariale n'est toujours pas totalement mis en œuvre, que ce soit dans le secteur privé ou dans le secteur public. Selon l'enquête sur la structure des salaires de l'OFS, en 2012 les femmes gagnaient en Suisse 21,3 % de moins que leurs collègues masculins en moyenne dans le secteur privé et 40,9 % de cette disparité salariale entre femmes et hommes étaient statistiquement inexplicables. Dans le secteur public, l'OFS a mesuré en 2012 un écart de salaire de 16,5 % entre les femmes et les hommes, dont 38,8 % étaient inexplicables³. Dans les deux cas, on peut considérer, en l'absence d'autre justification, que la part inexplicable de l'écart salarial repose sur des comportements discriminatoires.

L'art. 8, al. 3, 3^e phr., Cst. interdit la discrimination, qu'elle soit directe ou indirecte (cf. aussi art. 3, al. 1, LEg)⁴. On est en présence d'une discrimination directe lorsqu'une inégalité de traitement repose expressément sur l'appartenance à un sexe ou sur un critère ne pouvant être rempli que par une personne de l'un des deux sexes et qu'elle ne peut pas être justifiée

¹ GEISER/MÜLLER, n° 384.

² BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Commentaire saint-gallois ad art. 8 Cst., n° 99.

³ OFS, Enquête suisse sur le niveau et la structure des salaires 2012, Inégalité salariale entre les sexes : différences marquées selon les branches économiques, communiqué de presse du 21.08.2015, p. 1 s., consulté le 15.01.2016 à l'adresse : <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/news/medienmitteilungen.html?pressID=10342>.

⁴ BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Commentaire saint-gallois ad art. 8 Cst., n° 124.

par un motif objectif⁵. Une discrimination à raison du sexe est indirecte lorsqu'une réglementation formellement neutre du point de vue du sexe a pour effet de désavantager une proportion très importante voire majeure de personnes de l'un des deux sexes par rapport aux personnes du sexe opposé sans que cela soit justifié objectivement⁶. L'interdiction de discriminer porte sur la totalité des éléments de rémunération du travail fourni, c'est-à-dire le salaire proprement dit mais aussi ses autres composantes telles que les allocations familiales et pour enfants, les gratifications, les prestations en nature, etc.⁷.

L'article constitutionnel stipule expressément que femmes et hommes ont droit à un salaire égal non seulement pour le même travail, mais aussi pour un travail de valeur égale⁸, avec pour conséquence qu'il faut évaluer le travail à fournir. Des activités professionnelles ne peuvent être équivalentes que si elles sont analogues. En règle générale, il y a lieu de déterminer l'équivalence sur la base de plusieurs critères, notamment les exigences à remplir, les responsabilités à assumer et les prestations à fournir. Des différences ainsi établies peuvent, selon les circonstances, justifier une différence de rémunération⁹. Pour déterminer si les activités ou les fonctions à comparer ont une valeur égale, il faut les analyser scientifiquement. Le Tribunal fédéral admet plusieurs méthodes à cet effet¹⁰. Les principales sont à l'heure actuelle l'évaluation analytique du travail et l'analyse statistique des salaires ou l'analyse de régression. Dans l'évaluation analytique du travail, il s'agit de recenser et d'évaluer les fonctions, les caractéristiques et les contraintes d'un poste pour obtenir les éléments qui serviront à établir le salaire. Dans l'analyse statistique des salaires ou l'analyse de régression, on recourt à des théories économiques pour évaluer le capital humain – qui se compose de la formation, des connaissances et de l'ancienneté –, avant de le compléter par des aspects liés à la fonction comme le niveau d'exigences du poste¹¹.

Une rémunération inégale est non discriminatoire et donc admissible lorsqu'elle est justifiée par des motifs objectifs qui, eux-mêmes, ne sont pas directement ou indirectement discriminatoires du point de vue du sexe. Sont réputés des motifs admissibles les éléments qui

⁵ Arrêt du TF 8C_119/2015, consid. 4.2.

⁶ ATF 8C_119/2015, consid. 4.2 ; ATF 141 II 411, consid. 6.1.2.

⁷ BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Commentaire saint-gallois ad art. 8 Cst., n° 125.

⁸ ATF 130 III 145, consid. 3.1.2.

⁹ Cf. p. ex. ATF 125 III 368, consid. 5; ATF 4A_261/2011, consid. 3.2.

¹⁰ BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Commentaire saint-gallois ad art. 8 Cst., n° 126.

¹¹ BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Commentaire saint-gallois ad art. 8 Cst., n° 127.

déterminent la valeur du travail proprement dit comme la formation, l'expérience professionnelle, les responsabilités ou les contraintes liées au poste de travail¹². De plus, des critères de rémunération traditionnels comme les charges de famille, l'âge ou la situation du marché de l'emploi, ne sont pas considérés comme discriminatoires, ce que la doctrine a critiqué¹³. Des difficultés financières¹⁴, des questions budgétaires¹⁵ ou le risque de déséquilibrer la structure des salaires de l'employeur¹⁶ ne justifient pas la pratique de différences de rémunération entre les sexes¹⁷. En outre, le Tribunal fédéral a posé comme principe élémentaire que l'employeur n'a pas le droit de justifier une discrimination par une autre. Il est donc aussi possible d'établir l'existence d'une discrimination salariale entre les travailleurs et les travailleuses lorsque l'employeur pratique des inégalités de traitement entre des personnes de même sexe¹⁸.

2. Loi sur l'égalité (art. 3, al. 2, LEg)

Comme nous venons de le voir, le droit des femmes et des hommes à un salaire égal pour un travail de valeur égale a été ancré dans la constitution (art. 8, al. 3, Cst.) avant l'entrée en vigueur de la loi sur l'égalité¹⁹. En ce qui concerne l'égalité salariale, l'art. 3 LEg constitue, en droit matériel, une répétition du droit déjà en vigueur en vertu de la Constitution²⁰. L'art. 8, al. 3, 3^e phr., Cst. et l'art. 3, al. 2, LEg imposent à tous les employeurs de verser la même rémunération à leurs employés des deux sexes qui accomplissent un travail d'égale valeur. On ne peut toutefois pas en déduire qu'un employeur doit payer les mêmes salaires que d'autres employeurs. Par conséquent, il est en règle générale possible d'exiger une évaluation comparative uniquement entre des fonctions exercées par des salariés différents d'un même employeur²¹. Le droit à l'égalité salariale est un droit individuel qui peut être invoqué

¹² AUBRY GIRARDIN, p. 1068 ; ATF 130 III 145, consid. 5.2 ; ATF 127 III 207, consid. 3c ; ATF 125 III 368, consid. 5 ; ATF 125 II 541, consid. 6c.

¹³ AUBRY GIRARDIN, p. 1069 ; FREIVOGEL, Commentaire ad art. 3 LEg, n° 146 ; ATF 130 III 145, consid. 5.2 ; ATF 127 III 207, consid. 3c ; ATF 125 III 368, consid. 5.

¹⁴ ATF 125 I 71, consid. 4d.

¹⁵ ATF 124 II 436, consid. 10h.

¹⁶ ATF 124 II 436, consid. 10g ; ATF 117 Ia 262, consid. 3c.

¹⁷ FREIVOGEL, Commentaire ad art. 3 LEg, n° 148.

¹⁸ ATF 136 II 393, consid. 11.3 ; ATF 127 III 207, consid. 4b.

¹⁹ Lire les explications sous A. I. 1. supra.

²⁰ FREIVOGEL, Commentaire ad art. 3 LEg, n° 73 ; ATF 124 II 409, consid. 1.

²¹ FREIVOGEL, Commentaire ad art. 3 LEg, n° 90 ; ATF 130 III 145, consid. 3.1.2.

directement en justice et dont l'application peut être obtenue directement par la voie judiciaire²². En outre, il s'applique à tous les rapports de travail dépendants, qu'ils soient régis par le droit privé ou par le droit public²³.

II. Le salaire de marché et la situation conjoncturelle invoqués comme motifs justifiant des entorses au principe de l'égalité salariale

Il arrive qu'une différence de rémunération – abstraction faite des éléments qui déterminent la valeur du travail proprement dit – soit considérée comme une inégalité de traitement non discriminatoire parce que reposant sur des motifs économiques. C'est la thématique du salaire de marché qui invoque la situation conjoncturelle pour justifier une différence de rémunération entre femmes et hommes. Déterminer le niveau des salaires en fonction de la situation sur le marché est un procédé qui s'écarte considérablement des méthodes de l'évaluation analytique du travail et de l'analyse statistique des salaires ou de l'analyse de régression, d'où la nécessité de le motiver. Alors que l'évaluation analytique du travail et l'analyse statistique des salaires ou l'analyse de régression sont des méthodes scientifiques au moyen desquelles on s'efforce de déterminer la valeur effective du travail, l'optique économique est fondamentalement différente : elle attribue à un travail la valeur que lui confère le marché, c'est-à-dire le rapport entre l'offre et la demande. Ainsi, la valeur économique d'un travail découle de la disposition d'une personne à payer un certain salaire pour ce travail. Le montant du salaire peut donc dépendre fortement de la position des parties dans la négociation²⁴. La jurisprudence a évolué sur la question de savoir si et dans quelles conditions il est possible de justifier des différences de salaire entre les sexes en se fondant sur la situation conjoncturelle. De manière générale, on observe que la jurisprudence tend à être plus restrictive lorsqu'il s'agit d'admettre l'argument du marché. En effet, les conditions d'admissibilité de l'argument du marché ont été précisées au fil du temps. De surcroît, des restrictions de nature temporelle ont été rajoutées. L'évolution de la jurisprudence relative à la recevabilité de l'argument du marché pour justifier des inégalités salariales entre les sexes est présentée dans le chapitre B.

²² FREIVOGEL, Commentaire ad art. 3 LEg, n° 74 et les références citées.

²³ Cf. art. 2 LEg ; ARIOLI/FURRER ISELI, n° 14 s. ; AUBRY GIRARDIN, Commentaire LEg, art. 3, p. 73 ; FREIVOGEL, Commentaire ad art. 3 LEg, n° 76.

²⁴ SEILER, p. 145 s.

B. Jurisprudence

ATF 113 Ia 107 (1987)

Dans l'ATF 113 Ia 107, le Tribunal fédéral examine les prétentions d'une comédienne professionnelle qui avait été engagée au dernier moment pour remplacer une comédienne semi-professionnelle empêchée d'honorer son engagement. La comédienne engagée pour le remplacement estimait qu'il y avait une inégalité de traitement entre son salaire et celui de ses collègues masculins. Elle a donc engagé contre son employeur une action en paiement du salaire dû en invoquant le principe de l'égalité salariale ancré dans la Constitution fédérale.

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral constate que *le principe constitutionnel de l'égalité salariale entre femmes et hommes produit un effet horizontal direct dans les relations entre particuliers* (consid. 1a). Il précise que ce principe revêt un *double caractère*, en particulier dans les rapports de droit privé : il s'agit à la fois d'un *droit constitutionnel* et d'une *règle impérative* qui s'incorpore aux dispositions régissant le contrat de travail individuel (art. 319 ss CO) (consid. 1a). *Toutes les formes de discrimination, directes ou indirectes, fondées sur le sexe du travailleur tombent sous le coup de l'interdiction de la discrimination* inscrite à l'art. 4, al. 2, 3^e phr., aCst [art. 8, al. 3, 3^e phr., Cst.] (consid. 4a). Il est indifférent que l'inégalité de traitement ait été commise intentionnellement ou non.

Des différences de salaire entre hommes et femmes, pour un travail identique ou de même valeur, ne violent cependant pas la garantie constitutionnelle de l'égalité si elles reposent sur des motifs objectifs tels que l'âge, l'ancienneté, les charges familiales, l'expérience, le degré de qualification, les risques professionnels ou autres, etc. Mais il est aussi des circonstances étrangères à l'activité ou à la personne du travailleur qui peuvent justifier une entorse au principe de l'égalité de rémunération. C'est le cas, par exemple, de la situation conjoncturelle, qui peut avoir une incidence sur les conditions d'embauche au moment du recrutement de personnel. Ainsi, une différence de salaire temporaire due à l'évolution de la conjoncture peut en principe être compatible avec le principe de l'égalité de rémunération (consid. 4a). La prudence est toutefois de mise dans ce domaine, tempère le Tribunal fédéral, car les motifs de cette nature peuvent en réalité masquer une discrimination à raison du sexe. Aussi convient-il d'exiger de l'employeur qui invoque la situation conjoncturelle pour justifier une inégalité de traitement qu'il établisse clairement l'existence des conditions du marché alléguées (art. 8 CC).

En conclusion, le Tribunal fédéral juge que l'obligation de remplacer au plus vite une comédienne semi-professionnelle empêchée au dernier moment d'honorer ses obligations

tout en restant dans les limites d'un budget donné constitue une raison objective qui justifie une dérogation au principe de l'égalité salariale.

ATF 124 II 409 (1998)

L'ATF 124 II 409 porte sur un recours interjeté en vertu de l'art. 4, al. 2, aCst. par des professeuses de travaux manuels en poste dans le canton de Zurich. S'estimant discriminées en raison de leur classement dans une catégorie de traitement inférieure à celle des enseignants du primaire ainsi que des heures de travail supplémentaires qu'elles avaient à fournir, elles demandaient le paiement d'un rattrapage salarial.

Après avoir constaté que l'art. 3 LEg n'est, sur les rapports de travail de droit public, pas plus explicite que l'art. 4, al. 2, aCst., le Tribunal fédéral affirme que *la loi sur l'égalité* – dans la mesure où des questions d'égalité entre femmes et hommes sont en cause – *constitue elle-même la base des décisions cantonales* (consid. 1d ii). C'est le cas aussi lorsque la décision cantonale est rendue dans un litige portant sur des prétentions salariales que font valoir des employés de droit public et qui sont régies par le droit cantonal. L'un des buts de la *loi sur l'égalité* est que la jurisprudence soit, dans la mesure du possible, la même pour tous les employés et qu'elle *s'applique donc de la même manière, dans ses dispositions matérielles centrales, aux rapports de travail de droit privé et aux rapports de travail de droit public* (consid. 1e dd).

Selon l'arrêt, il y a *discrimination en matière de rémunération notamment lorsqu'il existe, au détriment d'une profession identifiée comme typiquement liée à un sexe, une différence de salaire qui ne trouve pas de justification objective dans la nature du travail*. Les différences de rémunération qui reposent sur des circonstances spécifiquement liées à un sexe sont donc interdites. En revanche, *le fait que deux professions typiquement féminines soient rémunérées différemment ne constitue pas une discrimination à raison du sexe* (consid. 8a). A noter qu'il peut y avoir *discrimination quand une profession typiquement féminine est désavantagée de manière infondée non seulement par rapport à un métier typiquement masculin, mais aussi par rapport à un métier identifié comme neutre du point de vue du sexe* (consid. 8b).

Les disparités salariales entre les sexes attestées statistiquement peuvent constituer un indice de discrimination en matière de rémunération. Encore faut-il que les activités rémunérées différemment soient d'égale valeur. Lorsque l'on étudie la question de la valeur égale du travail, on examine si les conditions de fait pour exiger le respect du principe de l'égalité sont remplies (consid. 9a). On peut en outre, précise le Tribunal fédéral, prendre en considération les fonctions à exercer en tant que telles et les exigences qui y sont attachées (*évaluation du poste ou de la fonction*), les caractéristiques individuelles des titulaires des postes (*âge, ancienneté, formation, etc.*) ainsi

que la manière dont les personnes concernées remplissent lesdites fonctions (*évaluation de la prestation*). Il n'est pas possible de déterminer de façon scientifique et sans jugement de valeur si des activités différentes doivent être considérées comme de valeur égale car cette décision dépend d'appréciations dont les résultats peuvent varier (consid. 9b). Le Tribunal fédéral ajoute que la garantie d'un salaire égal ne restreint en principe pas l'importante marge de manœuvre dont disposent les employeurs pour choisir une méthode scientifique d'évaluation des postes de travail : elle n'impose pas l'emploi d'une méthode déterminée d'évaluation ; elle proscriit uniquement l'application de critères discriminatoires à raison du sexe (consid. 9b).

Une évaluation est discriminatoire lorsque des différences de rémunération s'attachent à des caractéristiques spécifiques au sexe, sans que cela soit objectivement justifié par le genre d'activité à exercer (consid. 9c). C'est le cas, par exemple, si l'on prend en compte des critères liés au sexe ou si on leur confère une grande importance alors qu'ils ne sont pas nécessaires ou négligeables pour l'activité considérée ou, inversement, si l'on omet des critères liés au sexe ou si on leur accorde peu d'importance alors qu'ils sont essentiels pour l'activité. En d'autres termes, prendre en considération un critère typique d'un sexe n'est pas discriminatoire si ce critère est pertinent pour l'accomplissement du travail considéré. En règle générale, ne sont pas discriminatoires les différences de salaire reposant sur des critères objectifs tels que la formation, l'âge, l'ancienneté, les qualifications, l'expérience, l'étendue des responsabilités ou les prestations fournies (consid. 9c).

Selon l'analyse faite par le Tribunal fédéral, les critères d'évaluation spécifiques au sexe sont ceux qui peuvent être remplis beaucoup plus facilement, ou proportionnellement beaucoup plus souvent, par les personnes d'un sexe que par celles du sexe opposé. Il peut s'agir de caractéristiques que l'on retrouve en moyenne moins souvent chez les personnes de l'un des deux sexes pour des raisons biologiques (p. ex. la taille ou la force) ou qui sont imputables à des inégalités entre les sexes présentes dans la réalité sociale (consid. 9d). Ainsi en va-t-il du critère de l'ancienneté : il est formellement neutre du point de vue des sexes, mais il peut receler une discrimination indirecte parce qu'en moyenne les femmes ont davantage tendance à interrompre leur carrière professionnelle pour s'occuper de leurs enfants si bien qu'elles sont plus limitées dans leurs possibilités d'accumuler de l'expérience professionnelle. Pour établir si un critère déterminé utilisé pour évaluer un poste de travail est lié au sexe ou non, il faut en démontrer l'existence statistique en se fondant sur l'expérience générale de la vie ou sur des constatations scientifiques (consid. 9d).

En conclusion, le Tribunal fédéral estime que la classification des professeures de travaux manuels dans le système des traitements ne contrevient pas au principe de l'égalité salariale

mais il admet en partie le recours concernant les heures de travail supplémentaires et renvoie le jugement contesté à l'instance précédente pour nouveau jugement.

ATF 125 I 71 (1998) ; Tribunal administratif du canton de Berne, arrêt n° 19952U (2000)

Dans ce dossier, trois infirmières ont formé un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral contre la décision prise par le Conseil-exécutif du canton de Berne d'affecter leurs fonctions à des classes de traitement ne correspondant pas à la recommandation de la commission d'évaluation cantonale. Les recourantes faisaient valoir qu'un métier typiquement féminin était discriminé indirectement pour des raisons de politique financière, en violation de l'art. 4, al. 2, 3^e phr., aCst.

Parmi les circonstances objectives qui ne sont pas motivées par des considérations spécifiquement fondées sur le sexe et qui ne se rapportent pas à la personne ou à l'activité du travailleur, et qu'il est donc possible de prendre en compte dans la fixation du salaire tout en restant dans le cadre du droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale, figure, selon ce jugement, la situation conjoncturelle. Celle-ci peut justifier une différence de rémunération, d'ailleurs temporairement, dans la mesure où elle n'est pas liée au sexe des employés concernés (consid. 4d aa). En revanche, de simples difficultés budgétaires ne suffiraient pas à justifier une entorse au droit constitutionnel à l'égalité salariale (consid. 4d bb). Si le principe de l'égalité salariale n'a pas été respecté, le juge est tenu d'intervenir, même si l'admission de la demande peut avoir des répercussions de grande ampleur sur l'ensemble du système de rémunération et les finances du canton.

En l'espèce, le Tribunal fédéral considère toutefois que la décision d'affecter la fonction des recourantes deux classes en-dessous de la classe de traitement résultant de l'évaluation des postes de travail n'est pas discriminatoire. En effet, *il n'est pas interdit à un canton de baser son système de rémunération sur un marché plus important et de tenir compte des salaires de ce marché pour établir sa classification des traitements dans la mesure où, ce faisant, il ne sous-paie pas nettement un métier typiquement féminin de manière objectivement infondée et en contradiction avec l'évaluation du poste considéré (consid. 4d aa). Par « marché plus important », le Tribunal fédéral entend le marché de plusieurs autres cantons. Il juge admissible que le canton de Berne ait tenu compte des traitements versés dans d'autres cantons à titre de comparaison pour définir son système de rémunération.*

En conclusion, le Tribunal fédéral rejette le recours, estimant que les recourantes n'étaient pas parvenues à rendre vraisemblable que l'affectation contestée de leurs fonctions dans la classification des traitements était uniquement motivée par des raisons budgétaires au détriment d'un métier typiquement féminin.

Les infirmières, qui avaient recouru auprès du Tribunal administratif du canton de Berne²⁵ avec le concours de leurs associations professionnelles respectives, avaient également demandé la constatation de la discrimination et le paiement de la différence de salaire. En tant que défendeur, le canton avait rejeté les deux demandes, invoquant que le métier d'infirmière n'était pas typiquement féminin et qu'il n'y avait donc pas de discrimination à raison du sexe. Le Tribunal administratif du canton de Berne avait suspendu sa procédure en attendant la décision du Tribunal fédéral ; lorsque celle-ci a été rendue, il a examiné les demandes en paiement de la différence de salaire.

Le Tribunal administratif du canton de Berne constate que le *métier de policier* pris comme élément de comparaison est un métier *typiquement masculin*, ce qui le contraint à *examiner le grief de discrimination à raison du sexe* (consid. 4a). En raison du renversement de la charge de la preuve prévu à l'art. 6 LEg, c'est au canton qu'il appartient de démontrer l'absence de discrimination envers les infirmières. A cet effet, il présente une évaluation des fonctions qui fait apparaître des différences de responsabilités et de risques entre ces deux professions. De plus, le canton invoque la *situation du marché* pour justifier *les salaires plus élevés des agents de police*, ce qui a conduit le tribunal à demander une *analyse statistique des salaires* dans d'autres cantons (consid. 5g). Il ressort de cette analyse que l'on pouvait démontrer l'existence effective d'une tension salariale sur le marché de l'emploi des policiers. En conclusion, le tribunal décide qu'une partie de la différence de salaire est objectivement justifiée. Comme, en outre, le canton a entre-temps adapté les traitements des infirmières à ceux des policiers dans le cadre d'une révision de son système de rémunération, il n'y a au final plus d'inégalité de traitement discriminatoire. Le recours est donc rejeté par le Tribunal administratif du canton de Berne.

ATF 125 III 368 (1999) ; Tribunal cantonal de Saint-Gall, BZ.1999.142-K3 (2001) ; arrêt du TF 4C.57/2002 (2002)

Dans ce dossier, une rédactrice d'un journal demandait le paiement d'arriérés de salaire et, dans le futur, une classification supérieure dans la grille de rémunération afin d'obtenir l'égalité salariale avec un collègue masculin.

Après avoir énuméré les mêmes motifs non discriminatoires justifiant une inégalité de traitement salariale que dans l'ATF 124 II 409, le Tribunal fédéral examine le motif justificatif de la situation conjoncturelle. Il explique que *la conjoncture peut être prise en considération dans la mesure où cela correspond à un réel besoin de l'entreprise* (consid. 5). Se référant à l'ATF

²⁵ Tribunal administratif du canton de Berne, arrêt n° 19952U.

125 I 71, il rappelle que la *situation conjoncturelle peut justifier, du moins temporairement, une différence de rémunération si celle-ci n'est pas liée au sexe des travailleurs concernés* (consid. 5c aa). En cela, le Tribunal fédéral ne suit pas la doctrine selon laquelle les différences de salaires entre hommes et femmes ne peuvent de façon générale pas se justifier par les conditions du marché du travail²⁶.

Evoquant la littérature spécialisée²⁷, suisse notamment, et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)²⁸, qui estiment que les différences de salaire dues au marché sont admissibles à des conditions déterminées²⁹, le Tribunal fédéral expose en détail les *conditions qui, à son avis, doivent être remplies pour que l'argument du marché justifie des disparités salariales*. Elles doivent en particulier respecter le principe de *proportionnalité*. Les *différences de rémunération* doivent chercher à *répondre à un réel besoin de l'entreprise et elles doivent être appropriées et nécessaires pour atteindre ce but*. De plus, elles ne doivent pas dépasser *l'ampleur des fluctuations conjoncturelles attestées ni durer plus que nécessaire*³⁰. Les entreprises sont tenues, dans un délai convenable, de *mettre un terme à la distorsion conjoncturelle de leur échelle salariale lors de leur révision périodique* (consid. 5c aa).

Le Tribunal fédéral précise que la situation du marché du travail peut justifier des différences de salaire *uniquement de façon limitée et, surtout, temporaire*. Il ne faut pas non plus surestimer l'importance de la situation conjoncturelle parmi les facteurs déterminant le salaire. En effet, la *valeur d'un travail dépend en premier lieu des exigences objectives ainsi que des capacités et des disponibilités individuelles des employés*. Ces deux facteurs sont plus importants que les conditions qui prévalent sur le marché du travail car, en général, les entreprises ne sont pas entièrement soumises aux lois de l'offre et de la demande. Elles jouissent ordinairement d'une marge de liberté financière qui leur permet d'avoir un système de rémunération non discriminatoire³¹. Il est toutefois *envoisageable que, en raison de la situation momentanée sur le marché du travail, une nouvelle recrue spécialisée et particulièrement précieuse parce que répondant à des besoins spécifiques de l'entreprise doive être payée davantage que des personnes de*

²⁶ Lire ce qu'en dit STEINER, p. 295 s.

²⁷ En particulier ALBRECHT, p. 156 s., et STEINER, p. 275 s.

²⁸ Dans son arrêt 170/84 Bilka, point 36 s., la CJUE affirme que des différences dans les composantes du salaire peuvent être justifiées si elles répondent à un véritable besoin de l'entreprise et qu'elles sont appropriées et nécessaires pour atteindre le but visé. Dans son arrêt C-127/92 Enderby, points 24-29, la CJUE a décidé que les entreprises devaient avoir le droit de légitimer des majorations de salaire par les conditions prévalant sur le marché du travail mais que le montant de la majoration doit rester justifiable dans le cas d'espèce compte tenu des conditions prévalant effectivement sur le marché ainsi que du principe de proportionnalité.

²⁹ ALBRECHT, p. 156.

³⁰ Cf. aussi ALBRECHT, p. 157 s.

³¹ Cf. STEINER, p. 295 s.

l'autre sexe déjà en poste. Mais si ces personnes fournissent un travail non seulement de valeur égale mais aussi de même nature ou identique³², il est difficile de discerner un besoin de l'entreprise justifiant une rémunération différente due à la situation du marché, ou alors uniquement pour une courte durée. Dans une telle situation, en effet, le travail des personnes déjà en poste serait lui aussi particulièrement précieux (consid. 5c aa).

Comme le marché du travail est *morcelé en régions géographiques, secteurs d'activité et métiers plus ou moins sensibles aux fluctuations générales de la conjoncture*, il faut *définir le marché pertinent* lorsqu'on invoque la situation conjoncturelle pour justifier une différence de salaire entre des femmes et des hommes. Il importe en outre d'examiner *quels sont les facteurs qui influent sur ce marché et dans quelle mesure*. Si *l'existence et l'importance de ces facteurs déterminants* ne sont pas notoires, ils doivent être *attestés par des données économiques et des statistiques*. Le Tribunal fédéral précise – ce qui paraît évident dans ce contexte – que seuls peuvent entrer en ligne de compte des facteurs qui existaient réellement sur le marché considéré et qui ont effectivement influé sur la décision concrète de fixation du salaire. L'entreprise doit en outre *expliquer et démontrer la nécessité concrète dans laquelle elle se trouvait de s'écarter temporairement du principe de l'égalité salariale en raison du marché*. C'est en effet à ces conditions seulement qu'il est possible d'examiner dans quelle mesure la situation conjoncturelle peut justifier une différence de salaire entre hommes et femmes qui soit compatible avec le principe de l'égalité salariale (consid. 5c aa).

Concernant les faits jugés, le Tribunal fédéral soutient qu'une *inégalité de traitement en matière de rémunération entre des personnes de sexe différent qui ne peut pas être expliquée par le travail effectué ou par la conjoncture constitue une violation du principe de l'égalité salariale, même si elle est exceptionnelle ou ne concerne qu'un cas isolé* dans l'entreprise considérée (consid. 5c cc). *Les disparités salariales fondées sur des fluctuations de la conjoncture doivent être éliminées dans le cadre de la mise à jour périodique de la structure des salaires dès que cela est possible et raisonnable pour l'entreprise* (consid. 5c ee).

En conclusion, le Tribunal fédéral renvoie le dossier à l'instance précédente en la priant de vérifier plus en détail s'il existait des motifs justifiant une inégalité de rémunération et si la différence de salaire qui aurait pu être justifiée pendant une durée déterminée a été supprimée dans un délai convenable.

³² Dans l'ATF 125 III 368, consid. 5c aa), le TF utilise trois expressions : « travail de valeur égale » (« gleichwertige Arbeit »), « travail de même nature » (« gleichartige Arbeit ») et « travail identique » (« gleiche Arbeit »). Les deux dernières doivent à notre avis être considérées comme des synonymes.

Pour établir son nouveau jugement³³, l'instance inférieure (Tribunal cantonal de Saint-Gall) a étudié les données salariales, l'évolution des salaires et les descriptions de postes pour déterminer s'il y avait des différences ayant un impact sur la valeur du travail. Dans son jugement, le Tribunal cantonal relève que l'homme pris comme personne de référence était le seul candidat au poste à pourvoir et qu'il était donc en position de force pour négocier. L'écart salarial était en outre justifié par des motifs de nature sociale. Le tribunal a jugé une nouvelle fois que la différence de salaire était objectivement justifiée et qu'elle ne comportait pas de discrimination fondée sur le sexe. De plus, l'employeur a réduit cette différence, respectant ainsi le principe de l'égalité salariale dans la mesure de ses possibilités économiques.

La rédactrice de presse a de nouveau formé recours devant le Tribunal fédéral, réitérant ses griefs. Dans son arrêt 4C.57/2002, le TF reprend le raisonnement exposé dans l'ATF 125 III 368, soulignant que *les différences de salaire dues à la situation conjoncturelle ou à la position de force d'une nouvelle recrue dans la négociation salariale doivent être éliminées dans le cadre de la mise à jour périodique de la structure des salaires dans l'entreprise considérée* (consid. 4.1 s.)³⁴. En conséquence, *une différence de rémunération ne peut être justifiée par l'argument de la situation conjoncturelle ou par la position de force d'un employé dans la négociation salariale que si la proportionnalité est garantie*. Les éventuelles inégalités de traitement en matière de rémunération doivent donc, quels qu'en soient les motifs, être éliminées par l'entreprise dans le cadre de la mise à jour périodique de la structure des salaires (consid. 4.2). Pour évaluer le délai convenable dans lequel une différence de salaire due à la position de force d'un employé dans la négociation doit être éliminée, on doit se référer à la structure des salaires et du personnel au sein de l'entreprise concernée, et non pas à la position de celle-ci sur le marché (consid. 4.2). Le Tribunal fédéral précise que, *en l'absence de circonstances particulières et notamment de raisons économiques prépondérantes, il est*

³³ Tribunal du canton de Saint-Gall, arrêt BZ.1999.142-K3.

³⁴ Dans l'ATF 125 III 368, consid. 5c cc) et ee), le TF s'est prononcé au sujet de la position de force individuelle d'un employé dans la négociation salariale : il estime qu'elle est un aspect de la conjoncture économique au sens large seulement, mais qu'elle peut néanmoins, selon les circonstances, constituer un motif aussi valable que la situation conjoncturelle pour justifier des disparités salariales. A notre avis, la position de force individuelle d'un employé dans la négociation salariale dépend couramment, mais pas dans tous les cas, de la situation conjoncturelle ou de la situation sur le marché. Si certaines compétences sont rares sur le marché de l'emploi, cela renforce la position des personnes possédant de telles compétences dans la négociation avec leur employeur. A contrario, si l'offre de certaines compétences dépasse la demande, l'impact est défavorable. Il apparaît donc que ces deux motifs justificatifs se recoupent en partie sur le fond. Il est envisageable cependant que, malgré une offre suffisante sur le marché du travail, un employeur souhaite engager ou conserver à son service une personne déterminée, ce qui peut conférer à celle-ci une position de force dans la négociation salariale indépendante de la situation générale sur le marché de l'emploi.

raisonnable et approprié que la différence de salaire soit éliminée dans un délai ne dépassant pas une année calendaire (consid. 4.2). En conclusion, le Tribunal fédéral admet une partie du recours et annule une nouvelle fois la décision du Tribunal cantonal de Saint-Gall. Ce dernier a finalement fixé le montant de la différence de salaire due en se fondant sur les directives précises du Tribunal fédéral³⁵.

ATF 126 II 217 (2000)

Dans ce dossier, une enseignante d'une école de soins infirmiers psychiatriques demandait l'égalité salariale avec les enseignants de l'école professionnelle titulaires d'une maîtrise, classés dans une catégorie de traitement supérieure.

Le Tribunal fédéral a d'abord examiné si l'instance précédente avait apprécié convenablement l'analyse des fonctions simplifiée utilisée pour évaluer les activités professionnelles en cause ou si son appréciation méritait des critiques. Après avoir constaté l'absence d'équivalence entre la fonction d'enseignante en soins infirmiers psychiatriques et celle de maître d'enseignement professionnel d'après les critères employés dans la procédure scientifique d'évaluation, le TF évoque la question du financement de la formation et de la situation générale du marché du travail. Selon lui, *inclure dans l'évaluation globale les coûts encourus par le canton pour former les enseignantes en soins infirmiers psychiatriques et s'appuyer sur ce fait pour attribuer une classification plus élevée aux enseignants professionnels ne contrevient pas à l'interdiction de la discrimination* (consid. 8). En effet, *la jurisprudence définit le salaire au sens de l'art. 4, al. 2, 3^e phr., aCst. (art. 8, al. 3, 3^e phr., Cst.) comme comprenant non seulement un salaire en espèces, au sens étroit du terme, mais également toute rémunération versée pour un travail effectué. Cela inclut notamment le droit à un traitement pendant le congé de maternité et aux allocations accordées pour la famille, les enfants ou en raison de l'âge. La prestation versée doit cependant avoir un rapport étroit avec le travail* (consid. 8a). En l'espèce, *il existe bien un lien entre la formation et la rémunération des enseignantes en soins infirmiers psychiatriques* puisque le canton accorde un congé à ces futures enseignantes, leur offre la formation et, durant celle-ci (59 semaines), leur paie un salaire (consid. 8b). *Cette participation du canton à la formation des enseignantes en soins infirmiers psychiatriques justifie une certaine différence de salaire par rapport aux enseignants professionnels* (consid. 8b). De plus, les infirmières qui souhaitent suivre cette formation continue bénéficient du maintien de leur salaire et ne prennent aucun autre risque financier. Au contraire, la formation étant assortie d'un accord par lequel les futures enseignantes s'engagent à rester au service du canton pendant une durée déterminée, elles

³⁵ Tribunal du canton de Saint-Gall, arrêt BZ.2002.80-K3.

ont l'avantage d'avoir la garantie d'être employées comme enseignantes à l'issue de leur formation.

Se référant à l'ATF 125 I 71, le Tribunal fédéral rappelle qu'il n'est pas exclu par principe de prendre en compte des mécanismes du marché dans l'organisation d'un système de rémunération. Ainsi, lorsqu'il fixe le traitement des enseignants des écoles professionnelles, le canton peut tenir compte des perspectives de carrière qui leur sont offertes dans le secteur privé et de la rémunération correspondante auxquelles ces personnes renoncent. Cet alignement partiel sur le marché doit toutefois être considéré comme une *exception nécessaire dans la grille des salaires* et ne fonde en principe aucune obligation pour le canton d'adapter les traitements des catégories professionnelles ne se trouvant pas en concurrence avec le secteur privé. Il n'est pas interdit aux cantons d'adopter une approche globale en traitant de façon égale tous les maîtres de branches spécialisées (consid. 9b). Il s'ensuit que la situation du marché peut justifier que les enseignants professionnels titulaires d'une maîtrise bénéficient d'un traitement plus favorable que les enseignantes en soins infirmiers psychiatriques.

En conclusion, le Tribunal fédéral ne voit pas en l'espèce d'entorse à l'interdiction de discriminer, raison pour laquelle il rejette le recours.

ATF 131 II 393 (2005)

Le litige portait sur les prétentions d'infirmières et de cheffes d'unité faisant valoir que la classe de traitement attribuée à leurs fonctions respectives constituait une discrimination prohibée par l'art. 8 Cst. et l'art. 3 LEg. Les recourantes contestaient entre autres l'évaluation des postes réalisée à l'aide d'une analyse des fonctions simplifiée et la pondération des différents critères d'évaluation. Elles faisaient valoir en outre qu'elles avaient été discriminées lors de la révision des traitements à laquelle le canton avait procédé pour mettre en place la nouvelle classification car elles avaient été affectées à une classe de traitement inférieure dérogeant au résultat de l'évaluation des postes au détriment des employées.

Faisant référence à l'ATF 124 II 409, le Tribunal fédéral rappelle que *l'analyse simplifiée des fonctions n'est pas discriminatoire en soi* et qu'il s'est lui-même appuyé de manière répétée sur cette analyse pour ses propres appréciations. *L'analyse simplifiée des fonctions peut certes être réalisée de manière discriminatoire. Mais tel n'est pas le cas simplement parce que l'évaluation paraît inappropriée au regard de certaines théories de la science du travail ; il faut que l'évaluation soit effectivement discriminatoire à raison du sexe* (consid. 6.1). *Tout système de rémunération repose nécessairement sur une hiérarchie de valeurs qui peut être correcte ou erronée indépendamment de*

critères scientifiques. Une hiérarchie de valeurs est illicite uniquement si elle défavorise un sexe par rapport à l'autre sans raison objective (consid. 6.4).

En conséquence, le Tribunal fédéral estime que le classement des infirmières et des cheffes d'unité dans le système de rémunération n'est pas discriminatoire.

En revanche, en ce qui concerne la rétrogradation de ces employées dans l'échelle des traitements suite à la révision du système de rémunération du canton, le Tribunal fédéral considère qu'il est indispensable de motiver l'affectation à une autre classe de traitement que celle résultant d'une évaluation des postes au détriment des fonctions spécifiquement exercées par les personnes d'un sexe. Selon la jurisprudence du TF, un tel écart fait en général naître une présomption de discrimination, le fardeau de la preuve étant alors renversé en application de l'art. 6 LEg (consid. 7.1).

Rappelant l'ATF 125 I -71, le Tribunal fédéral explique qu'il n'est pas interdit au canton de baser son système de rémunération sur un marché plus large et de tenir compte des salaires de ce marché pour établir sa classification des traitements dans la mesure où, ce faisant, il ne sous-paie pas nettement un métier typiquement féminin de manière objectivement infondée et sans respecter l'évaluation du poste (consid. 7.3). Cependant, l'employeur ne saurait appliquer l'argument du marché du travail de manière à en tirer des conclusions qui défavoriseraient exclusivement un sexe, en l'absence de motifs objectifs sans rapport avec l'appartenance sexuelle, alors qu'elles resteraient sans conséquence pour l'autre sexe ou pour les fonctions neutres. De plus, le marché invoqué au titre d'élément de comparaison ne doit pas être en soi discriminatoire (consid. 7.4). Par conséquent, il incombe à l'employeur, en particulier lorsqu'il baisse les rémunérations, de s'assurer que les salaires du marché considéré utilisés pour la comparaison ne comportent pas eux-mêmes des éléments discriminatoires. De plus, il faut que les conditions du marché du travail que l'employeur invoque aient réellement existé sur le marché considéré et aient effectivement influé sur la décision de fixation du salaire (consid. 7.4).

Il n'est cependant pas interdit à une collectivité publique de définir ses fonctions de manière générale en tenant compte de la situation sur le marché de l'emploi. Mais si une méthode uniforme est employée pour évaluer les postes de l'ensemble du personnel, le fait d'invoquer l'argument du marché de l'emploi uniquement pour certaines fonctions constitue alors une distorsion dans la systématique de l'échelle salariale. Cette distorsion équivaut pour le moins à une discrimination à raison du sexe lorsqu'elle aboutit à rétrograder les traitements uniquement dans un domaine de fonctions où les femmes prédominent (consid. 7.5.2). Il n'est pas non plus acceptable de justifier un procédé unilatéral de cette nature par des difficultés budgétaires.

En ce qui concerne la décision de rétrogradation dans l'échelle des traitements, les intimés ne sont pas parvenus à balayer le soupçon de distorsion liée au sexe. Il convient donc, tranche le Tribunal fédéral, de qualifier de discriminatoire la classification des traitements contestée par les recourantes, lesquelles ont ainsi droit – rétroactivement dans la limite du délai de prescription et pour l'avenir – à un salaire non discriminatoire.

Arrêt du TF 4A_261/2011 (2011)

Dans ce dossier, la Tribunal fédéral devait statuer sur le grief de discrimination salariale allégué par une salariée d'une société de placement de personnel fixe et temporaire. Comme son collègue de travail masculin, la recourante était employée dans le secteur administratif de l'entreprise. Elle travaillait à 90 % alors que son collègue était occupé à plein temps. La recourante a ouvert une action pour discrimination salariale sexiste (art. 8, al. 3, Cst. et art. 3, al. 2, LEg) car, rapporté à un plein temps, son salaire était inférieur de 50 % à celui de son collègue de travail masculin.

Conformément à sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral rappelle que *des critères objectifs peuvent influencer la valeur du travail*. En font partie la *formation, le temps passé dans une fonction, la qualification, l'expérience professionnelle, le domaine concret d'activité, les prestations effectuées, les risques encourus et le cahier des charges*. Des *disparités salariales* peuvent également se justifier pour des motifs qui ne se rapportent pas directement à l'activité en cause, mais qui découlent de *préoccupations sociales, comme les charges familiales ou l'âge* (consid. 3.2).

Comme il l'avait déjà exposé dans l'ATF 130 III 145, consid. 5.2, le Tribunal fédéral explique que *la position de force d'un travailleur dans la négociation salariale et la situation conjoncturelle peuvent conduire à une différence de rémunération pour un même travail. Mais pour qu'un motif objectif puisse légitimer une différence de salaire, il faut qu'il influe de manière importante sur la prestation de travail et sur sa rémunération. L'employeur doit en outre démontrer que le but objectif qu'il poursuit répond à un véritable besoin de l'entreprise et que les mesures (discriminatoires) adoptées sont propres à atteindre le but recherché. Ces mesures doivent respecter le principe de la proportionnalité, lequel peut également être appliqué pour déterminer quelle ampleur pourrait avoir un écart de rémunération justifié* (consid. 3.2).

De plus, le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence selon laquelle *la situation conjoncturelle peut justifier des différences de salaire*. Mais une telle justification n'est possible que de manière limitée et temporaire. Il est par exemple envisageable qu'un employeur, du fait d'un besoin particulier, engage un travailleur spécialisé en lui octroyant pour un temps donné,

en raison de la situation du marché du travail, un salaire plus élevé que celui de la personne du sexe opposé déjà en place (consid. 3.3.6).

Dans le cas concret, le Tribunal fédéral a estimé qu'une disparité de rémunération de 50 % n'était pas justifiée car les deux employés avaient été engagés en même temps et l'employeur n'a pas pu démontrer que le salaire plus élevé de l'employé masculin était dû à la situation sur le marché du travail (consid. 3.3.6). En définitive, seuls deux critères ayant une influence sur la valeur même du travail pouvaient fonder une différence entre les deux salariés : l'employé mieux rémunéré possède des connaissances techniques solides et il parle couramment l'allemand et le suisse allemand. A la lumière du principe de proportionnalité, le Tribunal fédéral estime cependant que ces deux facteurs sont insuffisants pour justifier un écart de salaire de 50%. Il renvoie donc la cause à l'instance précédente en lui demandant de prendre une nouvelle décision tenant compte des considérations exposées (consid. 3.4).

Tribunal administratif du canton d'Argovie, WBE.2013.151 (2014)

Dans cette affaire, le Tribunal administratif du canton d'Argovie devait se prononcer sur les classes de traitement attribuées à des enseignants. Une enseignante de la petite enfance avait intenté une action car, se fondant avant tout sur une comparaison avec d'autres fonctions de l'administration cantonale, elle estimait que la classe de traitement qui lui avait été attribuée était discriminatoire. Le montant des traitements des enseignants argoviens et des employés de l'administration cantonale avait été fixé sur la base d'un système d'évaluation des postes appelé ABAKABA et en tenant compte des traitements antérieurs ainsi que des salaires de marché. Le Tribunal administratif du canton d'Argovie a ainsi été amené à étudier le système d'évaluation des postes ainsi que la question du salaire de marché.

Dans son arrêt, le tribunal commence par constater que *l'enseignement au jardin d'enfants* est un *métier typiquement féminin* (consid. 1). Cependant, le classement des enseignantes de la petite enfance dans une catégorie de traitement inférieure à celles d'une partie du personnel de l'administration cantonale ne suffit pas à constituer ni à rendre vraisemblable une discrimination au sens de l'art. 8, al. 3, Cst. et de l'art. 3 LEg car le système de classement salarial utilisé, qui a conduit à attribuer aux enseignants du jardin d'enfants une classe de traitement inférieure au résultat de l'évaluation des postes de travail, a été employé pour tous les postes d'enseignement des autres niveaux, et pas uniquement pour la fonction spéci-

quement féminine d'enseignante de la petite enfance. Le Tribunal administratif a donc examiné si les critères du salaire de marché et du salaire antérieur avaient eu un effet discriminatoire pour les enseignantes de la petite enfance (consid. 6 ss).

En ce qui concerne le personnel enseignant, le salaire de marché a joué un rôle central sur le plan du système de rémunération car il lui a été attribué un poids de 50 % dans l'évaluation des postes. Les concepteurs du système ont expliqué que le marché de l'emploi des enseignants était un marché très fermé, soumis avant tout à la concurrence des cantons voisins. Le Tribunal administratif s'est alors référé à la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle il n'est pas interdit à un canton de baser son système de rémunération sur un marché plus large et de tenir compte des salaires de ce marché³⁶. Cependant, l'employeur ne saurait appliquer l'argument du marché du travail de manière à en tirer des conclusions qui défavorisaient exclusivement un sexe en l'absence de motifs objectifs sans rapport avec l'appartenance sexuelle alors qu'elles resteraient sans conséquence pour l'autre sexe ou pour les fonctions neutres. Il convient d'examiner si les salaires entrant dans la comparaison ne comportent pas eux-mêmes des aspects discriminatoires. Dans le cas contraire, des discriminations existantes sur le marché du travail influeraient (de nouveau) sur le système de rémunération alors que l'évaluation des postes a précisément pour but de les éliminer³⁷.

Contrairement au personnel cantonal, les membres du *corps enseignant* ont des *fonctions hautement comparables entre elles*, observe le Tribunal administratif du canton d'Argovie (consid. 6.3.1). *Mais si l'on base les traitements du corps enseignant en grande partie sur le marché, cela suppose – selon la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée – que l'on fasse un relevé soigneux et suffisamment nuancé des salaires utilisés pour la comparaison. Il est donc indispensable de disposer d'une analyse détaillée du marché avant de procéder à toute adaptation des salaires résultant d'une évaluation analytique des postes aux salaires de marché si ceux-ci sont différents* (consid. 7.1.1). *Pour déterminer les salaires de marché, on ne peut pas se contenter, par exemple, de se baser sur les traitements minimaux payés dans d'autres cantons. Il faut aussi vérifier quelle est la formation demandée, le cadre salarial (écart entre le salaire minimal et le salaire maximal) et l'évolution du traitement (p. ex. hausses) des postes considérés* (consid. 7.1.3).

Une fois réunies les données permettant de faire une comparaison fiable avec le marché, il faut vérifier si les traitements versés dans les autres cantons entrant dans la comparaison sont bien exempts de discrimination. Selon le Tribunal administratif du canton d'Argovie, on peut s'appuyer pour cela sur différents éléments : le moment de la dernière révision des traitements, l'examen ou non du

³⁶ ATF 125 I 71, consid. 4d aa).

³⁷ ATF 131 II 393, consid. 7.4.

classement salarial des enseignants par un tribunal et l'imputation éventuelle du niveau inférieur des salaires des enseignants au fait que les salaires en général sont bas dans le canton considéré. Il est préférable de limiter la comparaison aux cantons voisins qui, d'après le résultat de l'analyse qui vient d'être décrite, offrent une certaine garantie d'absence de discrimination dans leur classification des traitements (consid. 7.2).

En l'espèce, le Tribunal administratif du canton d'Argovie constate que la prise en compte du critère du salaire de marché a entraîné, par rapport aux traitements calculés à l'aide du système d'évaluation des postes, une diminution beaucoup plus importante pour les enseignants de la petite enfance que pour les enseignants des autres niveaux (consid. 7.3). Il constate également que le critère du salaire antérieur, analogue à celui marché, a surtout péjoré les traitements des enseignantes de la petite enfance (consid. 8.2). Le Tribunal administratif admet en partie le recours et renvoie la cause à l'instance précédente, en la priant de revoir la classification salariale des enseignants du jardin d'enfants et de fixer à nouveau le traitement de la recourante en s'appuyant sur une comparaison avec le marché qui satisfasse aux critères décrits dans les considérants ainsi que sur les salaires antérieurs, pour autant qu'ils ne perpétuent pas d'anciennes discriminations (consid. 9.1).

ATF 141 II 411 (2015)

Dans son arrêt du 1^{er} décembre 2015, le Tribunal fédéral examine une décision de classification des traitements que l'enseignante du degré primaire du canton d'Argovie concernée estimait discriminatoire au sens de l'art. 8, al. 3, 3^e phr., Cst. en liaison avec l'art. 3, al. 2, LEg. Dans son recours, l'enseignante alléguait que l'enseignement dans le degré primaire et les classes d'introduction était une activité typiquement féminine, comparativement moins bien rémunérée que des activités équivalentes dans l'administration cantonale.

Dans ce cas aussi, le classement salarial avait été effectué au moyen du système ABA-KABA³⁸, un système d'évaluation analytique des postes. Deux autres facteurs avaient été pris en compte dans le calcul du salaire : le salaire antérieur de la fonction considérée et le salaire de marché (consid. 4.1). En l'espèce, l'instance précédente avait conclu que, pour des raisons historiques principalement, le métier d'enseignant du primaire devait être qualifié de neutre sous l'angle du genre si bien qu'il fallait d'emblée écarter l'allégation de discrimination indirecte fondée sur le sexe (consid. 5.1 s.).

³⁸ Cf. aussi arrêt du tribunal administratif du canton d'Argovie, WBE.2013.151 (2014) supra.

Le Tribunal fédéral se penche donc en premier lieu sur la *question contestée du caractère sexospécifique ou non de l'enseignement primaire* (consid. 5.1). Il rappelle que l'on est en présence d'une discrimination indirecte lorsqu'une réglementation formellement neutre du point de vue du sexe a pour effet de désavantager une proportion nettement plus importante voire prépondérante de personnes de l'un des deux sexes par rapport aux personnes du sexe opposé sans que cela soit justifié objectivement. Par conséquent, on est en présence d'une *discrimination salariale à raison du sexe lorsqu'il existe, au détriment d'un travail identifié comme sexospécifique, des différences de salaire ne reposant pas sur des motifs objectifs*. A contrario, il n'y a pas de discrimination salariale lorsque le travail à fournir ou la fonction à exercer se révèlent justifier la différence de salaire. Qu'elle soit observée dans une comparaison entre deux personnes ou dans le classement des professions typiquement féminines, *une disparité salariale est objectivement justifiée lorsqu'elle repose sur des critères objectifs³⁹ ou lorsqu'elle est motivée par des considérations sans rapport avec le sexe* (consid. 6.1.2).

Il y a donc lieu d'établir que la fonction considérée a un caractère sexospécifique avant de pouvoir envisager l'existence d'une discrimination indirecte à raison du sexe (consid. 6.1.3). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faut admettre qu'une fonction a un caractère spécifiquement féminin lorsque la proportion de femmes exerçant cette fonction est nettement supérieure à 70 %. La qualification d'une activité professionnelle peut être influencée par la dimension historique et son association à un genre plutôt qu'à l'autre peut aussi varier au fil du temps (consid. 6.2). S'appuyant sur ses arrêts antérieurs, sur différents auteurs et sur des évaluations statistiques récentes, le Tribunal fédéral revient finalement sur sa *qualification du métier d'enseignant du primaire*. Il estime en effet que *la dimension historique doit passer à l'arrière-plan lorsqu'une profession, suite à une évolution numérique étalée sur une longue durée, présente un caractère clairement sexospécifique au moment où le tribunal procède à l'appréciation dans un cas d'espèce* (consid. 8.2.1). Lorsqu'une fonction est exercée par plus de 70 % de femmes chez un employeur, on peut admettre que cela est dû non pas au hasard, mais bien à la *sexospécificité de la fonction en question*. L'appréciation doit reposer sur les ratios entre les sexes chez l'employeur visé. Si ces ratios sont peu parlants, on peut se référer aux ratios à l'échelle de la Suisse à titre de critère auxiliaire (consid. 6.4 et consid. 9.1).

³⁹ La jurisprudence résumée ici montre les critères dont le caractère objectif est admis : ce sont les facteurs qui influent sur la valeur du travail, comme la formation, l'ancienneté, les qualifications, l'expérience, le domaine de tâches concret ou encore le travail fourni, pour autant qu'ils se reflètent dans le résultat du travail ; ce sont aussi les risques. Il peut également s'agir de motifs à caractère social, comme la charge de famille ou l'âge. Enfin, des facteurs extérieurs, comme la situation conjoncturelle, peuvent être pris en compte dans la mesure où cela correspond à un véritable besoin de l'entreprise.

La proportion de femmes dans l'enseignement primaire est nettement supérieure à 70 % au niveau suisse. De plus, différents travaux statistiques attestent que l'augmentation du nombre de femmes dans l'enseignement primaire constitue une évolution continue et constante observée en particulier au cours des vingt dernières années. On peut donc exclure qu'il s'agisse d'un phénomène de courte durée. De plus, la perception de cette profession dans la société a tellement changé entre-temps que l'on ne saurait plus accorder une importance essentielle à la dimension historique. Aussi faut-il considérer que la fonction d'enseignant du primaire n'est plus, comme il y a encore quelques années, neutre du point de vue du genre mais bien typiquement féminine. En conséquence, si l'on constatait que les membres du corps enseignant du primaire sont désavantagés sur le plan salarial, ce désavantage devrait être qualifié de discrimination à raison du sexe (consid. 9.2).

Le Tribunal fédéral permet ainsi l'examen de l'existence ou non de la discrimination indirecte au sens de l'art. 3 LEg alléguée par la recourante. Il annule la décision contestée et renvoie la cause à l'instance précédente pour nouveau jugement (consid. 10).

C. Critères d'admissibilité de la prise en compte des salaires de marché et de la situation conjoncturelle

Lors de l'examen de différentes actions en égalité salariale (cf. chap. B supra), le Tribunal fédéral a dû de pencher à plusieurs reprises sur la question de savoir dans quelles conditions il est admissible de prendre en compte la situation conjoncturelle dans la rémunération du personnel et donc de tenir compte du marché pour fixer les salaires. Il a ainsi été conduit à établir des critères permettant de déterminer dans quelle mesure les salaires de marché et la situation conjoncturelle sont des éléments admissibles. Ces critères sont résumés dans le présent chapitre.

Dans l'ATF 113 Ia 107, le Tribunal fédéral statue déjà que *la fixation du salaire par l'employeur en tenant compte de la situation conjoncturelle est en principe compatible avec le principe de l'égalité salariale*⁴⁰. Dans sa jurisprudence, il a néanmoins assujéti cette règle au respect de conditions déterminées.

I. Critères généraux

- La *situation conjoncturelle*⁴¹ peut être invoquée pour *justifier une inégalité salariale* dans la mesure où elle a le *pouvoir d'influer sur les conditions d'engagement du travailleur ou de la travailleuse*⁴².
- Il faut *définir le marché (du travail) pertinent*⁴³ *touché par une fluctuation de la conjoncture*⁴⁴ et *déterminer les facteurs qui influent sur ce marché ainsi que l'importance de leur*

⁴⁰ ATF 113 Ia 107, consid. 4a.

⁴¹ Ou, dans des cas particuliers, la position de force d'un employé dans la négociation salariale.

⁴² ATF 113 Ia 107, consid. 4a ; ATF 126 II 217 ; ATF 125 III 368, consid. 5c cc).

⁴³ ATF 125 III 368, E. 5c aa) : il faut préciser l'étendue géographique du marché (du travail) pertinent ainsi que les secteurs d'activité et les métiers concernés.

⁴⁴ Il n'est pas possible de dire de manière générale à partir de quelle ampleur une évolution du marché constitue une fluctuation de la conjoncture au sens requis par la jurisprudence. Pour établir l'existence d'une fluctuation de la conjoncture, il faut en principe s'appuyer sur des statistiques salariales pour déterminer dans quelle mesure les salaires ont changé sur un marché (du travail) donné. Il peut également être intéressant, dans ce contexte, de savoir si la fluctuation observée sur le marché considéré est inférieure, supérieure ou analogue aux changements qui pourraient avoir affecté la situation conjoncturelle en général. Pour qu'une fluctuation conjoncturelle sur le marché (du travail) considéré puisse être prise en compte, il faut qu'elle s'étende sur une durée correspondant au minimum à la période pendant laquelle il est possible d'adapter les salaires à la hausse ou à la baisse.

impact. Si l'existence et le poids des facteurs déterminants ne sont pas notoires, ils doivent être attestés par des données économiques et statistiques⁴⁵.

- *La différence de rémunération ne doit pas être supérieure à la fluctuation de la conjoncture attestée⁴⁶.*
- *L'employeur qui invoque la situation conjoncturelle pour justifier une disparité salariale doit démontrer que les circonstances en question existent véritablement sur le marché considéré⁴⁷.*
- *La différence de rémunération ne doit pas être liée au sexe des employés concernés⁴⁸.*
- *La différence de rémunération ne doit pas conduire à sous-payer un métier typiquement féminin par rapport à un métier typiquement masculin ou réputé neutre⁴⁹ en dérogation au résultat d'une évaluation scientifique des fonctions⁵⁰.*
- *Le marché pris en considération à des fins de comparaison⁵¹ ne doit pas être lui-même discriminatoire à raison du sexe⁵².*

⁴⁵ ATF 125 III 368, consid. 5c.

⁴⁶ ATF 125 III 368, consid. 5c.

⁴⁷ ATF 113 Ia 107, consid. 4a. Il convient toutefois de relever que l'établissement de l'existence de fluctuations conjoncturelles au moyen de statistiques ne constitue pas une preuve applicable au cas d'espèce car les statistiques reflètent normalement une situation générale ou une moyenne. Dans le cas d'espèce, la preuve doit être apportée en plaçant les statistiques en regard des faits invoqués dans la procédure.

⁴⁸ ATF 125 I 71, consid. 4d ; ATF 125 III 368, consid. 5c.

⁴⁹ Lire également sous D.II infra les considérations concernant la qualification des professions comme typiquement féminines ou typiquement masculines.

⁵⁰ ATF 125 I 71, consid. 4d.

⁵¹ WBE.2013.151, dans : AGVE 2014, p. 247 ss. Les données relevées concernant le niveau des salaires sur le marché utilisé comme élément de comparaison doivent être suffisamment différenciées. Par exemple, il ne suffit pas de se baser sur les salaires minimaux en vigueur sur le marché de référence pour déterminer le salaire de marché. Il faut aller plus loin dans l'enquête et réunir des données concernant par exemple la formation exigée, le cadre salarial (c.-à-d. l'écart entre le salaire minimal et le salaire maximal) ou l'évolution des salaires sur le marché pertinent.

⁵² ATF 126 II 217, consid. 9 ; ATF 131 II 393, consid. 7.4 ; WBE.2013.151, dans : AGVE 2014, p. 250. Pour vérifier si les salaires pratiqués sur le marché -entrant dans la comparaison ne comportent pas de discriminations, on peut par exemple contrôler quand et sur la base de quels critères a eu lieu la dernière révision du système de rémunération, si un classement salarial déterminé a été confirmé lors d'une précédente procédure judiciaire ou si le niveau éventuellement plus bas d'un salaire de marché n'est pas imputable au niveau général inférieur des salaires sur le marché de référence.

II. Autres critères de la 1^{ère} Cour de droit civil du Tribunal fédéral

La 1^{ère} Cour de droit civil du Tribunal fédéral a en outre établi les critères suivants :

- La *prise en compte* dans la fixation du salaire *de la situation conjoncturelle ou de la position de force d'un employé dans la négociation* doit répondre à un *besoin véritable de l'entreprise*⁵³.
- Lorsqu'il fixe une rémunération différente en tenant compte des conditions du marché ou de la position de force d'un employé dans la négociation salariale, l'employeur est en outre tenu de respecter le *principe de la proportionnalité* : la différence de rémunération consentie doit être *appropriée et nécessaire pour atteindre le but visé par l'entreprise*⁵⁴. De plus, l'entreprise ne peut verser la différence de rémunération motivée par la situation du marché ou la position de force de l'employé que *temporairement, c'est-à-dire pendant une durée limitée*⁵⁵. La différence de rémunération ne doit *pas être versée plus longtemps que nécessaire* et elle doit être *éliminée lors de la révision périodique de la structure des salaires de l'entreprise*⁵⁶. En l'absence de circonstances particulières, par exemple des raisons économiques importantes, il est *raisonnable et approprié d'exiger que la différence de salaire soit éliminée dans un délai maximal d'une année calendaire*⁵⁷.

⁵³ ATF 125 III 368, consid. 5 ; ATF 130 III 145, consid. 5.2 ; arrêt du TF 4A_261/2011, consid. 3.2.

⁵⁴ ATF 125 III 368, consid. 5c ; ATF 130 III 145, consid. 5.2 ; arrêt du TF 4A_261/2011, consid. 3.2.

⁵⁵ ATF 113 Ia 107, consid. 4a ; ATF 125 III 368, consid. 5c cc) et ee).

⁵⁶ ATF 125 III 368, consid. 5c.

⁵⁷ Arrêt du TF 4C.57/2002, consid. 4.2 ; ATF 130 III 145, consid. 5.2.

D. Conséquences sur la fixation des rémunérations dans le secteur privé et le secteur public

Comme exposé dans les développements qui précèdent, la constitution, la législation et la jurisprudence du Tribunal fédéral s’y rapportant imposent des exigences à respecter dans les échelles salariales et la pratique des employeurs en matière de fixation des salaires. La présente étude s’intéresse avant tout aux implications découlant de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au cadre que le constituant et le législateur ont voulu donner à l’art. 8, al. 3, 3^e phr., Cst et à l’art. 3, al. 2, LEg. Nous allons donc reprendre les critères du Tribunal fédéral relatifs à l’admissibilité de la prise en compte des salaires de marché et de la situation conjoncturelle résumés dans le chapitre précédent afin d’identifier les répercussions possibles de cette jurisprudence sur l’évolution et la pratique des employeurs en matière de fixation des salaires.

I. Influence de la situation conjoncturelle sur les conditions d’engagement, marché (du travail) pertinent, preuve de la fluctuation de la conjoncture

En principe, les employeurs ne peuvent invoquer la situation conjoncturelle pour justifier une inégalité de rémunération que si elle a une influence sur les conditions d’engagement. En d’autres termes, il faut que les conditions d’engagement en cause soient dépendantes d’une manière ou d’une autre de la situation du marché ou de la conjoncture ou, tout au moins, qu’elles soient en rapport avec cette situation. Ainsi, l’argument de la situation conjoncturelle est envisageable uniquement pour les métiers dans lesquels le recrutement est soumis à des conditions qui sont pour le moins proches de celles du marché⁵⁸. De surcroît, le Tribunal fédéral considère que la position de force d’un employé dans la négociation, à l’instar de la situation conjoncturelle, est appropriée pour justifier un écart salarial. Même s’il existe souvent un lien entre ces deux motifs justificatifs admis par le Tribunal fédéral⁵⁹, certaines circonstances peuvent néanmoins inciter un employeur à souhaiter engager ou conserver à son service une personne en particulier, ce qui peut conférer à celle-ci une position de force dans la négociation salariale indépendamment de la situation générale sur

⁵⁸ Dans ce contexte, on parle de situation proche des conditions du marché car le marché du travail est soumis à des distorsions relativement fortes : l’offre et la demande, agents déterminants du marché, sont perturbés dans leur fonctionnement par les interventions diverses du législateur, des partenaires sociaux, etc. Cette distorsion est toutefois variable selon les segments du marché, en fonction de leur degré de réglementation.

⁵⁹ Cf. nbp 34 en p. 12.

le marché de l'emploi. Dans de telles circonstances, comme lorsque la conjoncture est invoquée, le versement d'un salaire « exceptionnel » est admissible uniquement dans la mesure où il répond à un besoin de l'entreprise, pour autant que la proportionnalité soit garantie et pour une durée limitée. En effet, le principe de l'égalité de la rémunération s'oppose à une discrimination salariale même exceptionnelle entre employés de sexe opposé⁶⁰. Pour pouvoir déroger à l'échelle salariale de l'entreprise lors du recrutement de nouveaux employés afin de faire face à la situation conjoncturelle, l'employeur doit établir des faits concernant le marché (du travail) affecté par la fluctuation de la conjoncture : il doit définir le marché pertinent, identifier les facteurs en jeu et déterminer leur importance. L'entreprise apportera des éléments de preuve revêtant en général la forme de données économiques et statistiques, sauf si la situation invoquée est notoire. L'ampleur de la fluctuation conjoncturelle ainsi constatée fixe le cadre à l'intérieur duquel il est possible de pratiquer une différence de rémunération.

II. Interdiction d'établir un lien avec le sexe, sexospécificité de la profession, marché pris comme élément de comparaison

En vertu du principe fondamental de l'art. 8, al. 3, 3^e phr., Cst. et de l'art. 3, al. 2, LEg, une différence de rémunération ne peut pas être liée directement ou indirectement au sexe des travailleurs concernés. Dans le cas contraire, il s'agit d'une discrimination et donc d'une violation de ces dispositions. Comme l'art. 8, al. 3, 3^e phr., Cst. et l'art. 3 LEg s'appliquent de la même manière aux employeurs privés et aux employeurs de droit public⁶¹, ce principe doit être respecté dans les systèmes de rémunération de tous les employeurs. Si des métiers peuvent être qualifiés de typiquement féminins ou typiquement masculins, les employeurs doivent s'assurer que la conception de leur système salarial n'aboutit pas à rémunérer moins bien un métier qualifié de typiquement féminin qu'un métier qualifié de typiquement masculin ou de neutre du point de vue du genre en dérogation au résultat d'une évaluation scientifique des postes.

Quand une profession est-elle considérée comme typiquement féminine ? Pendant longtemps, la doctrine et la jurisprudence n'ont pas suffisamment analysé cette question. Elles

⁶⁰ ATF 125 III 368, consid. 5c cc).

⁶¹ ATF 124 II 409, consid. 1e ; ATF 125 III 368, consid. 3.

estiment cependant qu'il faut s'appuyer d'abord sur la dimension quantitative et statistique⁶². Se référant à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁶³, le Tribunal fédéral a établi une règle générale : il faut que la catégorie défavorisée compte une proportion de personnes de l'un des deux sexes nettement plus importante que la proportion de personnes du sexe opposé⁶⁴. On notera que cette formulation reflète l'idée fondamentale de la loi sur l'égalité selon laquelle elle peut être invoquée aussi bien par les femmes que par les hommes⁶⁵. Depuis, le Tribunal fédéral a précisé que, pour être qualifié de typiquement féminin, un métier doit de manière générale comporter une proportion de femmes supérieure à 70 %⁶⁶. Les ratios déterminants sont ceux de l'employeur en cause. Si les ratios observés chez l'employeur sont peu parlants⁶⁷, il est possible de se référer aux ratios à l'échelle de la Suisse à titre de critère d'appréciation auxiliaire⁶⁸. Il est en outre possible de tenir compte de la dimension historique⁶⁹. Cependant, la sexospécificité d'un métier peut changer au fil du temps⁷⁰. Si, au moment de l'appréciation, une profession présente une sexospécificité claire sur le plan quantitatif suite à un processus d'évolution de longue durée, cet élément repousse à l'arrière-plan une éventuelle dimension historique⁷¹. Toujours selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, on peut cependant admettre en règle générale que l'existence d'une proportion de femmes supérieure à 70 % chez un employeur n'est pas le fruit du hasard, mais reflète la sexospécificité de la fonction incriminée⁷². Il ne faut toutefois pas que le nombre absolu d'employés soit tellement faible que la répartition entre les sexes puisse apparaître comme aléatoire. En outre, on doit pouvoir exclure que la proportion de personnes de l'un des deux sexes constitue un phénomène de

⁶² ALBRECHT, p. 96 ; ATF 141 II 411, consid. 6.2 ; arrêt du TF 8C_78/2009, consid. 5.2 ; ATF 124 II 529, consid. 5e.

⁶³ ATF 124 II 529, consid. 5g, et les références à CJUE C-243/95, Hill, points 24 et 44 ; CJUE C-1/95, Gerster, point 30 ; CJUE 170/84, Bilka, points 29, 31 et 36.

⁶⁴ ATF 124 II 529, consid. 5e.

⁶⁵ Les observations faites à ce jour tendent néanmoins à montrer que ce sont essentiellement des femmes ou des groupes de femmes qui ont eu à se défendre contre des discriminations en invoquant la LEg.

⁶⁶ ATF 141 II 411, consid. 6.2 ; arrêt du TF 8C_78/2009, consid. 5.2 ; ATF 125 II 530, consid. 2b.

⁶⁷ C'est le cas, par exemple, si la limite des 70 % est tout juste franchie chez l'employeur concerné ou si le nombre absolu d'employés est si faible que la proportion élevée de femmes peut être le fruit du hasard.

⁶⁸ ATF 141 II 411, consid. 6.4 et consid. 9.1.

⁶⁹ FREIVOGEL, Commentaire ad art. 3 LEg, n° 103 s. ; ATF 141 II 411, consid. 6.2 ; ATF 124 II 529, consid. 5e ; ATF 125 II 530, consid. 2b ; arrêt du TF 8C_78/2009, consid. 5.2.

⁷⁰ ATF 141 II 411, consid. 6.2.

⁷¹ ATF 141 II 411, consid. 8.2.1.

⁷² ATF 141 II 411, consid. 9.1.

courte durée. Outre les statistiques sur la proportion d'hommes et de femmes, la perception dans la société de la sexospécificité d'un métier peut jouer un rôle⁷³.

Selon la conception défendue ici, la qualification de la sexospécificité d'une profession au moyen de la règle des 70 % n'est réellement admissible qu'en tant que principe général. Des exceptions doivent rester possibles, c'est-à-dire des entorses à la règle car, comme l'indique le Tribunal fédéral lui-même, la dimension historique peut entrer en ligne de compte dans la qualification dans la mesure où une évolution numérique sur le long terme ne signale pas clairement une sexospécificité. Il est en outre envisageable – et le Tribunal fédéral le reconnaît également – que la perception actuelle de la société ait une influence sur la qualification et l'évaluation d'un métier. Des éléments comme la dimension historique ou la perception actuelle de la société doivent être pris en compte au moins en complément à la dimension statistique si, au moment de la qualification, ils ont un impact sur la profession en cause et sa rémunération. Le respect de la règle des 70 % à un moment donné, alors que le ratio hommes-femmes est en constante évolution dans de nombreux métiers, ne plaide pas en faveur d'une prise en compte exclusive ou excessive de la dimension quantitative. Dans ce sens, une application stricte de la règle risquerait de faire obstacle à des décisions appropriées dans les cas d'espèce. Nous sommes d'avis que cette jurisprudence du Tribunal fédéral, qui s'articule autour de l'exigence d'un pourcentage plus ou moins fixe pour qualifier un métier de féminin ou de masculin, n'est pas la seule bonne solution bien que le TF, dans son tout dernier arrêt, ait précisé sa pratique sur ce point d'une manière qui nous semble judicieuse (voir supra). On pourrait aussi envisager d'admettre qu'une discrimination indirecte puisse être invoquée en effectuant une comparaison avec une catégorie qui ne correspond pas à un métier typiquement féminin ou masculin selon la jurisprudence du Tribunal fédéral mais qui présente, par rapport à d'autres catégories entrant dans la comparaison, un taux plus élevé de femmes ou d'hommes.

Si l'employeur se réfère à un marché (de l'emploi) déterminé pour comparer les exigences et le niveau des salaires, il est tenu de s'assurer que le marché entrant dans la comparaison

⁷³ ATF 141 II 411, consid. 9.2.

n'a pas lui-même des effets discriminatoires pour l'un des deux sexes⁷⁴. En effet, on ne saurait justifier une discrimination par une autre, sinon les discriminations à raison du sexe qui pourraient subsister sur le marché continueraient de peser sur le système de rémunération⁷⁵. L'employeur doit avoir pour but d'identifier les fonctions effectivement comparables au moyen d'une méthode scientifique d'évaluation du travail et, indépendamment du caractère typiquement féminin, masculin ou neutre du profil professionnel considéré, d'éliminer les discriminations salariales.

III. Besoin de l'entreprise et proportionnalité

Alors que les critères d'admissibilité des salaires de marché et de la prise en compte de la situation conjoncturelle discutés sous D.I et D.II supra ont été adoptés comme règle générale à la fois par les Cours de droit public et par la 1^{ère} Cour de droit civil du Tribunal fédéral, cette dernière a développé dans ses arrêts relatifs au salaire de marché des conditions supplémentaires récemment reprises par la 1^{ère} Cour de droit social⁷⁶.

Ainsi, les employeurs qui invoquent la situation conjoncturelle ou la position de force d'un employé dans la négociation salariale pour justifier une différence de rémunération doivent apporter la preuve que la prise en compte de la situation du marché (de l'emploi) ou des exigences d'un employé déterminé répondait à une véritable nécessité pour l'entreprise. L'employeur doit donc démontrer que, sur le marché (du travail) pertinent, il n'aurait pas été possible, par exemple, de recruter l'employé dont l'entreprise avait besoin sans lui offrir un salaire dérogeant (vers le haut) à l'échelle salariale ou que le recrutement répondait pour le moins à un véritable besoin de l'entreprise malgré l'entorse aux conditions d'engagement habituelles.

⁷⁴ Jusqu'ici, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur l'ampleur que cet examen doit revêtir. Il est cependant possible de se baser sur différents éléments pertinents pour vérifier si les salaires pratiqués sur le marché pris comme élément de comparaison ne comporteraient pas des discriminations. Pour vérifier si les salaires pratiqués sur le marché entrant dans la comparaison ne comportent pas de discriminations, on peut par exemple contrôler quand et sur quels critères a eu lieu la dernière révision du système de rémunération, si un classement salarial déterminé a été confirmé lors d'une précédente procédure judiciaire ou si le niveau éventuellement plus bas d'un salaire de marché n'est pas imputable au niveau général inférieur des salaires sur le marché de référence. La comparaison ne peut porter que sur des marchés qui offrent une certaine garantie d'absence de discrimination dans la fixation des salaires (cf. WBE.2013.151, dans : AGVE 2014, p. 250).

⁷⁵ ATF 131 II 393, consid. 7.4.

⁷⁶ Cf. ATF 141 II 411, consid. 6.1.2, concernant le besoin de l'entreprise et la proportionnalité ainsi que l'ATF 136 II 393, consid. 11.3, concernant le besoin de l'entreprise.

Le Tribunal fédéral impose en outre aux employeurs qui motivent une rémunération différente par les conditions du marché ou la position de force de l'employé dans la négociation salariale de respecter le principe de proportionnalité. Cela signifie que l'écart salarial doit être à la fois approprié et nécessaire pour atteindre le but de l'entreprise. Il doit également être raisonnable, le caractère raisonnable étant apprécié par rapport aux autres employés moins bien rémunérés entrant dans la comparaison. Selon le Tribunal fédéral, une inégalité de traitement est raisonnable lorsque l'employeur limite sa durée au temps nécessaire, c'est-à-dire qu'il l'élimine, sauf circonstances particulières, dans le délai d'une année, dans le cadre de la révision périodique de la structure des salaires de l'entreprise. Ainsi, en ce qui concerne l'adéquation de la mesure prise, l'employeur doit faire la démonstration que l'écart salarial (vers le haut) par rapport à l'échelle salariale est propre à convaincre le candidat visé de prendre le poste. Il doit en outre démontrer que l'ampleur de l'écart est nécessaire pour que l'employé concerné soit effectivement prêt à fournir le travail demandé par le poste à pourvoir. Enfin, pour garantir que l'écart salarial est raisonnable, l'employeur est en principe tenu de l'éliminer dans le délai d'une année calendaire dans le cadre d'une révision périodique de la structure des salaires de son entreprise. Dans la pratique, cela se traduit plutôt par un relèvement du salaire des employés qui gagnent moins pour un travail de même valeur car il n'est guère possible de diminuer des salaires, hormis dans des situations économiques exceptionnelles.

Bien qu'elle ait été évoquée puis introduite par la 1^{ère} Cour de droit civil, cette jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux motifs justifiant des inégalités salariales entre les sexes semble avoir évolué récemment, tendant à accroître le poids de l'examen de la proportionnalité et donc à imposer des exigences plus strictes aux justifications fondées sur le critère du salaire de marché ou de la situation conjoncturelle⁷⁷.

⁷⁷ FREIVOGEL, Commentaire ad art. 3 LEg, n° 152.

E. Appréciation de la pratique du Tribunal fédéral

I. Point de vue des employeurs

Le Tribunal fédéral a imposé des limites relativement strictes à l'utilisation par les employeurs d'arguments tels que la situation conjoncturelle, la situation sur le marché ou le marché du travail ou encore la position de force d'un employé dans la négociation salariale comme motifs justifiant une différence de rémunération entre femmes et hommes⁷⁸. Il exige notamment qu'une inégalité salariale existante soit en principe corrigée ou que les salaires concernés soient réajustés dans le délai d'un an, sauf circonstance particulière⁷⁹. Cette règle, développée par la 1^{ère} Cour de droit civil et récemment reprise par la 1^{ère} Cour de droit social, peut, du point de vue des employeurs, difficilement être généralisée telle quelle. En effet, ce qui détermine principalement la valeur du travail, indépendamment du sexe des travailleurs, c'est le fait qu'il soit proposé pendant une période de pénurie ou pendant une période d'abondance. A quel moment faut-il corriger les disparités salariales lorsque la situation de l'offre et de la demande évolue ? Dans un système d'économie de marché, la réponse devrait en principe venir du marché, et non pas du juge⁸⁰. Mais cela implique que l'employeur doit faire évoluer les différences de rémunération pour les adapter au marché. Par conséquent, le salaire proposé en période de pénurie aux personnes présentant les qualifications requises pour un poste devrait, en cas de détente du marché du travail, être ramené au niveau habituel pour des fonctions comparables. Cependant, si une baisse de salaire ne paraissait pas indiquée pour des raisons liées au marché, il faudrait en déduire, sauf circonstance particulière, que le travail d'autres personnes exerçant des fonctions de même nature est lui aussi particulièrement précieux dans la situation du moment⁸¹. Ainsi, l'argument du marché ne permettrait plus de justifier une disparité salariale contraire à l'égalité entre les sexes et il faudrait, le cas échéant, relever le salaire des personnes engagées antérieurement.

En ce qui concerne le marché (du travail), il semble que les Cours de droit public du Tribunal fédéral soient parties de prémisses en partie différentes de la 1^{ère} Cour de droit civil. Jusqu'ici, la jurisprudence dans le domaine du droit public a en principe admis tout motif objectif non lié au sexe pour justifier une inégalité de traitement salarial. Elle lui accordait

⁷⁸ STAUBER-MOSER, p. 1361 s.

⁷⁹ ATF 130 III 145, consid. 5.2 ; ATF 125 III 368, consid. 5c.

⁸⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 CO, n. 20 ; Commentaire bâlois, PORTMANN, Art. 322 CO, n. 15 ; d'un autre avis, MATEFI, p. 1329 ss.

⁸¹ ATF 125 III 368, consid. 5c.

d'emblée une grande importance, jugeant inutile d'en vérifier la proportionnalité et de le limiter. La 1^{ère} Cour de droit civil, au contraire, accepte le critère du marché non pas en tant que motif objectif, mais uniquement à titre de dérogation soumise au principe de la proportionnalité et donc limitée dans le temps⁸². Cette jurisprudence a été récemment reprise par la 1^{ère} Cour de droit social du Tribunal fédéral. Elle estime, de concert avec une partie de la doctrine⁸³, que le marché en lui-même a des effets discriminatoires et qu'il n'est donc possible de le prendre en compte que de manière temporaire, comme une exception requérant une justification⁸⁴. Du côté des employeurs, on objecte que le marché ne fait pas de distinction entre les sexes et qu'il ne produit des résultats discriminatoires que lorsqu'il fonctionne mal en raison de distorsions. Dans ce cas, la solution réside non pas dans la mise hors circuit des forces du marché, mais dans l'amélioration de leur fonctionnement. Cette opinion, qui avait jusqu'ici la faveur d'une partie de la doctrine et des Cours de droit public du Tribunal fédéral⁸⁵, pourrait reposer sur le message relatif à la loi sur l'égalité, où il est expliqué que la LEg ne perturbera pas le fonctionnement du marché, mais au contraire l'améliorera en éliminant des distorsions de concurrence⁸⁶. En se fondant sur cette argumentation, les employeurs peuvent défendre l'idée que la prise en compte d'aspects liés au marché devrait être admissible à titre principal et non pas uniquement pour justifier des exceptions. Au final, l'argument du marché serait irrecevable uniquement dans la mesure où il engendre des discriminations à raison du sexe⁸⁷.

II. Point de vue des employés

Les difficultés que pose l'argument du salaire de marché dans la pratique judiciaire apparaissent dans différents arrêts. Peut-être tiennent-elles entre autres au fait qu'il faut prendre une position de principe pour ou contre la recevabilité de la situation conjoncturelle ou du marché comme motif justifiant une inégalité salariale entre les sexes. En effet, admettre l'argument du marché seulement au cas par cas paraît inconséquent et, pris comme critère d'appréciation de l'égalité en droit, insatisfaisant. Afin d'illustrer ce propos, revenons sur l'ATF 126 II 217, dans lequel le Tribunal fédéral accorde au canton le droit de fixer le salaire

⁸² NIQUILLE-EBERLE, p. 709.

⁸³ ATF 125 III 368, consid. 5c, et p. ex. MATEFI, p. 1323 ss. ; STEINER, p. 173 et 295 s.

⁸⁴ SEILER, p. 147.

⁸⁵ ATF 126 II 217, consid. 9b ; ATF 125 I 71, consid. 4d ; et p. ex. ALBRECHT, p. 156 ; NIQUILLE-EBERLE, p. 759 et 762 s.

⁸⁶ FF 1993 I 1234 et 1237.

⁸⁷ STEINER, p. 147.

des enseignants des écoles professionnelles en tenant compte des possibilités de rémunération que leur offre le secteur privé alors que les enseignantes en soins infirmiers psychiatriques ne bénéficiaient pas d'une comparaison avec le marché privé. Le cœur du problème ne réside pas dans la prise en compte du marché de l'emploi privé dans le cas des enseignants professionnels mais dans le fait que le Tribunal fédéral a approuvé l'introduction par le canton d'un système de rémunération des enseignants professionnels qui s'applique sans distinction de métiers. Ainsi, certains enseignants professionnels bénéficient d'une classe de traitement élevée alors qu'ils auraient été moins bien rémunérés dans leur branche sur le marché privé. Si l'on voulait effectuer une comparaison avec le marché, il serait plus logique de procéder au moins par catégories professionnelles étant donné que, en n'opérant pas de distinction, le système risque sérieusement d'être discriminatoire. De plus, il semble judicieux de faire preuve de retenue en ce qui concerne la prise en compte de comparaisons avec le secteur privé lors de la configuration des systèmes de rémunération de droit public, notamment parce que ces systèmes ont une plus grande inertie que le marché (pas d'adaptations possibles à court terme). La proportionnalité requise actuellement, tout au moins dans la jurisprudence de la 1^{ère} Cour de droit civil et de la 1^{ère} Cour de droit social du Tribunal fédéral, ne peut en tout cas pas être assurée par les moyens prescrits, à savoir une révision annuelle du système de rémunération assortie d'une adaptation des salaires des personnes en poste en fonction de la situation du marché.

Si l'on étudie de plus près la pratique du Tribunal fédéral sur la question de la justification d'inégalités salariales par la situation conjoncturelle ou le salaire de marché, on remarque en particulier que la notion de valeur égale dans la comparaison entre fonctions différentes reste floue⁸⁸. Cela tient en partie au fait que toutes les méthodes d'évaluation des fonctions reposent sur une évaluation des conditions et des activités associées à ces fonctions. Or, il s'agit là de grandeurs très difficiles à objectiver et leur évaluation reflète plutôt la valeur que la société leur accorde⁸⁹. Il paraît donc important de s'appuyer sur ces évaluations uniquement dans la mesure où elles sont exemptes de discrimination. Pour déterminer si cette condition est remplie, il peut être utile de se référer à des expertises réalisées par des spécialistes en sciences du travail car elles apportent de la transparence dans les jugements de valeur de la société⁹⁰. Dans la mesure où l'équivalence de fonctions différentes au sein d'une même entreprise n'est pas manifeste ou qu'elle ne peut pas être démontrée d'une autre

⁸⁸ BIGLER-EGGENBERGER, p. 1272 s.

⁸⁹ ATF 125 I 71, consid. 2c et 3b ; SEILER, p. 143 s.

⁹⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322, n. 20 ; SEILER, p. 143 s.

manière, les tribunaux ont le devoir de demander des expertises⁹¹. Toutefois, du point de vue des employés, il ne paraît pas satisfaisant que le Tribunal fédéral, qui a souvent jugé admissibles à la fois l'analyse des fonctions simplifiée et l'analyse statistique des salaires ou l'analyse de régression, laisse aux tribunaux cantonaux un très large pouvoir d'appréciation quant à la méthode d'évaluation à employer. De fait, lorsqu'il examine la méthode d'évaluation utilisée par l'instance précédente, le Tribunal fédéral se borne finalement à procéder à un examen sous l'angle de l'arbitraire. Dans ce contexte, il faudrait exiger que le Tribunal fédéral privilégie systématiquement les instruments scientifiques d'analyse des discriminations salariales qui s'abstiennent de jugements de valeur défavorisant l'un ou l'autre sexe⁹².

III. Point de vue du droit

A notre avis, deux conceptions différentes du calcul des salaires ou, en d'autres termes, deux notions différentes de la valeur effective ou objective du travail s'affrontent dans la thématique sur laquelle porte la présente expertise : il y a, d'une part, le calcul des salaires basé sur le marché et, d'autre part, le calcul des salaires basé sur le capital humain, c'est-à-dire sur les exigences du travail. Le calcul des salaires basé sur le marché diverge de l'évaluation analytique des fonctions ainsi que de l'analyse statistique des salaires ou de l'analyse de régression en ceci qu'il ne tente pas d'attribuer une valeur objective déterminée au travail. Au contraire, il a pour but de déterminer la valeur de marché du travail en fonction du rapport entre l'offre et la demande. Dans cette optique, on se demande quel salaire les employeurs sont disposés à payer à un moment donné pour un travail donné, respectivement quel salaire les employés sont disposés à accepter pour effectuer ce travail. En revanche, les méthodes scientifiques d'évaluation du travail cherchent à attribuer une valeur au capital humain d'une personne, respectivement aux exigences requises pour accomplir un travail déterminé. Elles accordent une importance déterminante aux efforts faits par les personnes pour acquérir les compétences et l'expérience requises pour leur travail. Elles tiennent souvent compte également des contraintes associées au travail.

Dans la pratique, on assiste à une combinaison entre le calcul du salaire basé sur le marché et le calcul du salaire reposant sur l'évaluation analytique du travail ou sur l'analyse statistique des salaires et l'analyse de régression. Cela s'explique par le fait que la valeur d'un travail n'est pas exclusivement déterminée par l'offre et la demande mais qu'elle tient compte également du capital humain et des exigences du poste considéré. Le marché et les

⁹¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322, n. 20 ; STAUBER-MOSER, p. 1358 ; BIGLER-EGGENBERGER, p. 1273.

⁹² STAUBER-MOSER, p. 1358.

méthodes scientifiques d'évaluation du travail sont interdépendants. Dans une société organisée sur le modèle de l'économie de marché, il semble inévitable que le marché fasse partie des facteurs pris en compte dans les décisions économiques. Mais la manière dont le marché peut être pris en compte n'est pas la même selon que les activités professionnelles à comparer sont identiques ou de valeur égale.

S'il s'agit d'un travail égal, le marché peut tout au plus justifier des écarts de salaire dans la limite des fluctuations conjoncturelles observées au moment du recrutement. Ces écarts doivent être compensés en temps utile, un délai maximal d'une année paraissant approprié. Les délais de résiliation du contrat de travail convenus seront souvent un élément déterminant supplémentaire car l'employeur doit aussi avoir la possibilité de compenser les écarts par une baisse des salaires. Une différence de rémunération entre les femmes et les hommes pour un travail égal peut se justifier si elle repose sur un critère dont l'application entraînerait aussi un écart salarial entre des personnes de même sexe. Cependant, l'argument peut s'avérer délicat si les facteurs en cause ne sont pas aussi fréquents chez les hommes que chez les femmes ou inversement. C'est la raison pour laquelle il convient de vérifier systématiquement si les critères invoqués sont bien exempts de discrimination. Toutefois, une telle démarche suppose un jugement de valeur, lequel peut fortement évoluer au fil du temps.

S'il s'agit d'un travail d'égale valeur, le marché peut être un argument justifiant une inégalité salariale, en plus du capital humain et des autres facteurs liés au poste considéré. Il faut cependant que le marché n'ait pas lui-même des effets discriminatoires. Dans le cas d'un travail d'égale valeur, il faut s'appuyer avant tout sur des méthodes scientifiques d'évaluation des postes. Mais de nouveau, les critères pris en compte dans ces méthodes dépendent de jugements de valeur qui ne peuvent pas être entièrement validés sur le plan scientifique. Toutefois, il paraît important dans ce contexte que les critères retenus ne soient statistiquement pas observés bien plus souvent chez les hommes que chez les femmes ou inversement car, sinon, ils sont discriminatoires.

Le marché du travail est un marché très imparfait qui ne détermine que dans une mesure limitée les salaires et les conditions de travail. De plus, le comportement des employeurs sur le marché n'est pas toujours dicté exclusivement par les facteurs classiques de l'offre et de la demande mais il est aussi guidé par des valeurs. Le marché peut donc tout à fait présenter des caractéristiques discriminatoires. C'est la raison pour laquelle il n'est pas bon que sa prise en considération soit prévue dans la constitution ou dans la législation. Toutefois, révéler les jugements de valeur qui sous-tendent les décisions enrichirait à la fois la

discussion sur les critères réputés objectifs invoqués pour justifier des disparités salariales et la discussion sur les critères à inclure dans les méthodes scientifiques d'évaluation.

Face aux deux notions de la valeur du travail – celle reposant sur le salaire de marché d'une part et celle basée sur le capital humain ou sur les exigences du travail d'autre part –, nous estimons important de faire un choix dans chaque cas d'espèce et de s'y tenir de bout en bout. Si l'on opte pour le marché, celui-ci doit être pris en compte de manière aussi étendue que possible et suffisamment différenciée. Il faut en outre s'assurer que l'analyse du marché ainsi que le marché utilisé pour la comparaison sont exempts de discriminations à raison du sexe. Qui plus est, on ne saurait accepter que l'argument du marché soit gardé en réserve pour être brandi chaque fois que des disparités salariales ne peuvent pas être justifiées autrement.

* * * * *

Saint-Gall, 10 février 2016

Institut de recherche sur le travail et le droit du travail
de l'Université de Saint-Gall

(Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht
an der Universität St. Gallen, FAA-HSG)

.....
Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Geiser

.....
Mathias Mauchle, M.A. HSG