

**Document de réflexion :
analyse juridique du potentiel de discrimination
des variables explicatives servant à mesurer
l'égalité salariale entre femmes et hommes**

DOMAINE DROIT

Département fédéral de l'intérieur DFI
Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra



TITRE

Document de réflexion : analyse juridique du potentiel
de discrimination des variables explicatives
servant à mesurer l'égalité salariale entre femmes et hommes

EDITEUR

Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG

DIFFUSION

Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG
Schwarztorstrasse 51, 3003 Berne
ebg@ebg.admin.ch
www.bfeg.admin.ch

Ce rapport a été rédigé en allemand sur mandat du BFEG. Ses
appréciations et interprétations ne reflètent pas forcément le
point de vue du mandant.



**Universität
Basel**

Juristische
Fakultät



**Document de réflexion : analyse juridique du potentiel de discrimination des
variables explicatives servant à mesurer
l'égalité salariale entre femmes et hommes**

à l'intention du

Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG),
Département fédéral de l'intérieur (DFI),
Schwarztorstrasse 51
3007 Berne

Université de Bâle, chaire de droit social
Prof. Dr. iur. Kurt Pärli
Collaboration : Camill Oberhausser

Université de Bâle
Faculté de droit
Peter Merian-Weg 8, Case postale
4002 Bâle, Suisse
ius.unibas.ch

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli
Professeur de droit social
+41612072485
kurt.paerli@unibas.ch

Condensé.....	1
Résumé.....	2
A. Contexte, problématique et méthodologie	2
B. Bases juridiques d’une statistique non discriminatoire	3
C. Appréciation juridique des variables du modèle d’analyse et recommandations.....	4
Schéma de contrôle et résultats.....	5
Recommandations.....	7
I. Situation de départ.....	8
A. Contexte	8
1. Postulat Noser et étude FELFE/TRAGESER/ITEN.....	8
2. Importance du modèle d’analyse pour la politique et la pratique judiciaire	12
3. Débat scientifique et politique sur la juste manière d’analyser l’égalité salariale	14
B. Problématique et méthodologie	17
II. Bases juridiques d’une statistique non discriminatoire	19
A. Introduction.....	19
B. Égalité salariale et statistique : aspects de droit constitutionnel, de droit international et du droit au niveau de la loi.....	21
1. Interdiction de l’inégalité salariale dans le droit constitutionnel et dans le droit international, concrétisation au niveau de la loi.....	21
1.1 Art. 8, al. 2 et 3, Cst., LEg et droit des marchés publics	21
1.2 Interdiction de l’inégalité salariale fondée sur le sexe dans le droit international.....	23
2. L’élimination de l’inégalité salariale comme mandat pour les autorités	25
2.1. Les différentes obligations dans la Constitution	25
2.2 Les trois types d’obligations dans le droit international	25
3. Statistique, analyse et évaluation comme bases pour l’égalité des salaires	27
3.1. Lien constitutionnel entre statistique, évaluation et droit fondamental à l’égalité des salaires.....	28
3.2 Les statistiques et analyses non discriminatoires comme composantes de l’obligation de garantie du droit international.....	28
C. Égalité salariale et statistique sous l’aspect du droit de l’UE.....	30
D. Standards et directives concernant la statistique et l’analyse.....	32
III. Discrimination statistique.....	34
A. Discrimination statistique – Une problématique du tort dû à une généralisation	34
1. La théorie de la discrimination statistique comme problème juridique	34
2. Importance dans la pratique : les décisions CJUE « Test-Achats » et « Lindorfer »	36
3. La référence à l’ESS dans le cadre de l’assurance-invalidité : une discrimination statistique ?	39
B. Conclusions en vue d’une statistique et d’une analyse non discriminatoires	40
IV. Exkursus : statistique (et analyse) comme base(s) pour des mesures contre la discrimination	42
V. Résultats intermédiaires	44
VI. Appréciation juridique des facteurs explicatifs du modèle d’analyse de la statistique nationale ..	46

A.	Réflexions préliminaires et méthodologie	46
1.	Réflexions préliminaires.....	46
2.	Méthodologie.....	48
B.	Appréciation critique des conclusions de l'étude FELFE/TRAGESER/ITEN	49
C.	Évaluation des variables prises en compte dans le modèle existant	52
1.	Variables sociodémographiques	52
1.1	Âge.....	52
1.2	État civil	52
1.2.1	Pouvoir explicatif	52
1.2.2	Potentiel discriminatoire	52
1.2.3	Résultat.....	55
1.3	Statut de séjour	55
1.3.1	Pouvoir explicatif	55
1.3.2	Potentiel discriminatoire	56
1.3.3	Résultat.....	57
1.4	Région.....	57
1.4.1	Pouvoir explicatif	57
1.4.2	Potentiel discriminatoire	58
1.4.3	Résultat.....	59
2.	Capital humain avant l'entrée dans la vie active : formation la plus élevée achevée	59
2.1	Pouvoir explicatif	59
2.2.	Potentiel discriminatoire	59
2.3	Résultat.....	60
3.	Capital humain après l'entrée dans la vie active	60
3.1	Expérience professionnelle potentielle.....	60
3.1.1	Pouvoir explicatif	60
3.1.2	Potentiel discriminatoire	60
3.1.3	Résultat.....	61
3.2	Ancienneté.....	61
3.2.1	Pouvoir explicatif	61
3.2.2	Potentiel discriminatoire	62
3.2.3	Résultat.....	64
4.	Conditions spécifiques au poste de travail	65
4.1	Taux d'occupation	65
4.1.1	Pouvoir explicatif	65
4.1.2	Potentiel discriminatoire	66
4.1.3	Résultat.....	67
4.2	Branche.....	68
4.2.1	Pouvoir explicatif	68
4.2.2	Potentiel discriminatoire	68
4.2.3	Résultat.....	72
4.3	Position professionnelle	72
4.3.1	Pouvoir explicatif	72
4.3.2	Potentiel discriminatoire	72
4.3.3	Résultat.....	73
4.4	Niveau de compétences	73
4.4.1	Pouvoir explicatif	73

4.4.2 Potentiel discriminatoire	74
4.4.3 Résultat	75
4.5 Profession exercée	75
4.5.1 Pouvoir explicatif	75
4.5.2 Potentiel discriminatoire	75
4.5.3 Résultat	77
4.6 Taille de l'entreprise	77
4.6.1 Pouvoir explicatif	77
4.6.2 Potentiel discriminatoire	77
4.6.3 Résultat	78
4.7 Type de salaire, accord salarial, forme de salaire et éléments supplémentaires du salaire (genre de salaire)	78
4.7.1 Pouvoir explicatif	78
4.7.2 Potentiel discriminatoire	79
4.7.3 Résultat	81
D. Nouvelles variables envisageables pour le modèle	82
1. Taux d'occupation durant la carrière professionnelle (expérience professionnelle effective)	82
1.1 Pouvoir explicatif	82
1.2. Potentiel discriminatoire	82
1.3. Résultat	85
2. Modèle de temps de travail	86
2.1 Pouvoir explicatif	86
2.2 Potentiel discriminatoire	86
2.3 Résultat	87
3. Pénibilité physique ou psychique	87
3.1 Pouvoir explicatif	87
3.2 Potentiel discriminatoire	87
3.3 Résultat	89
E. Résumé des variables et de leur appréciation juridique	89
VII. Conclusions et recommandations	92
Bibliographie	95
Table des travaux préparatoires	109
Table des abréviations	110
Table des tableaux	115

Condensé

L'enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) permet de mettre statistiquement en évidence les écarts salariaux entre femmes et hommes. Elle sert de base à une évaluation spéciale de l'égalité salariale qui utilise un ensemble de variables pour établir quelle part des inégalités salariales entre femmes et hommes est explicable et quelle part ne l'est pas. Les résultats de cette évaluation alimentent à la fois la **politique juridique et la pratique du droit**. La présente étude examine le **potentiel de discrimination de ces variables du point de vue juridique**. Un vaste corpus de bases juridiques, tant au niveau du **droit fédéral** que du **droit international**, interdit la **discrimination salariale** entre les sexes (normes justiciables) et engage les organes de l'État à prendre les mesures nécessaires pour éliminer ces inégalités (dispositions programmatiques). L'obligation légale de collecter et d'analyser les données pertinentes découle de la législation en matière d'égalité et du mandat constitutionnel qui prévoit **l'évaluation de l'efficacité des mesures étatiques**. Il faut que la collecte, l'évaluation et l'analyse des données statistiques soient effectuées de manière non discriminatoire afin que les autorités puissent se baser sur des **données fiables** pour lutter efficacement contre la discrimination salariale. C'est pourquoi nous recommandons de poursuivre dans tous les cas l'ESS et l'évaluation de l'égalité salariale (**recommandation 1**).

Du point de vue juridique, les variables prises en compte dans le modèle d'analyse actuel et les variables supplémentaires proposées peuvent être qualifiées de pertinentes si, dans une action individuelle en égalité salariale, elles peuvent être reliées à une **norme juridique explicite** ou à la **jurisprudence**. L'appréciation doit en outre prendre en considération la **dimension programmatique** des dispositions relatives à l'égalité. L'examen réalisé selon ce schéma d'analyse montre que les variables « état civil », « taux d'occupation » et « genre de salaire » doivent être éliminées du modèle d'analyse en raison d'éléments explicites figurant dans la législation et la jurisprudence (**recommandation 2a**). Des motifs d'ordre juridique conduisent également à recommander de renoncer à l'adoption des variables supplémentaires proposées « expérience professionnelle effective », « modèle de temps de travail » et « pénibilité physique et psychique » (**recommandation 2b**). L'intégration de cette dernière dans le modèle d'analyse peut être recommandée si une évaluation non discriminatoire est faisable (**recommandation 2c**). En vue de la comparaison des résultats, il faut en outre soumettre les évaluations antérieures à une rétropolation sur la base du nouveau modèle (c'est-à-dire sans les variables « état civil », « taux d'occupation » et « genre de salaire ») (**recommandation 3**).

En ce qui concerne les variables « titre de séjour », « région », « formation », « expérience professionnelle potentielle », « ancienneté », « branche », « position professionnelle », « niveau de compétences », « domaine d'activité » et « taille de l'entreprise », aucun indice juridique univoque (par exemple des normes juridiques explicites ou une jurisprudence pertinente en la matière) ne justifie leur suppression. Toutefois, les écarts salariaux considérés comme explicables par les facteurs « position professionnelle » et « niveau de compétences » dans le modèle d'analyse de la statistique nationale sont peut-être partiellement la résultante de **discriminations à l'emploi**, voire de **discriminations dans l'accès au marché du travail**. Il convient d'en tenir compte dans l'interprétation des résultats (**recommandation 4**). Enfin, il est recommandé que les **tribunaux** fassent preuve de retenue lorsqu'ils se réfèrent à des données du modèle d'analyse étant donné que l'ESS et le modèle d'analyse sont destinés à des fins statistiques et non à l'examen de cas individuels (**recommandation 5**).

Résumé

A. Contexte, problématique et méthodologie

L'enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) permet de mettre en évidence sur le plan statistique les écarts salariaux entre femmes et hommes. L'évaluation spéciale de l'égalité salariale (modèle d'analyse de la statistique nationale) utilise des variables sociodémographiques (état civil, titre de séjour, région), des variables qui caractérisent le capital humain avant et après l'entrée dans la vie professionnelle (formation, expérience professionnelle potentielle, ancienneté) et des variables spécifiques au poste de travail (taux d'occupation, branche, position professionnelle, niveau de compétences, domaine d'activité, taille de l'entreprise, genre de salaire¹). Elles permettent de distinguer la part explicable de la part inexplicable dans la différence de rémunération entre les sexes. Dans le débat politique, la part inexpliquée de l'écart salarial est parfois considérée comme étant la preuve de la discrimination salariale des femmes. D'un **point de vue scientifique**, mais avant tout d'un **point de vue politique**, il est **contesté** que les aspects non explicables des différences de rémunération conduisent obligatoirement à la conclusion que ces écarts de salaire sont discriminatoires. En outre, il y a désaccord sur la question de savoir si les variables prises en considération pour expliquer les différences de salaire sont suffisantes. Certains postulent que les différences de salaire inexplicables se réduiraient automatiquement si davantage de variables étaient prises en considération dans l'analyse. D'autres avancent que les variables, ou du moins certaines d'entre elles, qui servent à expliquer les différences de salaire sont elles-mêmes discriminatoires. **Indépendamment** de la controverse sur la justesse des constats établis grâce au modèle d'analyse, les **tribunaux** se fondent sur les statistiques salariales des femmes et des hommes, par exemple pour déterminer le montant d'une perte de gain.

Le 18 novembre 2015, le Conseil fédéral a présenté un rapport en réponse au postulat Noser (14.3388 « Égalité salariale. Améliorer la pertinence des statistiques »). Ce rapport se fonde sur les résultats d'une étude économique de FELFE/TRAGESER/ITEN sur la pertinence du modèle d'analyse de la statistique nationale (évaluation de l'égalité salariale), qui est utilisé par l'OFS au niveau national pour expliquer les différences salariales entre femmes et hommes, et du modèle d'analyse standard de la Confédération, qui est employé par le BFEG pour réaliser des contrôles de l'égalité salariale au niveau des entreprises afin de mettre en évidence les discriminations salariales au sein d'une entreprise. La présente **recherche juridique** a pour but d'analyser le potentiel de discrimination des variables du modèle d'analyse de la statistique nationale et des nouvelles variables proposées par FELFE/TRAGESER/ITEN (taux d'occupation, modèle de temps de travail, pénibilité physique et psychique).

La **définition juridique de la discrimination salariale** diffère de la **définition économique** : du point de vue économique, il y a discrimination salariale dès lors que des femmes et des hommes qui ont des caractéristiques identiques concernant le marché du travail et la productivité perçoivent des salaires différents. Ces différences peuvent être dues à des facteurs ayant trait au capital humain. La définition

¹ Dans le cadre de la présente évaluation, l'expression « genre de salaire » englobe les variables « type de salaire », « accord salarial », « forme de salaire » et « éléments supplémentaires du salaire ».

juridique de la discrimination salariale va plus loin. Elle est fondée sur le principe du « salaire égal pour un travail de valeur égale ». Si les écarts de salaire sont imputables à des éléments découlant de l'appartenance à un sexe sans que ces écarts puissent être justifiés par le travail accompli en tant que tel, on a affaire, sur le plan juridique, à une discrimination salariale interdite. Contrairement à la définition économique, la définition juridique n'admet pas que **des caractéristiques** purement **inhérentes au marché du travail** justifient des écarts de rémunération au sein d'une entreprise pour des tâches ayant des niveaux d'exigence équivalents. De même, la sous-évaluation de tâches typiquement féminines, qui repose fréquemment sur des **stéréotypes**, n'est prise en compte que dans la **définition juridique de l'égalité salariale**.

En ce qui concerne la méthode adoptée, les auteurs ont examiné des sources de droit nationales et internationales ainsi que la doctrine et la jurisprudence relatives à l'égalité salariale puis, à la lumière des éléments apportés par cet examen, ils ont procédé à l'analyse systématique des différentes variables utilisées dans le modèle d'analyse. L'analyse juridique s'inscrit dans le cadre du **droit à l'égalité salariale** et du mandat donné à l'État de **réaliser l'égalité effective entre femmes et hommes** inscrits à l'art. 8, al. 3, de la Constitution fédérale (Cst.), en lien avec la **base de compétence** pour la **collecte de données statistiques** énoncée à l'art. 65 Cst. et avec l'obligation d'**évaluer** l'efficacité de l'action de l'État prévue à l'art. 170 Cst. Il a également été tenu compte des **conventions internationales** concordant avec les buts constitutionnels et, dans une optique de droit comparé, de la situation juridique pertinente dans l'Union européenne (UE). Enfin, la présente recherche évoque le discours, encore peu développé dans la doctrine, sur le problème juridique posé par la discrimination statistique et se demande dans quelle mesure il est nécessaire, du point de vue juridique, de **se fonder sur des enquêtes statistiques** pour développer des mesures de **lutte contre la discrimination**.

B. Bases juridiques d'une statistique non discriminatoire

L'art. 8, al. 3, Cst. établit le droit à l'égalité entre femmes et hommes en trois phrases. La première statue l'interdiction de discrimination, la deuxième le **mandat de légiférer** et la troisième un droit à **l'égalité salariale** qui, selon la doctrine et la jurisprudence du Tribunal fédéral, est directement applicable, **y compris dans les rapports de travail de droit privé**. Le mandat constitutionnel de pourvoir à l'égalité a été concrétisé dans la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité, LEg). En vertu de l'art. 3, al. 1 et 2, en relation avec l'art. 5, al. 1, let. d, LEg et l'art. 8, al. 3, Cst., la discrimination à raison du sexe, qu'elle soit directe ou indirecte, est interdite de manière générale et plus spécialement en matière salariale. De nombreuses **conventions internationales dans le domaine des droits de l'homme** comportent également des interdictions de discrimination à raison du sexe. Il convient de relever ici l'importance de la Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), qui contient des obligations concrètes d'égalité dans divers domaines de la vie, notamment la garantie d'un salaire égal pour un travail de valeur égale. Par conséquent, la discrimination salariale à raison du sexe est illicite en vertu du droit constitutionnel, mais aussi du droit international contraignant pour la Suisse. Concrètement, les personnes concernées ont le droit de faire cesser la discrimination salariale en utilisant les voies de recours prévues à cet effet.

En vertu de l'art. 35, al. 1, Cst., les **droits fondamentaux** doivent être réalisés **dans l'ensemble de l'ordre juridique**. Cela vaut également pour l'égalité des sexes, un droit humain fondamental, et plus spécifiquement pour le droit à l'égalité salariale. Le droit fondamental à l'égalité formulé à l'art. 8, al. 3, Cst. et en particulier le droit à une rémunération non discriminatoire comporte à la fois une dimension **justiciable** et une dimension **programmatique**. Cette dernière fonde l'obligation pour les pouvoirs publics de prendre des mesures en faveur de l'égalité salariale dans l'ensemble de la société et dans les entreprises. Elle exige également que les **stéréotypes soient combattus** et les **structures discriminatoires abolies**. Dans un arrêt jurisprudentiel en matière d'égalité (ATF 137 I 305), le Tribunal fédéral affirme qu'il est nécessaire de prendre des mesures ciblées pour éliminer les représentations de rôles stéréotypés, les comportements institutionnalisés par la société et les inégalités qui en découlent et pour provoquer un changement de mentalité dans la société.

Les autorités (mais aussi les acteurs privés) doivent disposer de **données fiables** pour **lutter efficacement** contre la discrimination salariale. L'obligation légale de fournir ces données découle de la législation sur l'égalité, mais aussi de l'obligation constitutionnelle de vérifier l'efficacité des mesures étatiques en général. Il est essentiel que la **collecte des données statistiques, leur évaluation et leur analyse** soient effectuées de manière **non discriminatoire**. En effet, les décisions prises sur la base de valeurs statistiques empiriques peuvent perpétuer des stéréotypes, ce qui pose problème au regard des dispositions légales relatives à la discrimination. Il en va de même pour les variables explicatives fondées sur des valeurs statistiques empiriques.

Les statistiques sont le **fondement d'une lutte efficace contre la discrimination** et sont donc nécessaires dans l'optique de la législation en matière de discrimination. Mais elles recèlent aussi un **potentiel discriminatoire**. Ce constat n'est pas sans conséquences pour les enquêtes statistiques sur les salaires et l'analyse de leurs données : dans la discussion et l'évaluation des éléments apportés par le modèle d'analyse, il est important de tenir compte du fait que la part de l'inégalité salariale qui est explicable n'en est pas pour autant admissible d'un point de vue juridique car les variables explicatives de l'égalité des salaires peuvent elles aussi avoir une origine discriminatoire.

C. Appréciation juridique des variables du modèle d'analyse et recommandations

Dans la discussion sur la discrimination salariale, il convient d'établir une distinction entre le niveau individuel, le niveau de l'entreprise et le niveau de la statistique nationale (modèle d'analyse nationale). **La présente étude** évalue le potentiel de discrimination des variables employées dans l'évaluation spéciale de l'égalité salariale tirée de l'ESS (**modèle d'analyse de la statistique nationale**).

Pour répondre à la question de savoir si l'utilisation des variables actuelles et des nouvelles variables proposées pour le modèle d'analyse de la statistique nationale est admissible du point de vue des dispositions relatives à la discrimination, il convient de rappeler rapidement ici les éléments fondamentaux du droit à l'égalité salariale. Il est possible de faire valoir un **droit à l'égalité salariale** lorsqu'une personne d'un sexe obtient une rémunération plus basse qu'une personne de l'autre sexe **pour un travail égal ou de valeur égale**. L'interdiction de la discrimination salariale statuée à l'art. 3

LEg est formulée de manière **neutre sous l'angle du genre**. Dans la pratique cependant, ce sont généralement les femmes qui sont moins bien payées que les hommes pour un travail égal ou de valeur égale. La discrimination salariale peut également résulter de la classification générale de certaines fonctions. C'est le cas lorsque des **professions typiquement féminines** sont **moins bien rémunérées** que des professions typiquement masculines malgré des exigences comparables. Est interdite **non seulement la discrimination salariale directe, mais aussi la discrimination salariale indirecte liée au sexe**. Il y a discrimination indirecte lorsqu'une réglementation formellement neutre sous l'angle du genre désavantage au final sensiblement plus, voire essentiellement les personnes d'un sexe par rapport à celles de l'autre sexe sans que des motifs objectifs le justifient. Que ce soit pour un travail égal ou pour un travail de valeur égale, des différences de salaire entre les sexes sont admises à certaines conditions par les tribunaux. L'âge, l'ancienneté, la formation et, à des conditions très strictes, le contexte conjoncturel sont des **motifs** qui peuvent justifier des écarts salariaux. Les facteurs qui, **dans un litige individuel**, peuvent justifier une différence de salaire liée au sexe dans un cas concret selon la pratique des tribunaux, **ne sauraient être repris sans autres dans le modèle d'analyse de la statistique nationale** pour expliquer des écarts de rémunération entre les sexes et les considérer comme non-discriminatoires. Au contraire, le **mandat général d'élimination des stéréotypes de genre** exige une analyse plus nuancée. D'un point de vue juridique, il faudrait cesser d'utiliser dans le modèle d'analyse toute variable explicative discriminatoire ou recélant un potentiel suffisamment discriminatoire.

Schéma de contrôle et résultats

Les variables du modèle d'analyse actuel de même que les variables supplémentaires soumises à discussion ont été examinées selon le schéma suivant :

- La variable considérée correspond-elle à une norme juridique explicite interdisant une discrimination directe ou indirecte ?
- La variable considérée est-elle qualifiée par la jurisprudence de facteur directement ou indirectement discriminatoire ou est-elle admise comme motif justifiant une inégalité salariale liée au sexe ?
- Quel impact la dimension programmatique du droit à l'égalité a-t-elle sur l'appréciation de la variable ?

Il est important de relever que l'analyse juridique ne permet pas de **quantifier le potentiel de discrimination d'une variable**. L'appréciation du potentiel discriminatoire d'une variable et les conséquences qui en découlent pour son utilisation (ou non) dans le modèle d'analyse de la statistique nationale constituent avant tout un **jugement de valeur** reposant sur le cadre normatif.

Il résulte de l'évaluation réalisée à l'aide de ce schéma de contrôle que les facteurs « **titre de séjour** », « **région** », « **formation** », « **expérience professionnelle potentielle** », « **ancienneté** », « **branche** », « **position professionnelle** », « **niveau de compétences** », « **domaine d'activité** » et « **taille de l'entreprise** » peuvent continuer à être utilisés. Il n'existe aucun **indice** juridique (norme juridique explicite ou jurisprudence en la matière) qui **justifierait leur suppression**. Toutefois, les écarts de rémunération qui sont considérés dans le modèle d'analyse de la statistique nationale comme pouvant être expliqués par les variables « position professionnelle », « branche », « domaine d'activité » et « niveau de compétences » peuvent être partiellement imputables à des **discriminations à l'emploi ou dans l'accès au marché du travail**. L'examen du modèle d'analyse ne permet pas d'établir si de telles discriminations

surviennent effectivement. En ce qui concerne l'aspect programmatique du mandat constitutionnel de pourvoir à l'égalité, il est nécessaire d'**interpréter de manière très prudente** la part de l'écart salarial entre femmes et hommes pouvant être expliquée par ces variables et d'**accorder beaucoup d'attention** en particulier à l'éventualité d'une **discrimination à l'emploi**.

La législation et la jurisprudence contiennent des éléments explicites permettant de considérer que les variables « **état civil** », « **taux d'occupation** » et « **genre de salaire** » sont discriminatoires. Ainsi, en vertu de l'art. 3, al. 1, LEg, il est interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe notamment en se fondant sur leur état civil. Une inégalité de traitement du personnel se fondant sur le taux d'occupation constitue, selon la jurisprudence, une **discrimination indirecte à raison du sexe qui est interdite**. Enfin, le droit à l'égalité salariale est **global**, c'est-à-dire qu'il convient de tenir compte de toutes les prestations versées à titre de compensation pour le travail réalisé. Selon la doctrine et la jurisprudence, le droit à un salaire pour un travail égal ou de valeur égale inclut le salaire ainsi que **les prestations de toute nature qui le complètent**.

Le **Tribunal fédéral estime qu'une prise en compte exagérée de l'expérience professionnelle** entraîne une discrimination indirecte. Cela plaide contre l'adoption de la variable « **expérience professionnelle effective** » : elle défavoriserait les femmes, qui, en moyenne, interrompent davantage leur carrière afin d'élever leurs enfants. Dans une procédure individuelle, **il peut être admissible dans certains cas** d'invoquer l'expérience professionnelle effective pour justifier une inégalité salariale liée au sexe. Cependant, l'introduction d'une variable « expérience professionnelle effective » dans le modèle d'analyse au niveau de la statistique nationale pourrait contribuer à définir comme étant explicable une partie (supplémentaire) des écarts salariaux bien que l'on ait affaire à une discrimination salariale effective.

L'adoption d'une variable « **modèle de temps de travail** » n'est pas recommandée. Elle comporte le risque d'une appréciation des modèles de temps de travail qui ne serait pas neutre sur le plan du genre. En outre, même si cette appréciation reste neutre sur le plan du genre, la répartition courante des rôles parentaux conduit plutôt les femmes à porter leur choix sur des modèles compatibles avec la vie de famille (et généralement moins bien rémunérés). En ce qui concerne la proposition d'intégrer la « **pénibilité physique et psychique** » au modèle d'analyse, l'évaluation est nuancée. La jurisprudence du Tribunal fédéral admet que cet aspect puisse être pris en considération dans l'évaluation d'un poste de travail. Par conséquent, la **pénibilité physique et psychique** d'une activité peut être **reconnue comme justifiant objectivement une différence de salaire** dans un litige individuel, **à la condition** toutefois que l'évaluation du travail ne soit pas faite sur la base de **caractéristiques discriminatoires reflétant des stéréotypes de genre**. Il est donc recommandé de s'abstenir actuellement de reprendre dans le modèle d'analyse le facteur de la « pénibilité physique et psychique ». Il serait cependant judicieux d'examiner, en procédant aux études nécessaires, dans quelle mesure il est possible de collecter les données utiles de manière non discriminatoire. Selon les conclusions auxquelles on aura abouti, on pourra procéder à un nouvel examen du bien-fondé de l'adoption de variables de cette nature.

Recommandations

Compte tenu des éléments établis au cours des différentes étapes de la présente recherche, les recommandations suivantes sont formulées à l'intention des autorités fédérales compétentes :

1. Une politique d'égalité salariale efficace doit pouvoir s'appuyer sur des bases statistiques. L'évaluation spéciale de l'égalité salariale doit être poursuivie.
2. D'un point de vue juridique, les modifications suivantes doivent être apportées au modèle d'analyse utilisé :
 - a. les variables « état civil », « taux d'occupation » et « genre de salaire » doivent être supprimées ;
 - b. les variables supplémentaires « taux d'occupation durant la carrière professionnelle (expérience professionnelle effective) » et « modèle de temps de travail » soumises à la discussion ne doivent pas être adoptées ;
 - c. il est recommandé de vérifier que le système d'évaluation est libre de tout stéréotype avant d'adopter la variable « pénibilité physique et psychique ».
3. Une rétopolation des évaluations réalisées jusqu'à présent doit être effectuée au moyen du nouveau modèle (sans les variables « état civil », « taux d'occupation » et « genre de salaire »).
4. Lors de l'interprétation et de la communication des résultats, il convient de toujours tenir compte du potentiel de discrimination constaté dans les autres variables du modèle d'analyse (« titre de séjour », « formation », « ancienneté », « branche », « position professionnelle », « niveau de compétences », « domaine d'activité »).
5. Il est important de sensibiliser les tribunaux et les autorités administratives au fait que les données tirées de l'ESS et du modèle d'analyse ne peuvent pas être reprises sans autres pour servir de base de décision étant donné que l'établissement d'une statistique et l'examen d'un cas individuel poursuivent des objectifs différents.

I. Situation de départ

A. Contexte

1. Postulat Noser et étude FELFE/TRAGESER/ITEN

Dans le cadre de la préparation de la réponse au postulat Noser 14.3388 « Égalité salariale. Améliorer la pertinence des statistiques », le BFEG a mandaté des expertes et experts indépendants afin de mener une étude à ce sujet². Le 18 novembre 2015, le Conseil fédéral a adopté le rapport sur les résultats de cette étude³. Celle-ci avait pour but de vérifier si les deux modèles, c'est-à-dire le modèle d'analyse de la statistique nationale (évaluation spéciale de l'égalité salariale, OFS) et le modèle d'analyse standard de la Confédération pour les contrôles du respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes au niveau des entreprises (BFEG), étaient adaptés, du point de vue scientifique, pour expliquer les écarts salariaux entre femmes et hommes au niveau national ainsi que pour identifier la discrimination salariale au niveau des entreprises. Ont été étudiées, parmi d'autres, les variables intégrées dans les analyses visant à expliquer ou justifier les disparités salariales entre femmes et hommes. Lors de l'évaluation des variables déjà employées et des variables supplémentaires possibles expliquant ou justifiant ces disparités, une attention particulière a été portée à la question de savoir dans quelle mesure ces variables ainsi que la manière dont celles-ci sont concrètement définies et mesurées (opérationnalisation), sont potentiellement discriminatoires.

1

L'étude a évalué deux modèles d'analyse ; le modèle d'analyse de la statistique nationale et le modèle d'analyse standard de la Confédération. Celui de la statistique nationale sert à décrire et expliquer de manière générale les inégalités de salaires entre femmes et hommes au niveau national, sans entrer dans le détail des entreprises. C'est avec cet instrument que la discrimination salariale et, plus précisément, la part non expliquée de la différence salariale entre femmes et hommes est calculée. Le modèle d'analyse standard de la Confédération est appliqué dans ses marchés publics. Il est mis en œuvre via Excel grâce à l'instrument Logib. Ce dernier est disponible gratuitement⁴ et sert à vérifier si, au sein d'une entreprise, l'égalité salariale entre femmes et hommes est respectée. L'Office fédéral de la justice (OFJ) élabore actuellement un message à l'adresse des Chambres fédérales sur une modification de la LEg qui obligerait les entreprises d'au moins 50 collaborateurs et collaboratrices à procéder à une

2

² FELFE/TRAGESER/ITEN.

³ Rapport méthodes statistiques.

⁴ Disponible sous : www.logib.ch (site consulté pour la dernière fois le 14.12.2016).

analyse des salaires tous les quatre ans⁵. Ces analyses doivent être effectuées selon une méthode reconnue. Le modèle d'analyse standard⁶ de la Confédération est une méthode juridiquement et scientifiquement reconnue⁷.

3 De la part de l'État, les écarts salariaux fondés sur le sexe ne sont pas seulement analysés au niveau de l'entreprise et au niveau national, mais également au niveau individuel⁸. Il est important de bien distinguer ces trois niveaux :

Tableau 1 : Les différents niveaux de l'égalité salariale

	Niveau individuel (procédure judiciaire)	Niveau de l'entreprise (contrôle des salaires dans les marchés publics)	Niveau national (ESS, évaluation spéciale de l'égalité salariale)
Bases légales	Loi sur l'égalité (LEg)	Loi fédérale sur les marchés publics (LMP)	Ordonnance concernant l'exécution des relevés statistiques fédéraux
Autorité compétente	Tribunaux	BFEG	Office fédéral de la statistique (OFS)
Groupe de référence	Personnes individuelles ou groupe de personnes dans une entreprise	Totalité du personnel de l'entreprise	1,7 million de travailleurs dans 35'000 entreprises environ (tous secteurs d'activité confondus)
Méthode utilisée	Évaluation du travail ou analyse de régression statistique	Analyse de régression statistique (instrument Logib)	Analyse de régression statistique
Variables considérées	Toutes les variables objectives et non discriminatoires pertinentes dans le cas d'espèce	Nombre limité de variables objectives et non discriminatoires se rapportant à l'ensemble de l'entreprise	Nombre étendu de variables objectives se rapportant à l'ensemble de l'économie suisse
Seuil de tolérance	Néant	5% et écart statistiquement significatif	Néant

⁵ Voir à ce sujet Rapport explicatif modification LEg, ch. 2.1.1, disponible sous : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/lohngleichheit/vn-ber-f.pdf>, (site consulté pour la dernière fois le 20.02.2017).

⁶ Voir critique DOLDER/MOELLENEY.

⁷ Rapport explicatif modification LEg, ch. 2.1.2.

⁸ Cf. sur l'ensemble MARTI WHITEBREAD, p. 1551 ss.

Conséquences juridiques pour l'entreprise	Obligation de payer la part discriminatoire de la différence de salaire entre la personne plaignante et la ou les personnes de référence, rétroactivité : 5 ans	Plusieurs sanctions possibles : peine conventionnelle ; exclusion de la procédure des marchés publics ; révocation de l'adjudication ; résiliation du contrat	Néant
--	---	---	-------

Source : MARTI WHITEBREAD, p. 1552 ; voir également Rapport méthodes statistiques, p. 6

Dans la présente étude, l'accent sera mis sur l'appréciation juridique du *modèle d'analyse de la statistique nationale*. Les résultats de l'étude économique FELFE/TRAGESER/ITEN sur la pertinence de ce modèle se résument comme suit⁹ :

4

- La méthode statistique appliquée jusqu'ici est l'analyse de régression selon la méthode des MCO combinée à la décomposition Oaxaca-Blinder, qui se fonde sur la moyenne. Elle correspond en principe aux connaissances scientifiques actuelles.
- Cependant, étant donné que cette méthode mesure la différence inexpliquée des salaires en moyenne, les résultats peuvent être biaisés à cause de certaines valeurs extrêmes des données salariales (salaires très élevés ou très bas). Les auteur-e-s de l'étude recommandent, dès lors, que l'analyse utilise comme valeur de référence aussi bien la moyenne que la médiane¹⁰.
- De plus, la méthode appliquée jusqu'ici ne permet pas de vérifier si la répartition des femmes et des hommes dans les diverses valeurs des variables explicatives est suffisamment comparable. Les auteur-e-s de l'étude recommandent de prendre en compte la répartition des femmes et des hommes pour toutes les valeurs des facteurs explicatifs et mentionnent la régression doublement robuste comme méthode appropriée¹¹. Ceci correspondrait également à la tendance scientifique actuelle¹². L'analyse de la statistique nationale devrait par conséquent utiliser comme valeur de référence aussi bien la moyenne que la médiane ainsi que d'autres quantiles. Mise à part la méthode appliquée jusqu'ici, la régression doublement robuste pourrait également entrer en considération¹³.
- Les facteurs utilisés jusqu'ici pour expliquer les disparités salariales correspondent, selon l'étude, aux connaissances scientifiques actuelles et devraient être conservés.
- Les auteur-e-s de l'étude recommandent de ne pas inclure les trois autres facteurs mentionnés dans le postulat Noser (« formation continue », « connaissances linguistiques » et « expérience en matière de direction ») dans le modèle d'analyse, en raison du fait que leur pouvoir

⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 6.

¹⁰ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 127.

¹¹ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 127.

¹² FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 118.

¹³ Il convient de préciser à cet égard que le Tribunal fédéral n'a examiné ou admis aucune autre méthode en dehors de la méthode des MCO, voir ATF 130 III 145, consid. 3.2.

explicatif additionnel est minime et qu'il est impossible de garantir une collecte fiable des informations requises.

- Les facteurs « taux d'occupation durant la carrière professionnelle » (expérience professionnelle effective), « modèle de temps de travail » et « pénibilité physique ou psychique du travail » pourraient s'avérer pertinents. Il convient de vérifier si les indications nécessaires peuvent être réunies de manière significative.
- Le modèle d'analyse de la statistique nationale cherche à comprendre les disparités et devrait, dès lors, tenir compte, si possible, de toutes les variables qui contribuent à expliquer l'inégalité salariale sexospécifique. Le pouvoir explicatif de chaque variable constitue par conséquent le principal critère pour son adoption¹⁴.

5 Selon la perspective du modèle d'analyse de la statistique nationale (qui ne vise pas à justifier les écarts mais à les expliquer), il n'est pas utile, en principe, d'évaluer le potentiel discriminatoire de chaque variable et l'on a jusqu'ici renoncé à cette évaluation¹⁵. Puisque les résultats issus de ce modèle fournissent les bases permettant d'élaborer des mesures politiques efficaces destinées à combattre le traitement discriminatoire des femmes sur le marché de l'emploi, la prise en compte du potentiel discriminatoire peut, toutefois, du point de vue des auteur-e-s de l'étude, aider à mieux comprendre les causes des inégalités salariales et à en déduire des mesures politiques appropriées¹⁶. Ainsi, il est proposé de développer un modèle d'analyse avec des variables présentant un potentiel discriminatoire ainsi qu'un autre modèle d'analyse sans celles-ci. Il serait possible, selon les auteur-e-s de l'étude, de procéder comme suit¹⁷ :

- Tout d'abord, il conviendrait de développer un modèle qui ne tient compte que de variables largement non discriminatoires. Les résultats de ce modèle pourraient être considérés comme la limite supérieure tendancielle de la différence salariale inexpliquée et, dès lors, de la discrimination salariale.
- Un deuxième modèle devrait tenir compte (en dehors des variables du modèle non discriminatoire) d'un nombre maximum de variables possédant un pouvoir explicatif. Les auteur-e-s de l'étude soulignent qu'il ne faudrait considérer les résultats de ce modèle que comme la limite inférieure de la part non explicable de l'inégalité salariale entre hommes et femmes et non comme la limite inférieure d'une éventuelle discrimination salariale. Il existe certes d'autres facteurs explicatifs, mais les mesurer serait tout simplement impossible ou engendrerait une charge de travail que l'on ne saurait justifier. Toutefois, compte tenu du potentiel discriminatoire de ces autres variables, en particulier en ce qui concerne la discrimination salariale indirecte, il est impossible d'exclure la possibilité que la discrimination salariale effective soit supérieure à l'estimation de la part inexpliquée de l'inégalité salariale.

¹⁴ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 57.

¹⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 57.

¹⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 57.

¹⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 83 s.

La procédure décrite permettrait, selon l'étude, de mieux comprendre les causes des écarts salariaux et donc de fournir des indications pour des mesures politiques. Sur la base de cette dernière recommandation, le Conseil fédéral a mandaté le DFI afin d'entreprendre une étude approfondie sur la nécessité de développer pour la statistique nationale un modèle d'analyse avec et sans variables présentant un potentiel discriminatoire¹⁸.

6

Le but de la *présente* étude juridique est d'approfondir les réflexions sur le potentiel discriminatoire des variables et leur opérationnalisation d'un point de vue principalement juridique, et, sur cette base, de formuler des recommandations sur le type de variables appropriées pour un modèle d'analyse de la statistique nationale sans variables présentant un potentiel discriminatoire¹⁹. Une autre étude doit évaluer les méthodes statistiques alternatives appropriées et examiner la possibilité de recueillir dans des registres administratifs d'autres variables pour l'analyse des écarts salariaux²⁰.

7

2. Importance du modèle d'analyse pour la politique et la pratique judiciaire

Il est nécessaire, pour plusieurs raisons, d'être au clair par rapport au potentiel discriminatoire des variables utilisées dans le modèle d'analyse de la statistique nationale. Ce modèle constitue la base permettant d'élaborer des mesures politiques efficaces, destinées à combattre l'inégalité salariale²¹. Les constats établis grâce au modèle d'analyse sont cependant régulièrement utilisés également dans la pratique judiciaire. Le Tribunal fédéral considère les valeurs statistiques de l'ESS comme étant en principe « notoires ». C'est pourquoi il se base sur les valeurs de l'ESS pour de nombreuses questions, comme par exemple le calcul du revenu d'une personne invalide lors de la constatation d'une invalidité²². De manière générale, les tribunaux s'appuient, pour régler des litiges, sur les données provenant de l'ESS pour calculer des indemnités ou pour fixer des plafonds en vertu de l'application de normes protectrices du droit de travail. Ainsi l'art. 5, al. 3, LEg prévoit une indemnité pour harcèlement sexuel d'au maximum trois mois de salaire, calculée sur la base du « salaire moyen suisse ». Dans de tels cas, les tribunaux se basent sur le salaire médian de l'ESS²³. Sachant que le salaire médian est moins élevé que le salaire moyen, des voix s'élèvent dans la doctrine juridique qui posent la question de savoir s'il est, dès lors, admissible de se baser sur le salaire médian²⁴. Dans le cadre du critère de l'accessorité du bonus et de la question de savoir jusqu'à quel montant de salaire les dispositions protectrices du droit de travail sont applicables, le Tribunal fédéral fixe le seuil du « très haut revenu » à une rémunération totale dépassant cinq fois le salaire médian²⁵.

8

¹⁸ Rapport méthodes statistiques, p. 18.

¹⁹ Pour la méthodologie concrète, voir infra n. 20 s.

²⁰ Rapport méthodes statistiques, p. 17.

²¹ Voir supra n. 5.

²² Pour le thème du revenu d'invalidité et de l'ESS, voir en détail infra n. 80 ss.

²³ TF 4A_330/2007 du 17.01.2008 consid. 4.2 ; voir également LEMPEN/VOLODER.

²⁴ Voir HEIZMANN, n. 903-905.

²⁵ ATF 141 III 407 consid. 5 ; 142 III 381, consid. 2.2 et 2.3.

Le cas suivant illustre le défi que représente, pour les tribunaux, la gestion de l'inégalité salariale entre femmes et hommes selon les valeurs statistiques de l'ESS lors du calcul d'un dommage futur²⁶.

Dans le cadre d'un procès en responsabilité civile, les conséquences économiques pour une fillette ayant eu un accident à l'âge de 14 mois ont dû être déterminées²⁷. Le montant de la perte de gain était un des points contestés. Pour définir ce montant, le Tribunal de commerce de Zurich s'est basé sur les valeurs statistiques de l'ESS quant au niveau de salaire et sur les données de l'enquête suisse sur la population active (ESPA) en ce qui concerne le taux d'activité²⁸. D'une part, le Tribunal fédéral a corrigé la décision du Tribunal de commerce qui, lors du calcul de la perte de gain, s'est basé sur les données statistiques du taux d'activité des femmes pour partir du principe que la fillette accidentée aurait réduit son taux d'activité une fois adulte²⁹. D'autre part - et ceci est à souligner dans ce contexte - le Tribunal fédéral, contrairement à l'instance cantonale, a jugé que pour le calcul de la perte de gain future, les salaires des femmes calculés selon l'ESS ne sauraient être relevés au niveau des salaires pertinents des hommes. Le fait que les femmes aient un droit constitutionnel à l'égalité salariale ne signifie toutefois pas que celle-ci aurait dû être prise en compte en matière de droit de la responsabilité civile. La personne lésée ne saurait être placée dans une position plus favorable que celle où elle aurait pu exercer une activité lucrative sans être péjorée³⁰. Dans le cas d'espèce, il n'y avait aucun indice pouvant mener à la conclusion qu'après son accident, la recourante aurait trouvé un emploi sans subir de discrimination salariale. Le Tribunal fédéral a toutefois ordonné à l'instance cantonale de prendre en compte, lors du calcul de la perte de gain sur la base des salaires des femmes selon l'ESS, que la part discriminatoire de l'écart salarial entre femmes et hommes diminuait de plus en plus³¹. Le Tribunal de commerce, appelé à se pencher à nouveau sur ce cas, a concrétisé la consigne du Tribunal fédéral en statuant que, sur la base de la légère diminution de l'écart salarial dans le passé et en prenant en compte des mesures étatiques renforcées à l'avenir, la différence entre les salaires des femmes et ceux des hommes allait diminuer de 0,27 pour cent par an jusqu'en 2019, puis, de 0,4 pour cent annuellement à partir de 2020³². Le Tribunal de commerce a défini le montant de la perte de gain future conformément à ces valeurs³³.

²⁶ Pour la problématique de la discrimination statistique, voir infra n. 65 ss.

²⁷ Premier arrêt du Tribunal de commerce de Zurich, HG110004 du 03.03.2014, recours partiellement admis par le Tribunal fédéral, TF 4A_260/2014 du 08.09.2014, renvoi au Tribunal de commerce, nouvel arrêt du Tribunal de commerce, HG140240 du 16.04.2015.

²⁸ Arrêt du Tribunal de commerce de Zurich, HG110004 du 03.03.2014, consid. 4.4.3.8.

²⁹ Le Tribunal fédéral statue que le taux d'activité des femmes est moins élevé que celui des hommes, mais que cela ne s'explique pas par l'argument que les femmes choisissent un niveau de vie plus bas ; au contraire, la réduction du taux d'activité est en règle générale compensée par un droit à des contributions d'entretien à titre de rémunération pour le travail domestique. S'il est établi que la personne lésée ne se mariera pas et n'aura donc pas droit à des contributions d'entretien, le calcul du dommage sur la base d'un taux d'activité des femmes réduit mène à une sous-indemnisation et est contraire au droit fédéral (TF 4A_260/2014 du 08.09.2014, consid. 5.3).

³⁰ TF 4A_260/2014 du 08.09.2014, consid. 4 et consid. 8.1.

³¹ TF 4A_260/2014 du 08.09.2014, consid. 8.2.

³² Arrêt du Tribunal de commerce de Zurich, HG140240 du 16.04.2015, consid. 4.2.6.5.

³³ Arrêt du Tribunal de commerce de Zurich, HG140240 du 16.04.2015, consid. 4.2.7.

L'exemple en matière de droit de la responsabilité civile présenté ci-dessus montre clairement que la différence salariale inexplicable, calculée dans le cadre du modèle d'analyse (*malgré* sa perspective macro-économique), induit un effet sur les individus. Ce constat est primordial pour la présente étude. S'il devait s'avérer que le calcul de la part inexplicable de la différence salariale se fondait sur des variables discriminatoires et, qu'ainsi, la différence salariale était enjolivée, une telle conclusion n'aurait pas « seulement » des répercussions sur la question de l'urgence politique en matière de mesures en vue de l'égalité salariale. Dans le domaine du droit de la responsabilité civile au moins, les personnes (féminines) lésées dont la perte de gain serait calculée sur une base erronée seraient également concernées. Au sein de la doctrine en matière de droit de la responsabilité civile, l'arrêt du Tribunal fédéral en question a beaucoup été discuté, tout particulièrement sous l'aspect de la fonction de compensation non idéologique (« ideologiefreie Ausgleichsfunktion ») du droit de la responsabilité civile. Il en ressort qu'il n'appartenait pas au droit de la responsabilité civile de mettre en œuvre des mesures d'égalité³⁴.

11

3. Débat scientifique et politique sur la juste manière d'analyser l'égalité salariale

L'enquête suisse sur la structure des salaires permet de mettre statistiquement en évidence les écarts salariaux entre femmes et hommes. Le modèle d'analyse de la statistique nationale (évaluation spéciale de l'égalité salariale) déjà existant permet de distinguer la part explicable de la part inexplicable dans la différence de rémunération entre les sexes. Dans le débat politique, la part inexpliquée de l'écart salarial est parfois considérée comme étant la preuve de la discrimination salariale des femmes³⁵.

12

D'un point de vue scientifique, mais avant tout d'un point de vue politique, il est contesté que les aspects non explicables des différences de salaires conduisent obligatoirement à la conclusion que celles-ci sont discriminatoires. En outre, il y a désaccord sur la question de savoir si les variables prises en considération pour expliquer les différences de salaires sont suffisantes. Certains postulent que les écarts salariaux inexplicables se réduiraient automatiquement si davantage de variables étaient prises en considération dans l'analyse. D'autres avancent que les variables servant à expliquer les différences de salaires, ou du moins certaines d'entre elles, seraient elles-mêmes discriminatoires.

13

Le think tank « Avenir Suisse » est l'un des principaux opposants à l'idée que la part inexplicable des écarts salariaux constituerait forcément une discrimination. En novembre 2015, il a publié une étude sur la parité salariale³⁶. Les auteur-e-s de cette étude arrivent à la conclusion que la raison principale expliquant les différences salariales se trouve dans les différences entre les parcours professionnels des femmes et des hommes. Comme preuve, des chiffres sont notamment avancés selon lesquels les

14

³⁴ Pour la discussion, voir WEBER, p. 158. Les variables à la base de l'ESS et du modèle d'analyse de l'inégalité salariale n'ont pas été remises en question. Voir également infra n. 82.

³⁵ Dans le cadre de litiges salariaux, le Tribunal fédéral considère les écarts salariaux inexplicables également comme discriminatoires, voir TF 4A_449/2008 du 25.02.2009, consid. 3.1 ; voir également TF 4C.57/2002 du 10.09.2002, consid. 2 (avec référence à l'arrêt de l'instance inférieure).

³⁶ SALVI et al.

différences salariales entre femmes et hommes seraient moins marquées en début de carrière que, plus tard, le long de la carrière professionnelle³⁷. L'étude remet en question la manière employée jusqu'ici pour définir les écarts salariaux inexplicables et souligne qu'on ne saurait conclure automatiquement à une discrimination à partir d'une différence salariale inexplicable. Les facteurs pour déterminer des écarts salariaux explicables/inexplicables ne seraient pas clairs et d'importantes variables manqueraient. Pour une vue d'ensemble plus fiable, il serait indispensable d'obtenir des informations par rapport aux interruptions de carrière ainsi que d'autres informations ayant trait au capital humain, telles qu'en matière de connaissances linguistiques ainsi que de compétences cognitives et sociales³⁸. Selon l'étude, l'enquête sur la structure des salaires et le modèle d'analyse ne prendraient pas en compte certains facteurs comme, par exemple, le comportement lors de la négociation du salaire³⁹. L'analyse actuelle des écarts salariaux devrait donc être remise en question étant donné que plus les critères de dotation influençant le niveau du salaire en tant que facteurs explicatifs sont pris en compte, plus la part de la différence salariale inexpliquée est réduite. Finalement, sur la base des données disponibles en Suisse, il serait impossible de se prononcer de manière fiable sur les différences salariales inexplicables et sur l'ampleur de la discrimination. L'on peut soupçonner qu'avec des données socioéconomiques détaillées, la différence salariale fondée sur le sexe serait sensiblement moins élevée⁴⁰.

15 En octobre 2015, l'« Institut Libéral » a publié l'étude « À travail égal salaire égal »⁴¹. La critique de l'auteur CHRISTIAN HOFFMANN sur l'identification d'une part discriminatoire de la différence salariale va dans la même direction que celle d'« Avenir Suisse ». HOFFMANN est également de l'avis qu'aucun relevé statistique en Suisse ne prend en compte toutes les données pertinentes pour la détermination d'une éventuelle discrimination salariale. Il serait dès lors légitime d'affirmer que, bien que d'après l'enquête sur la structure des salaires un écart salarial d'au maximum neuf à dix pour cent puisse hypothétiquement être attribué à la discrimination, cet effet serait probablement beaucoup moins élevé⁴². Cette affirmation est appuyée par des résultats d'études internationales, allemandes notamment, qui démontrent un lien décisif avec le choix des études, celui de fonder une famille ainsi que celui de la poursuite ou non de la carrière professionnelle⁴³.

16 Une étude conjointe d'un bureau de recherche privé et de l'Université de Berne sur mandat de l'Union patronale suisse (UPS) arrive à des conclusions similaires⁴⁴. Les résultats de la recherche internationale font apparaître la tendance que les différences de salaires entre femmes et hommes pourraient s'expliquer essentiellement par des éléments comme les interruptions de carrière, le travail à temps partiel, le choix de professions et de postes moins orientés vers une carrière ainsi que la préférence pour

³⁷ SALVI et al., p. 25 ss.

³⁸ SALVI et al., p. 34 ss.

³⁹ SALVI et al., p. 35.

⁴⁰ SALVI et al., p. 38 s.

⁴¹ HOFFMANN.

⁴² HOFFMANN, p. 20.

⁴³ HOFFMANN, p. 20, avec les références à OCHSENFELD, entre autres.

⁴⁴ B,S,S./Université de Berne.

une activité dans des branches à moindre création de valeur et pour des horaires de travail fixes⁴⁵. Les conclusions des auteurs de l'étude peuvent être résumées ainsi⁴⁶ :

- La part inexpliquée de la différence de salaire peut être imputée à une discrimination mais aussi à des différences expliquées par des facteurs non relevés par l'enquête statistique pouvant avoir un lien direct ou indirect avec la productivité des employé-e-s.
- Les différences salariales mesurables statistiquement (du point de vue macro-économique) découlent d'une interaction entre facteurs complexes au niveau des entreprises, des employé-e-s et de leur comportement sur le marché du travail. En plus du capital humain et du taux d'activité, il faudrait également prendre en compte la différence de comportement des femmes et des hommes lors de la négociation du salaire.

Dans une étude des différences de salaires du point de vue syndical⁴⁷, les auteur-e-s arrivent à la conclusion que l'ampleur de la discrimination serait plus grande que ce que les chiffres estimés sur la base du modèle d'analyse national démontrent⁴⁸. Les facteurs explicatifs des différences de salaires sont particulièrement critiqués. Ainsi, le facteur « qualification » serait problématique car il négligerait le fait que les femmes soient souvent déjà discriminées au niveau de l'accès à certaines positions qualifiées. De plus, une rémunération plus faible dans les activités typiquement féminines, comme la vente et le nettoyage, serait considérée comme une différence explicable, sans tenir compte du fait que si les salaires versés dans ces branches sont si bas, cela serait uniquement parce qu'il s'agirait d'activités exécutées en majorité par des femmes⁴⁹. En outre, les auteur-e-s critiquent la méthode de relevé des données ; les employeurs ne seraient pas toujours en mesure de refléter fidèlement les systèmes salariaux des entreprises, la réalité dans celles-ci étant plus complexe que les grilles du questionnaire. Malgré les réserves émises à l'encontre de l'enquête sur les salaires et l'analyse des données, il est manifeste, pour les auteur-e-s, que les femmes subissent des discriminations salariales, l'ampleur de celles-ci étant globalement sous-estimée. L'étude reconnaît (en étant sur ce point d'accord avec les auteur-e-s d'« Avenir Suisse » et de de l'« Institut Libéral ») que la trop grande imprécision du questionnaire peut induire une surévaluation de la discrimination, mais que cet effet est compensé par le fait que le questionnaire est rempli de manière discriminatoire, entraînant tendanciellement une sous-évaluation de la discrimination⁵⁰.

En Allemagne, le débat scientifique sur les différences de salaires explicables et inexpliquables remet également en question la conclusion que la part inexpliquée de l'écart salarial reflète l'ampleur de la discrimination. Ainsi, il se pourrait que la répartition des femmes et des hommes selon certains critères de dotation (par exemple qualification ou branche) soit déjà, en soi, le résultat de structures sociétales

⁴⁵ B,S,S./Université de Berne, p. 19 ss.

⁴⁶ B,S,S./Université de Berne, p. 63 ss.

⁴⁷ WERDER/GALLUSER/LAMPART.

⁴⁸ WERDER/GALLUSER/LAMPART, p. 13 ss.

⁴⁹ WERDER/GALLUSER/LAMPART, p. 13.

⁵⁰ WERDER/GALLUSER/LAMPART, p. 14.

discriminatoires⁵¹. Il est également relevé que les effets d'une éventuelle discrimination causée par le traitement défavorable des femmes dans la formation et la formation continue soient considérés comme faisant partie des composantes explicatives de l'inégalité salariale⁵². Disséquer le « Gender Pay Gap » ne serait pas le bon chemin pour éliminer la discrimination salariale directe et indirecte⁵³.

19 Le débat scientifique sur la « juste » manière d'analyser l'égalité salariale comprend forcément une dimension politique. Plus la part discriminatoire ou inexplicable de la différence salariale est grande, plus la demande de mesures au niveau politique ou juridique pour améliorer le statu quo est importante. Pourtant, la dimension individuelle (cas concret d'une inégalité salariale dans une entreprise), la perspective du point de vue de l'entreprise (inégalité salariale dans une entreprise) et la situation macro-économique (inégalité salariale répandue dans plusieurs branches ou entreprises) ne sont souvent pas bien distinguées dans le débat. Les questions à examiner dans la présente étude concernant l'enquête sur la structure des salaires et le modèle d'analyse se réfèrent uniquement au niveau *macro-économique*. On constatera effectivement que, du point de vue juridique, la répartition de la différence salariale en part explicable et inexplicable est de moindre importance. L'obligation ancrée dans la Constitution et dans le droit international de respecter l'égalité entre les femmes et les hommes est globale et va au-delà d'une simple interdiction de discrimination. On peut d'ores et déjà constater que, d'un point de vue juridique, les facteurs de l'inégalité salariale explicable selon le modèle statistique ne sont pas moins problématiques que la part inexplicable.

B. Problématique et méthodologie

Selon l'appel d'offres du BFEG⁵⁴, l'expertise doit répondre aux questions de recherche suivantes :

20

- A. Analyse du potentiel discriminatoire lié au sexe du point de vue juridique
 - (a) des facteurs utilisés pour expliquer les différences salariales entre les sexes qui ont été évalués dans l'étude pré-mentionnée ; et
 - (b) de l'opérationnalisation de ces facteurs explicatifs (manière dont ils sont définis et mesurés concrètement).
- B. Recommandations indiquant lesquels de ces facteurs explicatifs sont appropriés du point de vue juridique pour figurer dans un modèle d'analyse de la statistique nationale exempt de facteurs présentant un potentiel discriminatoire (en se fondant sur les résultats du point A).

21

L'étude doit démontrer, d'un point de vue juridique, quels sont les facteurs parmi ceux utilisés pour mesurer les disparités salariales avec un potentiel discriminatoire et quels sont ceux appropriés pour

⁵¹ TONDORF, p. 9 ss.

⁵² JOCHMANN-DÖLL, p. 8.

⁵³ TONDORF, p. 10.

⁵⁴ Selon l'« Appel d'offres Expertise sur le potentiel discriminatoire » du BFEG du 19.02.2016, http://www.seval.ch/de/documents/Ausschreibung%20Gutachten%20Diskriminierungspotenzial_de.pdf, en allemand seulement (site consulté pour la dernière fois le 04.12.2017).

une statistique non discriminatoire. Le mandat débouchera sur une expertise à caractère pédagogique présentant des recommandations claires, rédigée de façon à être accessible à un large public.

Afin de pouvoir répondre aux questions de recherche, les sources du droit, la doctrine ainsi que la jurisprudence seront analysées. Après présentation du contexte, nous exposerons les bases juridiques du modèle d'analyse national de manière complète et systématique et en déduirons les exigences qualitatives auxquelles le relevé de l'(in)égalité salariale dans la statistique nationale et son analyse devront répondre. À cet effet, nous nous appuierons sur les sources du droit, sur la doctrine et sur la jurisprudence nationales et internationales et prendrons également en compte des discours concernant la collecte de données dans d'autres domaines exposés à la discrimination. Suivra une appréciation des facteurs du modèle d'analyse national à la lumière de ces résultats. Sur la base des principaux résultats de chaque chapitre et de la discussion dans le groupe d'accompagnement, les questions de recherche seront élucidées par la suite. L'étude se terminera par une conclusion qui contiendra en particulier une recommandation sur les facteurs explicatifs appropriés de l'ESS (et leur opérationnalisation), du point de vue juridique, pour un modèle d'analyse de la statistique nationale sans facteurs à potentiel discriminatoire.

22

Il convient d'ores et déjà de préciser que la présente étude est avant tout une analyse juridique. La définition juridique de la discrimination salariale est différente de sa définition économique⁵⁵. Selon l'approche économique : « il y a discrimination salariale dès lors que des hommes et des femmes, pourtant équivalents de par leurs caractéristiques pouvant intéresser le marché du travail et de par leur productivité, touchent des salaires différents »⁵⁶. De telles différences peuvent s'expliquer par des facteurs de capital humain différents⁵⁷. À l'aide d'analyses économétriques, l'on peut établir si des femmes et des hommes avec le même capital humain reçoivent un salaire identique ou non⁵⁸. Les sciences économiques considèrent également comme discriminatoires les différences salariales ne pouvant pas s'expliquer par la productivité différente des femmes et des hommes⁵⁹. Du point de vue empirique cependant, il est fort improbable que tous les facteurs explicatifs d'une différence de productivité puissent être observés.

23

La définition juridique de la discrimination salariale est plus large. Elle part du principe « salaire égal pour un travail de valeur égale »⁶⁰. Du point de vue juridique, il y a discrimination illicite en matière de rémunération lorsque les écarts salariaux sont liés à des circonstances résultant de l'appartenance à un sexe sans que le travail fourni ne puisse justifier objectivement ces écarts⁶¹. Contrairement à une

24

⁵⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 23 ss. ; TONDORF, p. 2 s.

⁵⁶ WEICHSELBAUMER/WINTER-EBMER selon FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 23.

⁵⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 12.

⁵⁸ TONDORF, p. 3.

⁵⁹ TONDORF, p. 4.

⁶⁰ À ce sujet, voir parmi d'autres AUBRY GIRARDIN, Comm. Art. 3 LEg n. 23.

⁶¹ AUBRY GIRARDIN, Comm. Art. 3 LEg n. 22.

définition économique, des caractéristiques ayant trait uniquement au marché du travail⁶² ne sauraient justifier d'un point de vue juridique des différences salariales, dès lors que les activités exercées au sein de l'entreprise sont de valeur égale car équivalentes sur le plan des exigences⁶³. De plus, la sous-évaluation d'activités typiquement féminines, souvent basée sur des stéréotypes, est uniquement prise en compte par la définition juridique de la discrimination salariale⁶⁴.

II. Bases juridiques d'une statistique non discriminatoire

A. Introduction

25 Le modèle d'analyse de la statistique nationale destiné à expliquer l'inégalité salariale entre femmes et hommes se base sur l'enquête sur la structure des salaires (ESS). Celle-ci se présente sous la forme d'un questionnaire écrit envoyé par l'Office fédéral de la statistique (OFS) tous les deux ans à quelques 35 000 entreprises actives en Suisse (état en 2012)⁶⁵. Outre le secteur d'activité et la taille de l'entreprise, l'ESS examine une diversité de caractéristiques propres aux personnes et aux postes de travail pour environ 1,7 millions d'individus, soit plus de 40 pour cent de la population active⁶⁶.

26 L'art. 1, al. 1, en relation avec l'annexe 21 de l'ordonnance sur les relevés statistiques⁶⁷ constitue la base juridique de l'ESS. L'annexe 21 mentionne l'ESS explicitement et décrit le type et l'objet de l'enquête. L'ordonnance sur les relevés statistiques se fonde sur la loi sur la statistique fédérale (LSF) qui à son tour se base sur l'art. 65, al. 1, de la Constitution (Cst.) et secondairement sur les art. 64, 100 et 164, al. 1, let. g, Cst. Au niveau du droit international, la Convention n° 160 de l'Organisation internationale du Travail (OIT) concernant les statistiques du travail⁶⁸ oblige également les États membres à

⁶² Exemple selon FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 26 : « On considérera par exemple d'un point de vue juridique que des différences salariales entre les femmes et les hommes employés par une même entreprise, devant répondre à des exigences comparables mais intervenant sur des marchés pas aussi lucratifs l'un que l'autre (et qui donc, sur la base des prix du marché, présentent une productivité différente) constituent une pratique discriminatoire. D'un point de vue économique, il n'y aurait pas discrimination, car des prix plus élevés sur le marché accroissent la productivité d'un collaborateur et justifient un salaire plus élevé ».

⁶³ ATF 131 II 393, consid. 7.4 ; FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 26.

⁶⁴ TONDORF, p. 4.

⁶⁵ Il convient de rappeler que l'ESS n'a pas été conçue pour analyser les écarts salariaux entre les sexes. Le choix des variables dépendait essentiellement des informations disponibles et ne se faisait pas sur la base d'une réflexion approfondie dans la perspective de genre. Il est dès lors difficile de modifier les variables de l'ESS de sorte qu'elles répondent mieux aux exigences dans cette perspective. Cependant, il est possible d'identifier les éléments les plus problématiques afin de soulever l'importance de la part expliquée de la différence salariale et, finalement, la nécessité d'éliminer ces variables du modèle.

⁶⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 31.

⁶⁷ Ordonnance concernant l'exécution des relevés statistiques fédéraux (Ordonnance sur les relevés statistiques) du 30.06.1993, RS 431.012.1.

⁶⁸ Convention n° 160 du 25.06.1985 concernant les statistiques du travail, entrée en vigueur pour la Suisse le 07.05.1988, RS 0.822.726.0.

compiler des statistiques sur la structure et la répartition des salaires, du moins, pour les branches d'activité économique importantes⁶⁹.

Le modèle d'analyse de la statistique nationale n'est pas une enquête statistique, mais un instrument pour l'évaluation des données récoltées dans le cadre de l'ESS. L'analyse des différences salariales entre femmes et hommes, dans le contexte du modèle d'analyse de la statistique nationale, correspond à l'objectif 9 du programme pluriannuel de la statistique fédérale 2016-2019, selon lequel la Suisse garantit le respect de l'égalité des sexes⁷⁰. Cependant, ni la loi sur la statistique fédérale ni l'ordonnance sur les relevés statistiques ne contiennent un mandat légal explicite pour un tel modèle d'analyse. L'art. 3, al. 2, let. d, LSF précise toutefois que la statistique fédérale sert à « évaluer la mise en œuvre du mandat constitutionnel de l'égalité des sexes et de l'égalité entre les personnes handicapées et les personnes non handicapées ». En procédant ainsi, le législateur détermine un but qualitatif pour les relevés statistiques et leur analyse. Ceux-ci doivent refléter la réalité sociale quant à l'égalité entre femmes et hommes, « en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail » (art. 8, al. 3, 2^{ème} phrase, Cst.) de manière adéquate, car ce n'est qu'ainsi que l'administration, le législateur et les tribunaux peuvent, chacun dans leur champ de compétence, assumer leurs responsabilités pour les mesures politiques et juridiques nécessaires en vue de la réalisation de l'égalité de droit et de fait entre les femmes et les hommes.

27

Le mandat de réalisation de l'égalité entre femmes et hommes, auquel renvoie la loi sur la statistique fédérale, se fonde, d'un côté, sur l'art. 8, al. 3, Cst. et, de l'autre, sur de nombreuses conventions internationales sur les droits de l'homme ratifiées par la Suisse. L'égalité salariale entre femmes et hommes pour un travail égal ou pour un travail de valeur égale occupe une place particulièrement importante. Par la suite, sera systématiquement examinée la question de savoir quelles exigences *qualitatives* pour des relevés statistiques et leur analyse peuvent être déduites du mandat constitutionnel et des obligations de droit international en vue de la réalisation de l'égalité salariale entre femmes et hommes. Des actes législatifs et la juridiction en matière d'égalité de l'Union européenne (UE) seront également analysés dans une perspective de droit comparé en ce qui concerne l'élaboration de statistiques non discriminatoires. Enfin, il serait également intéressant de savoir si des impulsions pour la présente question de recherche peuvent être repérées dans les instruments et documents non contraignants juridiquement publiés par les organisations des autorités statistiques ainsi que par des organes de l'UE et de l'OIT.

28

⁶⁹ Voir l'art. 10 de la Convention.

⁷⁰ OFS, Programme pluriannuel de la statistique 2016-2019, p. 9.

B. Égalité salariale et statistique : aspects de droit constitutionnel, de droit international et de législation nationale

1. Interdiction de l'inégalité salariale dans le droit constitutionnel et dans le droit international, concrétisation dans la loi

1.1 Art. 8, al. 2 et 3, Cst., LEg et droit des marchés publics

29 L'art. 8, al. 3, Cst. détermine le droit à l'égalité entre femmes et hommes en trois phrases⁷¹. La première contient une interdiction de discrimination, la deuxième un mandat législatif et la troisième le droit à l'égalité salariale qui est, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine, directement applicable dans les rapports de travail de droit privé également⁷². L'interdiction de traitement inégal fondé sur le sexe se trouve, en outre, dans la liste des motifs de discrimination interdits de l'art. 8, al. 2, Cst. ; cependant, cette mention n'a pas de signification propre en présence de l'art. 8, al. 3, Cst.⁷³.

30 Le mandat constitutionnel de pourvoir à l'égalité a été concrétisé dans la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité, LEg). Selon l'art. 3, al. 1 et 2, en relation avec l'art. 5, al. 1, let. d, LEg et l'art. 8, al. 3, 3^{ème} phrase, Cst., l'interdiction de discrimination directe et indirecte fondée sur le sexe s'applique (également) à la rémunération⁷⁴. Lors d'une discrimination directe, un traitement inégal est directement lié au sexe, autrement dit, une activité similaire ou du moins comparable est rémunérée différemment selon le sexe⁷⁵. Une discrimination est qualifiée d'indirecte lorsqu'une mesure est formellement neutre mais peut avoir pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à celle de l'autre sans que cela ne soit justifié objectivement⁷⁶. Il y a discrimination salariale indirecte fondée sur le sexe, selon la doctrine et la jurisprudence, si l'on constate des différences salariales objectivement non justifiées au détriment d'un travail identifié à un genre⁷⁷. L'identification d'une activité à un genre se base, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, principalement sur des éléments quantitatifs et statistiques⁷⁸, la part d'un sexe devant être nettement plus élevée que la part de l'autre dans un groupe des personnes discriminées⁷⁹. Une fonction est en

⁷¹ BSK BV-WALDMANN, Art. 8 n. 96.

⁷² ATF 131 I 105, consid. 3.3 ; 124 II 436, consid. 10 ; 118 Ia 35, consid. 2b ; 117 Ia 262, consid. 2c ; 113 Ia 107, consid. 1a ; SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 al. 3, n. 119, 122 ; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 n. 114 ; Comm. BV-BIAGGINI, Art. 8 n. 33.

⁷³ Comm. BV-BIAGGINI, Art. 8 n. 27.

⁷⁴ ATF 124 II 409, consid. 7 ; AUBRY GIRARDIN, Comm. Art. 3 LEg n. 26 ; FREIVOGEL, Comm. Art. 3 GIG n. 138, 153 ; SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3, n. 124 ; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 n. 119.

⁷⁵ Message LEg, p. 1210.

⁷⁶ Message LEg, p. 1210.

⁷⁷ ATF 125 II 530, consid. 4a-e ; 125 III 368, consid. 5.

⁷⁸ ATF 141 II 411, consid. 6.2.

⁷⁹ ATF 124 II 529, consid. 5e.

principe considérée comme typiquement féminine si la part de femmes s’y élève à nettement plus de 70 pour cent⁸⁰.

Dès lors, dans une procédure *individuelle*, la LEg offre une protection juridique contre les discriminations fondées sur le sexe dans le domaine de la rémunération, entre autres. En outre, la concrétisation de l’égalité salariale au niveau des entreprises est soutenue par la législation sur les marchés publics. Ainsi, l’art. 8, al. 1, let. c, de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) prévoit que l’adjudicateur n’adjuge le marché seulement à un soumissionnaire garantissant à ses salariés l’égalité de traitement sur le plan salarial entre femmes et hommes pour les prestations fournies en Suisse. Des dispositions similaires se retrouvent dans les législations cantonales sur les marchés publics⁸¹.

31

À ce stade, la nécessité de disposer de données statistiques en vue de la réalisation de l’égalité salariale se décèle déjà. Des informations statistiques sont indispensables pour prouver une discrimination lors d’un procès en égalité des salaires ou du moins pour la rendre vraisemblable dans le sens de l’allègement du fardeau de la preuve pour les procédures en égalité salariale en vertu de l’art. 6 LEg⁸². Dans la pratique, l’on constate que le droit à l’égalité salariale fondé sur l’art. 8, al. 3, 3^{ème} phrase, Cst. et applicable *individuellement* n’est pas resté lettre morte. Dans les banques de données concernant la loi sur l’égalité, pas moins de 316 cas relatifs à l’égalité salariale sont recensés (sur 850 cas en tout) pour la période entre 1981 (ancrage du principe de l’égalité des salaires dans la Constitution) et la première moitié de 2017⁸³.

32

Des différences de salaires peuvent également reposer sur des raisons objectives et ne sauront dès lors être qualifiées comme discriminatoires. Une justification objective exige la présence de critères objectifs⁸⁴. Selon le Tribunal fédéral, en font notamment partie, d’une part, des facteurs pouvant influencer la valeur même du travail (la formation, l’ancienneté, la qualification, l’expérience, le domaine concret d’activité, la performance, les risques encourus)⁸⁵, et, d’autre part, des motifs ne se rapportant pas non plus immédiatement à l’activité de la travailleuse ou du travailleur, mais découlant de préoccupations sociales (les charges familiales, l’âge)⁸⁶. Si cela répond à un « véritable besoin de l’entreprise », il est également possible de prendre en compte des facteurs extérieurs comme la situation

33

⁸⁰ ATF 125 II 385, consid. 3b p. 387 ; 125 II 530, consid. 2b p. 532 ; TF 2A.205/2004 du 08.04.2005, consid. 4.2 ; 1A.34/1999 du 05.10.1999.

⁸¹ Par exemple, l’art. 8, al. 1, let. d, de la loi sur les marchés publics (LCMP) du canton de Berne en relation avec l’art. 24, al. 1, de l’ordonnance sur les marchés publics (OCMP) du canton de Berne ainsi que l’art. 6a, al. 1, let. a, et l’art. 37 du règlement sur les marchés publics (RMP) du canton de Fribourg.

⁸² ATF 130 III 145 ; STAUBER-MOSER, p. 1357 ; ARIOLI/EGG, p. 1299 ss. ; SCHÄR MOSER/BAILLOD, p. 1384 ; STEIGER-SACKMANN, Comm. Art. 6 GIG n. 78.

⁸³ Voir la banque de données en Suisse germanophone <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d102.html> (site consulté pour la dernière fois le 02.06.2017) et en Suisse francophone <http://www.leg.ch/juris-prudence> (site consulté pour la dernière fois le 02.06.2017).

⁸⁴ Pour le tout, voir ATF 136 II 393, consid. 11.3, avec les références.

⁸⁵ ATF 127 III 207, consid. 3c.

⁸⁶ ATF 130 III 145, consid. 5.2 ; 127 III 207, consid. 3c ; 125 III 368, consid. 5 ; se montrant critique : AUBRY GIRARDIN, *Égalité salariale*, p. 1069 ; FREIVOGEL, Comm. Art. 3 GIG, n. 146.

conjoncturelle⁸⁷. Pour justifier les écarts salariaux, il ne suffit pas que l'employeur invoque un tel motif. Il doit, au contraire, démontrer qu'il poursuit un but objectif répondant à un véritable besoin de l'entreprise et que les mesures discriminatoires adoptées sont propres à atteindre le but recherché sous l'angle du principe de la proportionnalité⁸⁸. La prudence est de mise envers une justification de l'inégalité par des arguments liés à l'évolution de la conjoncture. Le Tribunal fédéral reconnaît que la situation conjoncturelle peut justifier des différences de salaires⁸⁹, mais exige que les facteurs déterminants soient documentés par des données économiques et statistiques⁹⁰. Dans l'ensemble, l'on constate que le Tribunal fédéral a renforcé récemment les exigences en matière de justification de différences de salaires par des arguments de marché et de conjoncture⁹¹.

34 Dans la jurisprudence du Tribunal fédéral illustrée ci-dessus, il s'agit de *justifier les écarts salariaux dans des cas particuliers*. Cependant, le modèle d'analyse de la statistique nationale utilise en partie les mêmes facteurs dans le but d'identifier la part explicable des écarts salariaux. Les faits justificatifs reconnus par le Tribunal fédéral, par contre, concernent des litiges salariaux dans un cas concret. Par rapport à cette différence, il y a lieu d'observer ce qui suit ; à la différence d'actions individuelles en discrimination salariale, l'analyse systématique des salaires au niveau de la statistique nationale ne se base pas sur la comparaison des salaires de (en général) deux employé-e-s de sexes différents, mais sur la comparaison de la totalité des salaires de toutes les femmes et tous les hommes de l'économie suisse. Sur la base de cette analyse, il n'est dès lors pas possible de juger concrètement la fixation des salaires dans un cas individuel. Il s'ensuit que dans le contexte d'une analyse macroéconomique (à la différence d'une action individuelle en paiement du salaire), l'on ne saura pas répondre à la question de savoir si les facteurs pour fixer les salaires ont été appliqués de manière non discriminatoire⁹². A notre avis, il n'est pas admissible de reprendre ces facteurs justificatifs tels quels dans l'analyse de l'ESS pour déterminer la part explicable et donc (prétendument) non discriminatoire des écarts salariaux.

1.2 Interdiction de l'inégalité salariale fondée sur le sexe dans le droit international

35 De nombreuses conventions internationales sur les droits de l'homme comprennent des interdictions de discrimination fondée sur le sexe⁹³, notamment :

- Art. 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH)
- Art. 1, ch. 3, de la Charte des Nations Unies⁹⁴

⁸⁷ ATF 136 II 393, consid. 11.3 ; 130 III 145, consid. 5.2 p. 164 s. (chaque fois avec les références).

⁸⁸ ATF 141 II 411, consid. 6.1.2 ; 136 II 393, consid. 11.3 ; 130 III 145, consid. 5.2.

⁸⁹ ATF 113 Ia 107, consid. 4a ; 126 II 217 ; 125 III 368, consid. 5c cc).

⁹⁰ ATF 125 III 368, consid. 5c.

⁹¹ Ainsi également l'analyse de GEISER/MAUCHLE, p. 30.

⁹² Cf. MARTI WHITEBREAD, p. 1557.

⁹³ Cf. PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, n. 114.

⁹⁴ Charte des Nations Unies du 26.06.1945, entrée en vigueur pour la Suisse le 10 septembre 2002, RS 0.120.

- Art. 2, al. 2, art. 3 et art. 7, let. a, du Pacte ONU I⁹⁵
- Art. 2, al. 1, et art. 3, let. d, du Pacte ONU II⁹⁶
- Art. 14 en relation avec d'autres dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)
- Art. 6 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)
- Art. 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE)
- Art. 2 de la Convention n° 111 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)⁹⁷

La Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) contient des obligations concrètes en faveur de l'égalité, en particulier sur la garantie du salaire égal pour un travail de valeur égale⁹⁸. Cette convention a un caractère asymétrique. Elle met l'accent sur la position des femmes et non sur une égalité symétrique des sexes, ce que les conventions de l'OIT ou l'art. 8, al. 3, Cst., par exemple, promeuvent⁹⁹. Dans l'ATF 137 I 305 (il s'agissait d'examiner si la décision de ne pas renouveler la Commission pour l'égalité entre femmes et hommes dans le canton de Zoug était admissible), le Tribunal fédéral statuait que le mandat sur l'égalité tel qu'il est exprimé dans la CEDEF était contraignant pour la Suisse, les autorités concernées disposant d'un pouvoir d'appréciation uniquement sur la manière d'accomplir cette tâche¹⁰⁰. Selon le Tribunal fédéral, les recommandations du Comité de surveillance compétent aux États parties et les « Observations finales » doivent également être respectées par les autorités nationales¹⁰¹.

36

De plus, la Convention n° 100 de l'OIT¹⁰² comprend également des dispositions sur l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et féminine pour un travail de valeur égale. Les États membres doivent notamment encourager et, dans la mesure où ceci est compatible avec les méthodes en vigueur pour la fixation des taux de rémunération, assurer l'application à tous les travailleurs du principe de l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et féminine pour un travail de valeur égale¹⁰³. Cette convention fait partie des conventions fondamentales de l'OIT, ce qui confirme l'importance de l'égalité salariale entre les sexes au niveau universel¹⁰⁴.

37

⁹⁵ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I), entrée en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, RS 0.103.1.

⁹⁶ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II), entrée en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, RS 0.103.2.

⁹⁷ Convention n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, entrée en vigueur pour la Suisse le 13 juillet 1962, RS 0.822.721.1.

⁹⁸ SGK BV-SCHWEIZER, Art. 8 n. 84.

⁹⁹ Cf. Comm. CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 Allgemein, n. 73 ; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 8 n. 89.

¹⁰⁰ ATF 137 I 305, consid. 4.

¹⁰¹ ATF 137 I 305, consid. 6.5 ; cf. PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, n. 126.

¹⁰² Convention n° 100 du 29 juin 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et féminine pour un travail de valeur égale, entrée en vigueur pour la Suisse le 25 octobre 1973, RS 0.822.720.0.

¹⁰³ Art. 2, al. 1, de la Convention.

¹⁰⁴ Pour les conventions fondamentales de l'OIT en général et la Convention n° 100 de l'OIT, voir DEMIR.

2. L'élimination de l'inégalité salariale comme mandat pour les autorités

38 Compte tenu de ce qui précède, il ressort clairement que la discrimination salariale à raison du sexe est illicite en vertu du droit constitutionnel mais également en vertu du droit international contraignant pour la Suisse. Concrètement, les personnes concernées ont le droit de faire cesser la discrimination salariale en utilisant les voies de recours prévues à cet effet. Pourtant, la seule protection juridique individuelle ne suffit pas pour satisfaire au principe de l'égalité des salaires. Les diverses dimensions d'obligations étatiques en vue d'éliminer l'inégalité salariale basée sur le sexe sont exposées et analysées ci-après.

2.1. Les différentes obligations dans la Constitution

39 En vertu de l'art. 35, al. 1, Cst., les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique. Ce principe fondamental a également un effet sur le droit à l'égalité salariale. Ainsi, le droit fondamental ancré dans l'art. 8, al. 3, Cst. à l'égalité de traitement et, en particulier, à une rémunération non discriminatoire, comporte à la fois *une dimension justiciable* et *une dimension programmatique* (également appelées obligation de protéger et obligation de garantir)¹⁰⁵.

40 Tandis que la dimension justiciable se réfère à l'octroi de droits (déductibles en justice) en vue de l'élimination de la discrimination salariale, la dimension programmatique vise l'encouragement de mesures au niveau des entreprises et de la société pour la mise en pratique du principe de l'égalité des salaires. Citons comme exemple l'intégration du principe de l'égalité salariale dans le droit des marchés publics de la Confédération et des cantons¹⁰⁶. Le mandat de garantie selon l'art. 8, al. 3, Cst. comprend également l'obligation d'éliminer les stéréotypes et de surmonter les structures discriminatoires. Dans son arrêt de principe concernant la politique en matière d'égalité ATF 137 I 305, le Tribunal fédéral précise que des mesures ciblées sont nécessaires pour éliminer les représentations stéréotypées des rôles féminins et masculins, les modèles de comportements sociétaux institutionnalisés ainsi que les discriminations qui les accompagnent afin d'initier un changement de mentalité dans la société¹⁰⁷.

2.2 Les trois types d'obligations dans le droit international

41 Selon une terminologie généralement reconnue, les obligations découlant de conventions internationales sur la protection des droits de l'homme peuvent être attribuées à trois types. Il s'agit de distinguer entre les obligations de respecter (« obligations¹⁰⁸ to respect »), les obligations de protéger (« obligations to protect ») et les obligations de garantir et de donner effet (« obligations to fulfil »)¹⁰⁹. Ces trois types d'obligations issues du droit international correspondent à la dimension justiciable

¹⁰⁵ Pour la terminologie dans le droit constitutionnel concernant les obligations étatiques découlant des droits fondamentaux, en lieu et place de nombreux autres, voir SGK BV-SCHWEIZER, Art. 35, n. 8 s.

¹⁰⁶ Cf. MARTI WHITEBREAD, p. 1553 s.

¹⁰⁷ ATF 137 I 305, consid. 3.1.

¹⁰⁸ Parfois on parle de « *duties* » à la place d'« *obligations* ».

¹⁰⁹ PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, n. 121 ; PÄRLI, Vertragsfreiheit, n. 134 ; cf. Comm. CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 Allgemein, n. 9 s.

(« obligation to respect ») et à la dimension programmatique (« obligations to protect » et « obligations to fullfil ») de la Constitution.

Tableau 2 : Les trois types d’obligations étatiques en vue de la diminution de l’inégalité salariale

	« Obligations to respect »	« Obligations to protect »	« Obligations to fullfil »
Signification	Pas de discrimination par des organes étatiques	Lutte contre la discrimination entre particuliers	Mise en œuvre de l’égalité
Instruments à disposition	Adoption de lois sur la protection contre la discrimination		Délégué-e-s à l’égalité, bureaux de l’égalité, chartes, dialogues sur l’égalité des salaires, déclarations d’intention, mesures sur une base volontaire, contrôles du respect de l’égalité salariale, etc.
		Collecte de données statistiques comme condition	Collecte de données statistiques comme condition

Source : Schéma établi par nos soins

Les organes étatiques ne doivent discriminer personne sur la base du sexe (« obligations to respect »)¹¹⁰. En ce qui concerne la discrimination salariale, cela signifie que l’État lui-même doit respecter le principe du salaire égal pour un travail de valeur égale¹¹¹.

L’obligation de protéger (« obligations to protect ») comprend l’obligation de lutter contre la discrimination entre particuliers en adoptant, par exemple, une loi sur la protection contre la discrimination¹¹². Ainsi, selon le Conseil économique et social de l’ONU, il découle de l’art. 7, let. a (i), Pacte ONU I, que le droit à une rémunération égale ne vise pas directement les privés mais oblige les États à veiller activement à la réalisation de l’égalité des salaires¹¹³. Ceci vaut également pour l’art. 11, al. 1, let. d, CEDEF¹¹⁴.

¹¹⁰ PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, n. 122.
¹¹¹ Cf. Comm. CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 Allgemein, n. 9.
¹¹² Le législateur suisse a accompli son devoir en adoptant la loi sur l’égalité (LEg) en 1996 (cf. PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, n. 123, 139).
¹¹³ Conseil économique et social de l’ONU, General Comment No. 3 (1990), ch. 5 ; cf. également Conseil économique et social de l’ONU, General Comment No. 16 (2005), ch. 24 ; cf. MÜLLER/SCHEFER, p. 741, nbp 590.
¹¹⁴ Comm. CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 Allgemein, n. 9.

44 L'obligation de garantir et de donner effet (« obligations to fulfil ») exige de l'État des mesures pour la réalisation de l'objectif d'une société libre de discrimination¹¹⁵. Ce type d'obligation étatique s'exprime clairement dans la CEDEF (par exemple art. 5 let. a) : « Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes[.] ».

45 Selon l'art. 2 CEDEF, les États parties sont obligés d'éliminer la discrimination à l'égard des femmes par tous les moyens appropriés¹¹⁶. Dans la Recommandation générale n° 13 de 1989 du comité CEDEF, les États parties sont appelés à mettre en place des mesures pour assurer l'application du principe de l'égalité de rémunération¹¹⁷. En vertu de la CEDEF, la Suisse est donc obligée d'éliminer les discriminations salariales et de réaliser l'égalité des salaires.

3. Statistique, analyse et évaluation comme bases pour l'égalité des salaires

46 Afin que l'État puisse assumer ses obligations de protection et de garantie, il doit d'abord déterminer dans quels domaines et dans quelle mesure une discrimination salariale a lieu. Pour ce faire, il doit pouvoir disposer de données¹¹⁸. Comme indiqué plus haut, l'État a l'obligation d'éliminer la discrimination constatée au cas par cas¹¹⁹. Pour cela, il faut notamment, dans le sens d'un accès à la justice qui fonctionne, des mesures efficaces d'allègement du fardeau de la preuve, une procédure simple et rapide ainsi que des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives¹²⁰. Suivant le cas, il faut pouvoir se fonder sur des données statistiques pour apporter la preuve de l'existence ou de l'absence d'une discrimination. Pour la concrétisation du principe d'égalité des salaires au niveau des entreprises et de l'économie, des données macroéconomiques fiables sont également nécessaires¹²¹. Celles-ci doivent refléter l'état actuel de la réalisation du mandat de l'égalité salariale et fournir des indications quant à la manière de surmonter les déficits encore présents.

¹¹⁵ PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, n. 124.

¹¹⁶ Cf. Comm. CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 Allgemein, n. 11.

¹¹⁷ Cf. Comm. CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 Allgemein, n. 43.

¹¹⁸ Cf. OSF, p. 5, 11 ; ENAR, p. 4 s. ; ENAR/OSF, p. 2, 5 ; MAKKONEN, p. 23 ss. ; Developing Gender Statistics, UNECE/World Bank Institute, p. 7.

¹¹⁹ MÜLLER/SCHÉFER, p. 702 ; également KIENER/KÄLIN, p. 441.

¹²⁰ Voir les conclusions de l'étude « Comparative Study on Access to Justice in Gender Equality and Anti-Discrimination » réalisée en 2011 sur mandat de la Commission européenne, p. 62 ss.

¹²¹ Pour la nécessité de disposer de données statistiques comme base de la politique en général, voir Message LSF, p. 355 ; spécifiquement pour des mesures d'égalité, voir Commission européenne, Égalité, p. 21 ; ENAR/OSF, p. 5 ; MAKKONEN, p. 23.

3.1. Lien constitutionnel entre statistique, évaluation et droit fondamental à l'égalité des salaires

La base constitutionnelle pour les enquêtes statistiques de la Confédération se trouve à l'art. 65 Cst. La Confédération peut et doit collecter les données statistiques nécessaires concernant l'état et l'évolution de la population, de l'économie, de la société, de la formation, de la recherche, du territoire et de l'environnement en Suisse. Cependant, la collecte de ces données ne doit pas porter atteinte aux droits fondamentaux des personnes concernées¹²². Dans les faits, il n'y aurait pas besoin de le mentionner explicitement puisqu'il s'agit d'une action étatique tenue de respecter les droits fondamentaux en vertu de l'art. 35, al. 2, Cst¹²³. L'obligation de respecter ces droits lors de la collecte des données statistiques va plus loin que le respect des droits de protection de la personnalité et des données des personnes sur lesquelles ces données sont relevées. Les conclusions statistiques sur l'égalité des sexes en général et sur l'(in)égalité salariale en particulier ne doivent pas se baser sur des conceptions stéréotypées des rôles sexués mais tenir compte des différences bien réelles tant au regard du mode de vie que des possibilités d'emploi. Par stéréotype, la conception traditionnelle de la répartition sexospécifique des fonctions dans la société est visée¹²⁴. Prenons comme exemple la supposition *automatique* selon laquelle la mère (et non le père) s'occupera de l'enfant après sa naissance et cessera entièrement ou partiellement son activité rémunératrice dans ce but¹²⁵.

47

Selon l'art. 170 Cst., l'efficacité des mesures prises par la Confédération doit faire l'objet d'une évaluation. Cette obligation concerne également l'évaluation des mesures de politique en matière d'égalité. Par conséquent, l'art. 3 LSF est une concrétisation de l'art. 170 Cst. L'objectif d'efficacité est quant à lui déterminé par l'art. 8, al. 3, Cst. (ainsi que par la CEDEF et d'autres obligations de droit international en rapport avec l'égalité des sexes ou avec l'égalité salariale). De l'interaction entre les art. 8, al. 3, 65 et 170 Cst. résulte une obligation constitutionnelle à la saisie de manière non discriminatoire des données statistiques en lien avec l'égalité salariale.

48

3.2 Les statistiques et analyses non discriminatoires comme composantes de l'obligation de garantie du droit international

L'obligation de l'État d'obtenir des données fiables sur l'égalité des sexes, en particulier sur l'égalité salariale, et de les analyser, peut être déduite de l'obligation de garantie du droit international¹²⁶ ;

49

¹²² Comm. BV-BIAGGINI, Art. 65 n. 5 ; SGK BV-SCHOTT, Art. 65 n. 5 ; cf. BSK BV-HÄNNI, Art. 65 n. 6.

¹²³ SGK BV-SCHWEIZER, Art. 35 n. 34 ; KIENER/KÄLIN, p. 45.

¹²⁴ Cf. MÜLLER/SCHEFER, p. 743.

¹²⁵ Cf. CEDAW-WYTENBACH, Art. 5 Allgemein, n. 34 ; CEDAW-ARIOLI, Art. 7 Allgemein, n. 61 ; cf. également Revision GIG : Stellungnahme von männer.ch vom 29.02.2016, disponible sous : http://www.maenner.ch/sites/default/files/160222_vernehm_l_glg_def.pdf (site consulté pour la dernière fois le 29.11.2016).

¹²⁶ Cf. Comm. CEDAW-WYTENBACH, Art. 5 Umsetzung Schweiz, n. 11 ; Comm. CEDAW-KIENER/MEDICI, Art. 10 Umsetzung Schweiz, n. 16.

cette obligation se déduit particulièrement de l'art. 11, al. 1, let. d, CEDEF ainsi que des Recommandations CEDEF n° 9¹²⁷ et implicitement n° 13¹²⁸ qui constatent, toutes les deux, un besoin de statistiques distinctes pour les femmes et les hommes.

50 La Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) l'illustre clairement. Ainsi, l'art. 31 CDPH demande aux États parties de recueillir des informations appropriées, y compris des données statistiques, contribuant à la mise en œuvre de la Convention.¹²⁹ Les États parties ont, par conséquent, l'obligation de saisir des données statistiques. SCHEFER/HESS-KLEIN soulignent que les données statistiques sur les personnes avec handicap sont essentielles pour la définition des mesures nécessaires à l'égalité et leur mise en œuvre efficace¹³⁰, la statistique étant une base significative afin de juger si la Suisse respecte ses obligations et savoir, le cas échéant, où il serait nécessaire de prendre des mesures¹³¹. Les procédures de collecte et de conservation de données statistiques doivent, en vertu de l'art. 31, al. 1 let. a et b, CDPH, respecter les dispositions sur la protection des données, les droits de l'homme, les libertés fondamentales ainsi que les principes éthiques qui régissent la collecte et l'exploitation des statistiques. Dans la CEDEF, il n'y a pas de disposition similaire. Ce qui vaut pour la collecte de données statistiques dans le cadre de l'art. 31 CDPH s'applique cependant également à la Recommandation CEDEF n° 9.

51 L'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne¹³² relatif à la coopération dans le domaine statistique¹³³ aborde également le sujet de la discrimination. L'art. 9, intitulé « Non-discrimination », contient une interdiction explicite de toute discrimination sur la base de la nationalité. Cette interdiction correspond à l'idée de collaboration entre la Suisse et l'Union Européenne mais a, en premier lieu, une orientation politique¹³⁴.

52 L'art. 2 de la Convention n° 160 de l'OIT concernant les statistiques du travail oblige ses membres à prendre en considération « les normes et les directives les plus récentes établies sous les auspices de l'Organisation internationale du Travail ».

53

¹²⁷ General Recommendation No. 9, Statistical data concerning the situation of women (Eighth session, 1989), U.N. Doc. A/44/38 at 73 (1990), reprinted in Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 234 (2003).

¹²⁸ General Recommendation No. 13, Equal remuneration for work of equal value (Eighth session, 1989), U.N. Doc. A/44/38 at 76 (1990), reprinted in Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 237 (2003).

¹²⁹ Cf. OSF, p. 5, 29.

¹³⁰ SCHEFER/HESS-KLEIN, p. 500.

¹³¹ SCHEFER/HESS-KLEIN, p. 503.

¹³² Maintenant : Union européenne.

¹³³ Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne du 26 octobre 2004 relatif à la coopération dans le domaine statistique, entré en vigueur le 1 janvier 2007, RS 0.431.026.81.

¹³⁴ MÜLLER/SCHEFER, p. 682 ; PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, n. 118.

Les obligations statuées dans la CEDEF de prendre des mesures en vue de l'élimination de la discrimination (salariale) impliquent non seulement une obligation en amont de la saisie de données statistiques, mais également des *exigences qualitatives* par rapport à ces statistiques (celles-ci doivent elles-mêmes être libres de discriminations). Si un État utilisait des méthodes discriminatoires lors d'évaluations statistiques, l'on serait face à une atteinte aux « obligations to respect »¹³⁵.

L'exigence de statistiques non discriminatoires peut également être déduite du fait que les méthodes d'évaluation du travail doivent être objectives et neutres au regard des sexes. Lors de litiges individuels, des méthodes d'évaluation du travail sont utilisées pour savoir si, dans le cas concret, une différence salariale est basée sur des raisons objectives ou si elle est discriminatoire en matière du sexe¹³⁶. Le Tribunal fédéral admet plusieurs méthodes mais exige qu'elles ne soient pas discriminatoires elles-mêmes et, en particulier, qu'elles ne soient pas basées sur des facteurs ou stéréotypes discriminatoires du point de vue du sexe¹³⁷. Ceci correspond à la Recommandation CEDEF n° 13 qui, elle, recommande, en se basant sur le droit à l'égalité de traitement en ce qui concerne l'évaluation de la qualité du travail en vertu de l'art. 11, al. 1, let. d, CEDEF, de développer et appliquer des méthodes d'évaluation du travail neutres sous l'angle du genre¹³⁸. L'art. 3 de la Convention n° 100 de l'OIT exige également une « évaluation objective »¹³⁹.

54

C. Égalité salariale et statistique sous l'aspect du droit de l'UE

En tant que non-membre de l'UE, la Suisse n'est pas liée juridiquement par sa législation relative à l'égalité. La loi sur l'égalité (LEg), cependant, est constituée en grande partie de droit européen repris de façon autonome. Dans plusieurs passages, le message LEg renvoie à des directives européennes et à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)¹⁴⁰. Le contexte historique était l'adhésion envisagée à l'EEE qui aurait exigé une adaptation de la législation suisse relative à l'égalité¹⁴¹. En dépit du rejet de l'accord EEE, le Conseil fédéral maintenait le but de rapprocher le droit suisse en matière d'égalité du droit européen¹⁴². Il en résulte un devoir du moins ponctuel des autorités suisses de prendre en compte la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et les développements du droit de l'Union européenne en la matière¹⁴³. Par conséquent, les dispositions du droit européen (art. 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [TFUE] ; art. 23 de

55

¹³⁵ Voir supra n. 41 s.

¹³⁶ SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3, n. 126.

¹³⁷ ATF 131 II 393, consid. 6 ; SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3, n. 126 avec les références.

¹³⁸ Comm. CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 Allgemein, n. 42 ; Comm. CEDAW-LEMPEN/BINDER, Art. 11 Umsetzung Schweiz, n. 40.

¹³⁹ Comm. CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 Allgemein, n. 42.

¹⁴⁰ Message LEg, p. 1163, 1194, 1210 s., 1214, 1233.

¹⁴¹ La Directive 76/207/CEE sur l'égalité de traitement faisait partie de l'annexe de l'accord EEE.

¹⁴² Message LEg, p. 1163, 1164.

¹⁴³ Voir également EPINEY, p. 37 ss. ; Klett, p. 134 ss.

la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [la Charte] ; Directive 2006/54/CE¹⁴⁴) doivent être examinées quant à l'obligation des États membres de tenir des statistiques non discriminatoires et à la possibilité de reprendre ces obligations dans le droit suisse.

56 L'art. 157, al. 1 et 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) octroie un droit direct¹⁴⁵ à l'égalité de rémunération pour un travail égal ou de valeur égale qui est également applicable dans les rapports de travail de droit privé. La définition de la notion de « rémunération » s'inspire de la Convention n° 100 de l'OIT. Le droit à l'égalité de rémunération est encadré par du droit dérivé, la Directive 2006/54/CE et, plus particulièrement, par l'art. 4 de celle-ci. Pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, la discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est éliminée de l'ensemble des éléments et conditions de rémunération. Selon l'al. 2, en particulier, lorsqu'un système de classification professionnelle est utilisé pour la détermination des rémunérations, il doit se baser sur des critères communs aux travailleurs masculins et féminins et être établi de manière à exclure les discriminations fondées sur le sexe.

57 Afin de mieux comprendre la différence de traitement entre les hommes et les femmes en matière de travail et d'emploi, il convient, selon le considérant 37 de la Directive 2006/54/CE, de continuer à développer et analyser des statistiques comparables ventilées par sexe et de les rendre accessibles aux niveaux appropriés. Dans les Directives 2000/43/CE¹⁴⁶ et 2000/78/CE¹⁴⁷ (chaque fois considérant 15), il est statué que la discrimination indirecte doit être établie par tous les moyens, y compris sur la base de données statistiques¹⁴⁸. Leur mise en œuvre incombe à chaque pays¹⁴⁹.

58 Dans plusieurs documents les autorités compétentes de l'UE soulignent l'importance des « gender statistics » et « discrimination statistics »¹⁵⁰, le but étant d'établir un cadre pour le contrôle des mesures destinées à combattre la discrimination¹⁵¹. Afin de comprendre les causes des discriminations et de

¹⁴⁴ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, EUR-Lex L 204/23.

¹⁴⁵ Critique sur l'applicabilité directe de l'art. 157, al. 1 et 2, TFUE par rapport à la valeur égale du travail : KREBBER, Comm. Art. 157 AEUV n. 6. L'auteur considère que, au niveau du droit de l'Union, la notion de travail de valeur égale n'est pas assez claire, ce qui empêche une application directe.

¹⁴⁶ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, EUR-Lex L 180/22.

¹⁴⁷ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, EUR-Lex L 303/16.

¹⁴⁸ Cela correspond à la jurisprudence de la CEDH, voir supra n. 94.

¹⁴⁹ ENAR, p. 9.

¹⁵⁰ Dans le Statistical Requirements Compendium de EUROSTAT qui paraît chaque année, des explications par rapport au but, aux méthodes, aux bases légales, etc. se trouvent sous les catégories respectives.

¹⁵¹ EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2007, p. 62 ; EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2009, p. 61.

pouvoir efficacement les combattre, il faut que, dans toutes les statistiques, la possibilité d'intégrer la dimension de genre existe. De plus, les données devraient être ventilées par sexe¹⁵².

Le Règlement n° 530/1999/CE du Conseil¹⁵³ oblige les États membres à établir des statistiques sur la structure des salaires et des coûts de la main-d'œuvre tous les quatre ans. Ces indications sont destinées à faciliter le calcul des différences salariales entre femmes et hommes. Dans une Recommandation aux États membres¹⁵⁴, la Commission souligne l'importance de la disponibilité et de la comparabilité de ces données pour l'amélioration de l'égalité de rémunération dans l'Union. La recommandation 7 de ce document statue qu'il convient de ventiler les statistiques selon le sexe, le secteur économique, le temps de travail (temps plein/temps partiel), le contrôle économique (public/privé) ainsi que l'âge et de les calculer sur une base annuelle¹⁵⁵. Selon la Recommandation n° 10 sur la notion de travail de même valeur, la valeur du travail devrait être évaluée et comparée sur la base de critères objectifs tels que « les exigences éducationnelles, professionnelles et en matière de formation, les compétences, les efforts et les responsabilités, le travail entrepris et la nature des tâches à accomplir »¹⁵⁶.

Pour résumer, l'UE vise à unifier la collecte des données statistiques de la discrimination fondée sur le sexe dans les États membres et l'utiliser pour combattre de telles discriminations¹⁵⁷. Cependant, l'analyse des documents pertinents des autorités de l'UE et des organisations non gouvernementales soutenues par l'UE n'apporte pas de résultats fondamentaux en vue des questions de recherche de la présente étude. Il y a tout de même lieu de constater une concordance sur la sensibilisation pour la problématique : les données statistiques sont nécessaires, d'un côté, pour faire valoir un droit individuel de manière efficace et, de l'autre côté, comme base pour des mesures politiques efficaces.

D. Standards et directives concernant la statistique et l'analyse

Les standards et directives émis par les autorités et les organisations s'occupant, « d'office ou de par leur métier », de relevés statistiques et de leur analyse ont une grande importance dans la pratique. Par la suite, la manière et la mesure dans lesquelles ces documents contiennent des passages sur le

¹⁵² Commission UE, Une feuille de route pour l'égalité 2006-2010, p. 27 ; EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2007, p. 62 ; Décision n° 1578/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 relative au programme statistique communautaire 2008-2012, EUR-Lex L 344/15, notamment art. 3 de la Décision ; EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2009, p. 63 ; EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2010, p. 66.

¹⁵³ Règlement (CE) n° 530/1999 du Conseil du 9 mars 1999 relatif aux statistiques structurelles sur les salaires et le coût de la main-d'œuvre (EUR-Lex 1999/ L 63, p. 6).

¹⁵⁴ Recommandation de la Commission du 7 mars 2014 relative au renforcement du principe de l'égalité des rémunérations des femmes et des hommes grâce à la transparence, Bruxelles, C (2014) 1405 final (pour la suite : Recommandation Commission égalité des rémunérations).

¹⁵⁵ Recommandation Commission égalité des rémunérations (nbp 154).

¹⁵⁶ Recommandation Commission égalité des rémunérations (nbp 154).

¹⁵⁷ ENAR, p. 9.

thème « statistiques non discriminatoires » seront analysées. Il est important d'élucider cette question puisque les bases légales au sujet de la statistique font régulièrement référence à de tels standards.

62 La Charte de la statistique publique de la Suisse, adoptée par l'Office fédéral de la statistique (OFS) et par la Conférence suisse des offices régionaux de statistique (CORSTAT) ne contient pas de prescriptions par rapport à la statistique non discriminatoire¹⁵⁸. Le principe fondamental 16 renvoie de manière générale à des standards nationaux et internationaux, des méthodes scientifiques reconnues et des règles déontologiques. Le préambule¹⁵⁹ se réfère au Code de bonnes pratiques de la statistique européenne¹⁶⁰. Ce Code ainsi que les Principes fondamentaux de la statistique officielle des Nations Unies¹⁶¹ ont pratiquement le même contenu que la Charte suisse. Les principes d'éthique professionnelle (cf. art. 31, al. 1, let. b, CDPH) se trouvent dans la Déclaration d'éthique professionnelle de l'Institut international de statistique (IIS)¹⁶². Ce document exige également le respect des standards et des méthodes scientifiques actuels, de l'objectivité et en particulier de la législation.

63 Ainsi, les chartes et codes pertinents ne contiennent pas l'obligation explicite de tenir des statistiques non discriminatoires. Les organisations concernées cependant publient régulièrement des manuels et guides sur la question de la mesure de la discrimination de manière appropriée. Référence est faite à l'importance de la perspective de genre dans le cadre de l'intégration de la dimension de genre (« gender mainstreaming »), un sujet à prendre en compte également dans le contexte des relevés statistiques. L'OIT, par exemple, a publié une Liste de bonnes pratiques en matière d'intégration de la dimension de genre dans les statistiques du travail¹⁶³. Eurostat souligne l'importance des « gender statistics » et « discrimination statistics » dans son Statistical Requirements Compendium qui paraît chaque année¹⁶⁴.

64 On peut donc constater, pour résumer, que tout un ensemble de bases juridiques aussi bien dans le droit fédéral que dans le droit international interdit la discrimination salariale entre les femmes et les hommes (dimension justiciable) et oblige en outre tous les organes étatiques à prendre les mesures nécessaires pour diminuer les inégalités (dimension programmatique). Les autorités (et les acteurs privés également) ont besoin de données fiables pour combattre efficacement la discrimination salariale. L'obligation légale de collecter et analyser de telles données découle, d'une part,

¹⁵⁸ Charte OFS.

¹⁵⁹ Cf. Charte OFS, Préambule, p. 3.

¹⁶⁰ Commission européenne, Code de bonnes pratiques de la statistique européenne.

¹⁶¹ Principes fondamentaux de la statistique officielle, Résolution adoptée par le Conseil économique et social des Nations Unies, le 24 juillet 2013, E/RES/2013/21, disponible sous : <https://uns-tats.un.org/unsd/dnss/gp/fundprinciples.aspx> (site consulté pour la dernière fois le 19.10.2016).

¹⁶² Disponible sous : <https://www.isi-web.org/index.php/news-from-isi/297-declarationprofession-nalethics-2010fr> (site consulté pour la dernière fois le 19.10.2016).

¹⁶³ OIT, Liste de bonnes pratiques en matière d'intégration de la dimension de genre dans les statistiques du travail : http://www.ilo.org/global/statistics-and-databases/standards-and-guidelines/guidelines-adopted-by-international-conferences-of-labour-statisticians/WCMS_087633/lang--fr/index.htm (site consulté pour la dernière fois le 19.10.2016).

¹⁶⁴ Voir supra n. 58 s.

de la législation relative à l'égalité et, d'autre part, de l'obligation générale inscrite dans la Constitution d'évaluer l'efficacité des mesures étatiques. Il importe que la collecte de données statistiques ainsi que leur évaluation et analyse se fassent de façon non discriminatoire.

III. Discrimination statistique

A. Discrimination statistique – Une problématique du tort dû à une généralisation

Les statistiques sont ambivalentes quant aux questions de discrimination. D'un côté, des statistiques appropriées livrent la base pour lutter de manière efficace contre la discrimination. De l'autre, l'utilisation de données statistiques comprend en même temps un potentiel discriminatoire dans le sens d'un tort dû à une généralisation (« Generalisierungsunrecht »). Ce phénomène, également nommé « discrimination statistique », sera traité par la suite.

65

1. La théorie de la discrimination statistique comme problème juridique

La théorie de la discrimination statistique est un concept économique reconnu¹⁶⁵. Elle part de l'idée que, dû à des informations incomplètes sur une personne, un décideur ou une décideuse s'appuie sur des présomptions quant aux caractéristiques collectives d'un groupe dont fait (prétendument) partie cette personne. Si les caractéristiques de cette personne diffèrent de la moyenne du groupe et qu'elle est, en partie, traitée comme si elle avait ces caractéristiques, il pourrait juridiquement s'agir d'une discrimination¹⁶⁶. Le droit est donc également concerné par cette question, aussi bien d'un point de vue pratique que scientifique ou politique.

66

En Suisse, le problème de la discrimination statistique a été débattu publiquement pour la première fois dans le contexte du calcul des primes par l'assurance responsabilité civile des véhicules à moteur. Il avait été découvert que des compagnies d'assurances avaient introduit des différences de prime en raison de la nationalité. Le débat a aussi été abordé dans la doctrine¹⁶⁷. La discussion actuelle de savoir si le « racial profiling » est admissible, touche au même phénomène¹⁶⁸. Une décision de la CJUE au sujet des primes d'assurance-vie a retenu l'attention (également) en Suisse ; il est interdit de baser le calcul des primes d'assurance sur le critère du sexe¹⁶⁹. Cette décision sera approfondie plus loin¹⁷⁰.

67

68

¹⁶⁵ Ilić, Outcome Tests, p. 275 ss.

¹⁶⁶ De manière approfondie, voir BRITZ.

¹⁶⁷ WALDMANN, Autoversicherungsprämien.

¹⁶⁸ Pour le tout : GOEL/PERELMAN/SHROFF/SKLANSKY ; Ilić, Racial Profiling; PERISCO.

¹⁶⁹ Voir PÄRLI, Verbot geschlechtsspezifischer Prämien bei Versicherungsverträgen, p. 153 ss.

¹⁷⁰ Voir infra n. 72 ss.

Tandis que le débat juridique sur la problématique de la discrimination statistique n'en est qu'à ses débuts en Suisse, il est, en revanche, très animé aux États-Unis mais aussi au sein de l'UE et dans certains États membres. Dans le contexte d'une quantité de données disponibles toujours plus élevée (« Big Data »), la question gagnera encore en importance¹⁷¹. En Allemagne, l'étude de BRITZ en particulier a eu un écho très positif¹⁷².

69 Lors d'une discrimination statistique, une personne n'est pas discriminée suite à une préférence spécifique pour un groupe particulier. Mais l'appartenance à un groupe sert comme critère décisif pour attribuer les caractéristiques du groupe à cette personne (caractéristiques que les membres du groupe présentent typiquement). Selon BRITZ, la discrimination statistique est basée sur l'utilisation de (prétendues) valeurs statistiques empiriques sur la relation entre l'appartenance à un groupe et l'existence d'une caractéristique particulière¹⁷³. BRITZ n'explique pas seulement la discrimination statistique mais également le problème de la typisation. Dans le cas d'une typisation, pour simplifier, une caractéristique typisée sert de base à l'évaluation afin d'éviter l'effort d'un examen exhaustif des faits bien que cela serait en principe possible. Lors d'une discrimination statistique, une caractéristique typisée est utilisée car il n'est pas possible, au moment de la décision, d'établir les faits (futurs)¹⁷⁴.

70 La discrimination statistique existe en particulier dans le domaine des assurances : d'une part, dans le calcul des primes¹⁷⁵, d'autre part, dans la question de savoir sous quelles conditions et dans quelle mesure une personne est incluse dans les prestations d'assurance. Ainsi, les compagnies d'assurances désavantagent, par exemple, les malades chroniques désirant conclure une assurance à cause de leur prédisposition à certaines maladies en estimant haute la probabilité que le risque à assurer se réalise. La différenciation actuarielle des risques vise à ne pas charger excessivement d'autres assuré-e-s « non malades »¹⁷⁶. Lors d'une analyse des facteurs du risque individuel, la condition et le prix pour assurer un risque sont déterminés¹⁷⁷. D'un côté, ceci a des effets positifs : la collecte de renseignements due à la discrimination statistique mène non seulement à une efficacité accrue, mais également à une répartition plus adéquate des coûts effectifs. D'un autre côté, il y a des inconvénients ; de fausses concordances statistiques (« statistische Fehltreffer ») peuvent se produire si des personnes demandant à conclure une assurance malgré leur maladie chronique ne font pas partie du groupe de risque auquel elles sont attribuées statistiquement ou si des personnes sans maladie chronique font partie du groupe de risque mais n'y sont pas attribuées. Ceci démontre que les erreurs vont dans les deux sens et que la discrimination statistique ne fonctionne pas unilatéralement. Pourtant, les « vraies » différenciations sont également problématiques. Elles peuvent en particulier mener à une perpétuation de la

¹⁷¹ BURDON/HARPUR, p. 679 ss.

¹⁷² BRITZ.

¹⁷³ BRITZ, p. 17.

¹⁷⁴ BRITZ, p. 46 s. Précisons toutefois que la définition économique de la discrimination statistique suppose que les valeurs statistiques empiriques soient estimées correctement, voir à ce sujet AIGNER/CLAIN, p. 177.

¹⁷⁵ Voir supra n. 67.

¹⁷⁶ À ce sujet, voir également MUMENTHALER, p. 5.

¹⁷⁷ GEISMANN, p. 15 ss.

discrimination ou à une stigmatisation¹⁷⁸. Il convient encore de relever ici le phénomène de « self-fulfilling prophecy »¹⁷⁹.

Il faut différencier la discrimination statistique de la discrimination qui repose sur des préjugés et des préférences¹⁸⁰. Elle se distingue par le fait qu'une supposition fondée sur des valeurs empiriques se base sur une corrélation statistique entre une caractéristique liée à la personne (en l'occurrence le sexe) et la réalisation d'un risque (survenance de maladies ou frais médicaux, durée de vie, accidents provoqués, etc.). Cette supposition mène à des primes différenciées selon le sexe. En se basant, pour le calcul de la prime, sur une caractéristique *aisément identifiable* et statistiquement significative, la compagnie d'assurance peut diminuer les coûts de transaction. La discrimination consiste en un tort suite à la généralisation causée par le fait qu'une personne (en raison d'une caractéristique exposée à la discrimination, en l'occurrence le sexe) est attribuée à une certaine catégorie de risque bien que, dans la perspective individuelle, il n'ait pas été avéré pour autant que cette personne provoque des frais médicaux plus élevés ou plus d'accidents. Le tort dû à une généralisation est un phénomène persistant, propre à toute typisation, notamment dans la législation et l'application du droit. Les lois sont des normes générales et abstraites qui ne sont pas nécessairement adaptées aux cas particuliers¹⁸¹. Dans l'application du droit, particulièrement dans le domaine des impôts et des assurances sociales, des décisions individuelles sont prises sur la base de directives administratives qui facilitent, à l'aide de généralisations, les procédures administratives¹⁸². Les généralisations se font, ici également, pour des raisons d'efficacité. Toutefois, malgré les points communs avec le tort dû à une généralisation dans le cadre de la législation et dans l'administration, il convient de ne pas perdre de vue que la discrimination statistique par les compagnies d'assurance se distingue par son caractère prospectif¹⁸³. Au moment de la conclusion du contrat, ni la réalisation d'un risque ni le moment de sa réalisation ne sont certains.

71

2. Importance dans la pratique : les décisions CJUE « Test-Achats » et « Lindorfer »¹⁸⁴

La discrimination statistique dans le domaine des assurances a également fait l'objet de la décision de la CJUE C-236/09 (« Test-Achats »)¹⁸⁵. Le cas portait sur la validité de l'art. 5, al. 2, de la Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services ainsi qu'à leur fourniture¹⁸⁶. Selon

72

¹⁷⁸ Pour le tout, voir PÄRLI/NAGUIB, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, p. 86 ss.

¹⁷⁹ Pour le tout, voir COATE/LOURY.

¹⁸⁰ BRITZ, p. 15 ss.

¹⁸¹ BRITZ, p. 97 ss.

¹⁸² BRITZ, p. 43.

¹⁸³ BRITZ, p. 37 ss.

¹⁸⁴ De manière approfondie, voir PÄRLI, Verbot geschlechtsspezifischer Prämien bei Versicherungsverträgen, p. 163 ss.

¹⁸⁵ CJUE, aff. C-236/09 du 01.03.2011, Test-Achats.

¹⁸⁶ EUR-Lex L 373/37. La Directive 2004/113/EG s'appuie sur l'art. 19 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne TFUE (avant le Traité de Lisbonne : art. 13 du Traité instituant la Communauté européenne TCE), selon lequel le Conseil, après approbation du Parlement européen, peut prendre les

cette disposition, les États membres peuvent, par dérogation à l'interdiction stricte de l'inégalité de traitement entre femmes et hommes, autoriser des différences de primes dans le droit national en matière d'assurances et de services financiers connexes, s'ils assurent que les données actuarielles et statistiques sur lesquelles les calculs se basent sont fiables, régulièrement mises à jour et accessibles au public. La Cour a examiné la validité de l'art. 5, al. 2 de la Directive 2004/113/CE à la lumière de l'égalité de traitement entre les sexes garantie à plusieurs endroits bien placés dans le droit primaire.

73 La CJUE a dû aborder l'objection, entre autres, qu'éventuellement les situations des assurés de sexe féminin et de sexe masculin n'étaient pas comparables, étant donné que du point de vue actuariel, lors du classement dans des catégories de risques sur la base des statistiques, ces situations sont susceptibles d'être différentes chez les femmes et les hommes. La CJUE est cependant arrivée à la conclusion que la Directive 2004/113/CE est fondée sur la prémisse selon laquelle les femmes et les hommes doivent être traités de manière égale et que « les situations respectives des femmes et des hommes à l'égard des primes et des prestations d'assurances contractées par eux sont comparables »¹⁸⁷. Pour la CJUE, il s'agissait, par conséquent, d'examiner si l'inégalité de traitement de situations comparables autorisée par l'art. 5, al. 2, de la Directive 2004/113/CE était admissible au regard du principe de l'égalité de traitement.

74 L'art. 23, al. 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne exige, quant à elle sous l'intitulé « Égalité entre hommes et femmes », que l'égalité entre les hommes et les femmes soit assurée dans tous les domaines y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération. Sur la base de cette disposition en relation avec d'autres normes sur l'égalité dans le TUE et le TFUE, la Cour a invalidé l'art. 5, al. 2, de la Directive 2004/113/CE. Ainsi, la discrimination statistique a été clairement limitée : des primes d'assurance différentes pour femmes et hommes ne sont ainsi plus admises même si les modèles statistiques justifient de telles différences. Selon les conclusions de l'avocat général qui n'ont pas été contredites par la Cour, il n'est pas nécessaire que le législateur de l'Union concrétise de quelque manière que ce soit le contenu de l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe, le principe étant un « droit fondamental et principe constitutionnel de l'Union européenne »¹⁸⁸.

75 Depuis l'affaire « Test-Achats », les discriminations lors du calcul de primes d'assurances spécifiques au sexe, suite à l'attribution statistique des sexes à des catégories de risque, ne sont plus admises au sein de l'Union européenne, même si une tarification différenciée serait justifiée du point de vue statistique.

76 L'affaire suivante a mené à une décision similaire¹⁸⁹ : la CJUE devait juger une disposition finlandaise selon laquelle les femmes recevaient une prestation d'invalidité plus élevée que celle des hommes du

mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, entre autres. Le Conseil a fait usage de cette compétence en adoptant les directives contre la discrimination 2000/78/CE et 2000/43/CE. L'adoption de la D 2004/113/CE était un autre jalon dans la lutte contre la discrimination.

¹⁸⁷ CJUE, aff. C-236/09 du 01.03.2011, Test-Achats, n. 30.

¹⁸⁸ Conclusions aff. C-236/09 (nbp 185), n. 38.

¹⁸⁹ CJUE, aff. C-318/13 (X) du 03.09.2014.

même âge. Cette différence avait été justifiée par l'espérance de vie plus élevée des femmes (statistiquement prouvée) qui devait être utilisée comme facteur actuariel lors d'une réparation versée en une fois. La CJUE a réfuté cet argument : le calcul de cette indemnité ne saurait s'effectuer sur la base d'une généralisation relative à l'espérance de vie moyenne des hommes et des femmes, en particulier à cause de l'absence de certitude qu'une assurée ait toujours une espérance de vie supérieure à celle d'un assuré du même âge placé dans une situation comparable. La CJUE a conclu à une discrimination illicite fondée sur le sexe.

Dans la décision de la CJUE « Lindorfer »¹⁹⁰, il s'agissait de voir s'il était admissible de justifier une inégalité de traitement fondée sur le sexe par des considérations actuarielles. En 1996, Madame Lindorfer est entrée au service de l'Union européenne. Elle a contesté le calcul du forfait de rachat des droits à la pension d'ancienneté acquis en Autriche en faveur du régime de pensions communautaire. Le tribunal de première instance a rejeté sa réclamation avec l'argument suivant : il est évident que le sexe et l'âge font partie des éléments dont il faut tenir compte pour déterminer la valeur actuelle des annuités bonifiées. Il est un fait acquis que, statistiquement, les femmes ont une durée de vie plus longue que les hommes et que la probabilité de décéder avant l'âge de la retraite est plus élevée pour une personne qui entre au service de la Communauté en étant jeune que pour une personne qui y entre à un âge proche de la retraite¹⁹¹.

La CJUE n'a pas suivi la première instance et a conclu à une discrimination fondée sur le sexe. Les conclusions de l'avocat général sont particulièrement révélatrices : de nombreuses femmes ne vivent pas aussi longtemps que l'homme moyen et de nombreux hommes survivent à la femme moyenne. Il est interdit de recourir à des caractéristiques extrapolées de la catégorie vers l'individu, au lieu d'utiliser les caractéristiques qui distinguent authentiquement l'individu d'autres individus et qui peuvent justifier une différence de traitement. Une situation dans laquelle les statistiques montrent des différences dans l'espérance de vie moyenne de différents groupes ethniques est imaginable ; si ces différences étaient prises en compte dans le cadre du régime de pensions communautaire, cela serait, de même, totalement inacceptable¹⁹².

Ces jugements et, en particulier, la dernière conclusion de l'avocat général montrent que certaines inégalités de traitement peuvent parfaitement correspondre à des faits économiques ou actuariels. L'ordre juridique, cependant, soutient que ces faits ne sont pas admis pour une justification juridique de l'inégalité de traitement. Il convient néanmoins de rappeler que ni l'affaire « Test-Achats » ni l'affaire « Lindorfer » ont un effet contraignant pour la Suisse en tant que non-membre de l'UE¹⁹³.

¹⁹⁰ CJUE, aff. C-227/04 du 11.09.2007, Lindorfer.

¹⁹¹ Arrêt du Tribunal (T) T-204/01 du 18 mars 2004, Lindorfer, n. 83.

¹⁹² Conclusions de l'avocat général Jacobs du 27 octobre 2005 dans l'aff. 227/04, n. 58 ss.

¹⁹³ PÄRLI, Verbot geschlechtsspezifischer Prämien bei Versicherungsverträgen, p. 159.

3. La référence à l'ESS dans le cadre de l'assurance-invalidité : une discrimination statistique ?

80 Le concept de la discrimination statistique comme exprimé dans les deux décisions de la CJUE « Test-Achats » et « Lindorfer » n'a pas été jusqu'ici assimilé en Suisse ni par la pratique juridique ni par la doctrine. Dans l'ATF 142 V 178 pourtant, le Tribunal fédéral a dû se confronter au reproche de la recourante selon lequel l'utilisation de l'ESS pour le calcul du revenu d'une personne invalide lors de la détermination du taux d'invalidité conduirait à une « discrimination par la statistique »¹⁹⁴. En se référant explicitement à la décision de la CJUE « Test-Achats », la recourante faisait valoir un problème d'égalité si en se basant sur des statistiques, les particularités du cas d'espèce seraient négligées. Concrètement, l'assurance-invalidité partait d'une capacité de travail de 75 pour cent sur la base d'une évaluation médicale¹⁹⁵. En l'absence d'une activité lucrative concrète et adaptée à l'état de santé de la personne, l'autorité se basait sur les données salariales résultant des statistiques de l'ESS pour déterminer son revenu d'invalidité. Selon la recourante, il était erroné de procéder ainsi ; dans son cas il aurait été nécessaire d'évaluer concrètement les possibilités d'emploi. Il était discriminatoire d'exiger qu'elle obtienne un salaire déterminé selon des statistiques qu'elle ne pouvait pas atteindre dû à son profil professionnel¹⁹⁶.

81 L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a également pris position dans la procédure devant le Tribunal fédéral. Il était peu logique, selon l'OFAS, que des relevés statistiques qui reflétaient simplement la réalité ne soient pas appliqués¹⁹⁷. Pour le Tribunal fédéral, il n'y avait pas lieu non plus de renoncer aux données statistiques de l'ESS pour déterminer le revenu d'invalidité dans le cas concret. Toute application de valeurs statistiques revenait forcément à une abstraction ignorant des faits concrets du cas d'espèce¹⁹⁸. Sur la base de ces arguments (et d'autres arguments non pertinents pour la présente étude), le recours a été rejeté.

82 L'affirmation que les statistiques reflètent la réalité est donc (s'il y a lieu) « seulement » statistiquement vraie. On ne peut généralement pas répondre par oui ou par non à la question de savoir si l'examen d'un droit (ou d'un refus d'une obligation) dans un cas concret est ou peut être basé sur des valeurs statistiques. Tandis que dans le cas AI présenté ci-dessus le Tribunal fédéral refuse de s'écarter des valeurs statistiques, un autre arrêt du Tribunal fédéral évoqué en début de la présente étude¹⁹⁹ statue que selon les circonstances du cas concret il faut, pour le calcul de la perte de gain dans un cas de responsabilité civile, s'écarter de l'hypothèse statistiquement correcte soutenant qu'en moyenne les femmes réduisent leur taux d'activité à partir de trente ans²⁰⁰. Ces différentes approches dans une procédure AI et dans une procédure de responsabilité civile s'expliquent par les différents systèmes de compensation du dommage (« Schadensausgleichssystematik ») dans ces deux domaines. Le droit de la responsabilité civile vise à réparer le dommage effectivement subi. Dans le cas d'espèce, à cause du grave handicap, il n'était justement pas possible d'envisager une réduction du taux d'activité et la

¹⁹⁴ ATF 142 V 178, consid. 2.5.4.

¹⁹⁵ ATF 142 V 178, consid. 2.5.5.

¹⁹⁶ ATF 142 V 178, consid. 2.5.6.

¹⁹⁷ ATF 142 V 178, consid. 2.5.5.

¹⁹⁸ ATF 142 V 178, consid. 2.5.7.

¹⁹⁹ Voir supra n. 10.

²⁰⁰ Voir en détail supra n. 8-11.

création d'une famille. La prise en compte de l'hypothèse « réduction du taux d'activité à partir de trente ans », statistiquement correcte en ce qui concerne la cohorte des femmes, n'était dès lors pas indiquée pour le calcul du dommage. De plus, il est évident que dans le cas concret, pour le calcul de la perte de gain future, référence est faite à la diminution escomptée des écarts entre les salaires des femmes et des hommes. Il en va différemment pour l'assurance-invalidité qui assure la perte de gain liée à la santé. La valeur de référence est le revenu au moment de la survenance de l'invalidité ; dans la logique de cette assurance, il n'y a pas lieu de prendre en compte la diminution escomptée des écarts entre les salaires des femmes et des hommes. Tant pour le droit de la responsabilité privée que pour le droit de l'assurance-invalidité, l'on peut cependant se demander si, du point de vue du droit de l'égalité entre femmes et hommes, la prise en compte de salaires inégaux entre les sexes pour constater une invalidité ou calculer le dommage n'est pas inadmissible en soi.

B. Conclusions en vue d'une statistique et d'une analyse non discriminatoires

Le modèle de la discrimination statistique est utilisé pour expliquer les écarts salariaux discriminatoires. Selon une analyse de l'Union syndicale suisse (USS), la différence salariale discriminatoire serait inférieure de 24 pour cent si les femmes mariées n'étaient pas discriminées en raison de leur état civil²⁰¹. Les auteur-e-s ajoutent que les différences salariales entre les femmes et les hommes en début de carrière²⁰² pourraient également s'expliquer par la discrimination statistique car les jeunes femmes reçoivent parfois un salaire moindre à cause d'une maternité probable²⁰³. Ainsi, pour les questions de salaires, les décideurs et décideuses se fonderaient en partie aussi sur des suppositions basées sur des valeurs statistiques empiriques ; étant donné que les femmes présentent une plus grande probabilité de se retirer de leur activité professionnelle pour se consacrer à l'éducation des enfants, elles doivent éventuellement accepter un salaire moindre. Si et dans la mesure où les affirmations de l'étude de l'USS sont justes²⁰⁴, il s'agit d'un exemple qui montre comment de soi-disant *facteurs explicatifs* d'écarts salariaux se basent sur des *stéréotypes et dès lors sur des motifs discriminatoires*.

83

L'étude sur mandat de l'Union patronale suisse (UPS)²⁰⁵, déjà évoquée plus haut, traite également du phénomène de la discrimination statistique. Quand les employeurs ne connaissent pas toutes les caractéristiques pertinentes de leurs employé-e-s au moment de fixer les salaires ils peuvent avoir recours à des moyennes et des valeurs empiriques qu'ils mettent en lien avec des personnes du même groupe. Dans un tel cas, une discrimination statistique pourrait se produire. Toutefois, comme les employeurs arrivent avec le temps à évaluer de mieux en mieux les vraies capacités de leurs employé-e-s (processus d'apprentissage), les écarts salariaux entre femmes et hommes diminueraient ou disparaîtraient au cours de leur rapports de travail²⁰⁶.

84

²⁰¹ WERDER/GALLUSER/LAMPART, p. 17.

²⁰² Pour le tout, voir BERTSCHY et al., p. 282 avec les références.

²⁰³ WERDER/GALLUSER/LAMPART, p. 17.

²⁰⁴ Dans le cadre de la présente étude juridique, il n'est pas possible de juger si elles sont justes ou non.

²⁰⁵ Voir supra n. 16.

²⁰⁶ B,S,S./Université de Berne, p. 21.

85 Les arguments souvent entendus dans le débat scientifique et surtout politique, selon lesquels les différences salariales entre femmes et hommes tiendraient avant tout aux différences dans le capital humain et seraient donc explicables, sont à soumettre à un examen critique à la lumière des conclusions du concept juridique sur la discrimination statistique. Statistiquement, il se peut que les femmes aient d'autres projets de carrière que les hommes, une préférence pour une activité dans une branche à moindre création de valeur ou choisissent plutôt des branches ou des employeurs qui proposent de la flexibilité dans le temps de travail. Or, ces caractéristiques ne s'appliquent pas au cas individuel mais seulement au groupe des femmes sur le plan statistique. Cette attribution statistique implique le risque que, dans le cas concret, les employeurs évaluent les candidates lors de décisions d'embauche ou les collaboratrices lors de décisions de promotion différemment des hommes et ceci en raison d'attentes attribuées²⁰⁷. Dans un tel cas, l'on se trouverait face à une discrimination statistique.

86 Il est bien possible que la supposition que les femmes soient moins orientées vers une carrière et aient par la suite des attentes salariales moins élevées soit erronée. Selon un sondage de la société de conseil « Bain & Company » auprès de 1 000 hommes et femmes de différents groupes d'âge et niveaux hiérarchiques aux États-Unis²⁰⁸, en début de carrière pas moins de 43 pour cent des femmes questionnées (contre 34 pour cent des hommes) ont l'intention d'accéder au plus haut niveau du management. Mais le sondage démontre également qu'après 5 ans de vie professionnelle, elles ne sont plus que 16 pour cent avec l'ambition de progresser à une fonction de cadre supérieur tandis que la part des hommes avec la même ambition reste stable à 34 pour cent. Selon les estimations de l'étude, ce ne sont précisément pas le mariage ou la famille qui freinent les femmes dans leur volonté de progresser. Les facteurs décisifs sont plutôt le stéréotype dominant de l'employé disponible en permanence, un manque de soutien par le supérieur direct ainsi que le peu de modèles féminins parmi les cadres dirigeants²⁰⁹. Il convient de préciser qu'en raison de failles méthodologiques, cette étude ne satisfait pas entièrement aux critères scientifiques et que des hypothèses alternatives sont également possibles.

87 La question de savoir si et dans quelle mesure les employeurs prennent, dans des cas concrets, effectivement des décisions discriminatoires sur la base de caractéristiques *attribuées* au sexe (stéréotypes) ne peut pas être répondue à l'aide d'analyses statistiques. L'identification de caractéristiques du capital humain comme part explicable des différences salariales entre femmes et hommes implique, du moins, le risque de renforcer encore les stéréotypes sur les rôles attribués à chacun des sexes et ainsi de contribuer éventuellement à ce qu'un employeur prenne une décision discriminatoire dans un cas précis²¹⁰.

88 Compte tenu de ce qui précède sur la discrimination statistique, il est possible de tirer deux conclusions. Premièrement, les décisions prises sur la base de valeurs statistiques empiriques *peuvent* perpétuer les stéréotypes et sont dès lors problématiques du point de vue juridique. Il en va de même

²⁰⁷ WERDER/GALLUSER/LAMPART, p. 17.

²⁰⁸ Bain & Company.

²⁰⁹ Voir également l'article de Nicole Rütli « Unerklärter Lohnunterschied – Warum Frauen weniger verdienen als Männer » paru dans la NZZ du 21 août 2015.

²¹⁰ Le fait que la répartition en facteurs « explicables » et facteurs « inexplicables » concernant les différences salariales renforce effectivement un tel processus hypothétique de stéréotypisation est controversé.

pour les facteurs explicatifs qui se basent sur des valeurs statistiques empiriques. Deuxièmement, l'approche de droit comparé à la jurisprudence de la CJUE montre que des différences, pourtant justifiées statistiquement ou actuariellement, peuvent tout à fait être inadmissibles du point de vue juridique. Ainsi, le droit limite de façon normative les justifications statistiques qui peuvent certes refléter des faits réels mais qui ne sont pas ou ne devraient pas être acceptées ainsi.

IV. Exkursus : statistique (et analyse) comme base(s) pour des mesures contre la discrimination

Avoir à disposition des statistiques appropriées est une base importante pour combattre efficacement la discrimination²¹¹. Mais quelles sont les données à relever, à quoi faut-il prendre garde et comment faut-il les analyser ? Les débats scientifiques et politiques sur le « measuring discrimination » et l'« equality data » vont bien au-delà de la question des salaires. Il convient d'examiner la possibilité ainsi que la mesure dans laquelle des enseignements utiles pour la problématique de la présente étude peuvent être tirés de l'analyse systématique de ce discours.

89

Le terme « equality data »²¹² fait référence aux données collectées ou autorisées à l'être, à la manière de les saisir, à la définition des catégories pertinentes ainsi qu'aux conditions du cadre juridique existant. En premier lieu, il s'agit de données relatives à l'ethnicité et à la race (dans les publications du Conseil de l'Europe, l'on parle également d'« ethnic data » à la place d'« equality data »²¹³) et de données relatives à la situation de personnes handicapées à plus petite échelle. La collecte de données relatives au sexe est considérée comme non problématique²¹⁴.

90

Former et définir des catégories est considéré comme le plus grand défi concernant l'« equality data »²¹⁵. En particulier, les questions de savoir quelles sont les « races » et comment les définir illustrent la problématique. La catégorisation de l'origine ethnique précisément suscite des réticences, raison pour laquelle beaucoup sont sceptiques envers la collecte de données relatives à l'égalité²¹⁶. Des organisations non gouvernementales en particulier attirent l'attention sur le risque d'abus lié à ces données²¹⁷. Le renforcement des stéréotypes par le biais de la catégorisation est particulièrement craint²¹⁸. Ceci est à éviter absolument ; dans le contexte des stéréotypes et du genre, l'on parle également de « gender bias »²¹⁹.

91

²¹¹ Voir supra n. 46 ss.

²¹² ENAR, p. 5, 33 ; OSF, p. 4 s.

²¹³ OSF, p. 12.

²¹⁴ OSF, p. 11, 27 ; MEURS, p. 92.

²¹⁵ ENAR, p. 6.

²¹⁶ ENAR, p. 3 ; OSF, p. 11 s. ; MEURS, p. 92.

²¹⁷ ENAR, p. 23.

²¹⁸ OSF, p. 7.

²¹⁹ UNECE/World Bank Institute, p. 4, 7 ; United Nations, Statistics on Violence against Women, n. 213, 334, 336 ; cf. MEURS, p. 95.

92 A première vue, ce débat n’a que peu d’importance pour la présente étude. La catégorie du sexe n’est pas problématique selon les différents « reports »²²⁰. Le sexe peut être établi objectivement (le débat sur l’intersexualité pouvant rester ouvert ici). Cependant, les problèmes liés à la définition et à la description de catégories peuvent éventuellement nous fournir des enseignements. L’étude ne porte pas sur les catégories d’hommes et de femmes, mais bien sur la description et définition ou opérationnalisation des facteurs. Là aussi, il s’agit d’éviter les stéréotypes.

93 Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral exige également que la justification (au niveau individuel) des écarts salariaux entre les femmes et les hommes en particulier ne soit pas basée sur des stéréotypes²²¹. Différentes méthodes sont admises pour évaluer l’équivalence d’un travail, à condition qu’elles ne soient pas discriminatoires et ne se basent pas sur des facteurs discriminatoires du point de vue du sexe²²². Ainsi, il n’est pas admis de moins bien évaluer les aptitudes dans les soins et les compétences sociales ou de surévaluer l’effort physique²²³. WALDMANN souligne également que de tels éléments ne doivent pas être utilisés pour justifier une réglementation sexospécifique à l’aide de conceptions traditionnelles des rôles²²⁴. Le travail à temps partiel par exemple n’est dès lors pas un motif justificatif pour un salaire plus bas par rapport à un travail à plein temps²²⁵.

94 Selon la CEDH, les références aux traditions, aux présupposés d’ordre général et aux attitudes sociales majoritaires ne suffisent pas à justifier une différence de traitement fondée sur le sexe²²⁶. Dans l’arrêt « di Trizio contre la Suisse », la Cour devait juger si l’application de la méthode dite « mixte » pour le calcul du taux d’invalidité était discriminatoire ou pas. Le calcul du taux d’invalidité de la requérante a d’abord été effectué en comparant le revenu de valide avec celui d’invalides ; par contre, après la naissance de ses jumeaux, la méthode mixte a été appliquée ce qui eut comme effet que la rente d’invalidité de la requérante fut annulée après la naissance. Elle faisait valoir, entre autres, qu’elle était discriminée en raison de son sexe puisque la naissance d’un enfant menait à l’application de la méthode mixte. L’application de cette méthode constituait une discrimination indirecte car son application concernait principalement des femmes. Le Tribunal fédéral estimait que, avec une probabilité prépondérante, les femmes, en règle générale à la suite de la naissance d’un enfant, cessaient d’exercer à plein temps leur activité professionnelle. Pourtant, déjà dans l’arrêt « Schuler-Zraggen », la Cour avait décidé qu’il était inadmissible de qualifier, en se fondant sur l’expérience générale de la vie, une mère

²²⁰ OSF, p. 11, 27 ; MEURS, p. 92.

²²¹ Voir également supra n. 54.

²²² SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3, n. 126 ; Comm. CEDAW-LEMPEN/BINDER, Art. 11 Umsetzung Schweiz, n. 43.

²²³ ATF 124 II 409, consid. 9d ; 131 II 394, consid. 6.

²²⁴ BSK BV-WALDMANN, Art. 8 n. 100, avec référence à la jurisprudence du Tribunal fédéral dans ATF 116 V 198, consid. II. 2a cc) ; 140 I 305, consid. 4.

²²⁵ ATF 124 II 436, consid. 8d aa) ; 125 II 530, consid. 4 ; TF 2A.253/2001 du 08.10.2002, consid. 4.8 ; voir infra n. 153 ss.

²²⁶ CEDH, arrêt du 02.02.2016, n° 7186/09, di Trizio c. la Suisse, ch. 82 ; pour le tout, voir PÄRLI, Invaliditätsbemessung.

suite à la naissance de son enfant comme personne sans activité lucrative²²⁷. Dans le cas présent, l'office AI s'était fondé sur les indications de la requérante selon lesquelles, après la naissance de ses enfants, elle continuerait d'exercer une activité rémunérée à 50 pour cent. La Cour a cependant considéré l'application de la méthode mixte comme une discrimination indirecte parce qu'elle était appliquée dans la grande majorité des cas aux femmes, et a condamné la Suisse²²⁸. Par cet arrêt, la CEDH a également renforcé sa jurisprudence de 2006 selon laquelle la preuve d'une discrimination indirecte au moyen de la statistique officielle est admissible²²⁹.

En résumé, le constat est le suivant : il faut éviter, lors de la collecte et de l'analyse de données sur l'égalité des sexes, qu'un « biais » ne se produise. Cela signifie notamment que la définition même des catégories à saisir ne doit pas se fonder sur des stéréotypes.

95

V. Résultats intermédiaires

Avant d'apprécier dans le prochain chapitre les conclusions de l'étude FELFE/TRAGESER/ITEN du point de vue juridique, nous résumons ici nos conclusions intermédiaires.

96

Selon l'analyse, au stade actuel, la part inexplicable de l'écart salarial, comme le montre la statistique nationale des salaires, constitue une présomption de discrimination salariale. Plus les variables sont intégrées dans l'analyse, plus la part de différence salariale inexpiquée a tendance à diminuer (mais pas nécessairement). Dans l'optique de la législation en matière d'égalité, le pourcentage exact de la discrimination salariale (supposée) dans les entreprises n'a pas d'importance primordiale²³⁰. Le fait que la discrimination salariale existe effectivement dans les entreprises a déjà été démontré par les résultats de l'évaluation de la loi sur l'égalité²³¹ et de l'étude du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)²³². Du seul fait de disposer de chiffres encore plus précis sur la part inexplicable des différences salariales, ne peuvent être déduites ni les causes de ces inégalités ni les mesures efficaces en vue de les éliminer de chaque entreprise et du cas concret. Pour parvenir à cette fin, des analyses qualitatives sur l'efficacité des sanctions de la loi sur l'égalité sont indispensables. Le rapport du Conseil fédéral sur le droit à la protection contre la discrimination mentionne qu'une analyse approfondie des cas de discrimination en vertu de la LEg est nécessaire. En conséquence, le BFEG a donné un mandat pour une analyse de la pratique des tribunaux et des autorités de conciliation cantonales entre 2004 et 2015 en ce qui concerne la loi sur l'égalité entre femmes et hommes²³³.

97

²²⁷ CEDH, arrêt du 24.06.1993, n° 14518/89, Schuler-Zraggen.

²²⁸ Le Conseil fédéral a demandé le renvoi devant la Grande Chambre de la Cour. Cela a été refusé en juillet 2016, ainsi le jugement est entré en force. En décembre 2016, le Tribunal fédéral a accepté la demande de révision de la requérante, TF 9F_8/2016 du 20.12.2016.

²²⁹ CEDH, arrêt du 20.06.2006, n° 17209/02, Zarb Adami c. Malte, ch. 76.

²³⁰ Il convient de noter que de toute façon, la statistique nationale a une perspective plus large et fait abstraction de l'entreprise individuelle.

²³¹ STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL; Rapport efficacité LEg, p. 3170 ss.

²³² CSDH, p. 14.

²³³ Voir LEMPEN/VOLODER.

La présentation des bases juridiques de l'ESS²³⁴ et du mandat global aux autorités de pourvoir à l'égalité²³⁵ a démontré que la controverse sur l'étendue des parts explicables et inexplicables de la différence salariale entre femmes et hommes n'est pas le point unique décisif²³⁶. Déjà, selon le modèle d'analyse actuel, certains aspects *expliquant* l'écart salarial sont l'expression d'une éventuelle discrimination entre les femmes et les hommes.

Du point de vue juridique, il n'existe pas seulement une obligation de protection juridique contre la discrimination salariale dans un cas concret. L'objectif de l'égalité de rémunération exige également des mesures contre les *inégalités structurelles* ainsi que l'élimination des conceptions stéréotypées sur les femmes et les hommes. La désignation de (certains) facteurs comme cause explicable de l'inégalité salariale peut contribuer à maintenir ou renforcer de tels stéréotypes ou peut provoquer une discrimination statistique. Afin d'éviter cela, une rectification est nécessaire afin qu'à partir de *parts explicables* de l'écart salarial, on ne *doive justement pas conclure* à l'acceptation de ces *inégalités salariales*, les facteurs expliquant cette inégalité pouvant également être discriminatoires.

Il découle des exigences légales, par rapport à la collecte et l'analyse statistique des écarts salariaux entre femmes et hommes, l'obligation de créer au moyen de relevés statistiques non discriminatoires la base pour des mesures politiques en vue de la réalisation de l'égalité juridique et salariale entre les femmes et les hommes. À cet effet, une image aussi précise que possible de la réalité est essentielle. Ainsi, si les résultats des travaux scientifiques indiquent que les écarts salariaux peuvent être plus clairement expliqués par des variables plus précises, il faut alors procéder en ce sens.

La réalisation de cet objectif s'avère cependant complexe. En intégrant une variable explicative supplémentaire dans le modèle salarial statistique, cela ne peut, en principe, ni conduire à une modification de la part inexpliquée de la différence des salaires bruts ni à sa diminution ou à son agrandissement. La question de savoir si et comment une variable supplémentaire influence la proportion inexpliquée dépend de la dotation moyenne des femmes, d'une part, et de celle des hommes, de l'autre, par rapport à la nouvelle variable ou caractéristique. Afin qu'une nouvelle variable puisse réellement influencer sur la part inexpliquée, elle doit déjà agir sur le salaire. De plus, une différence systématique liée au sexe entre le groupe des femmes et celui des hommes quant à la nouvelle variable doit être identifiée.

Dans l'optique de la législation en matière de discrimination, se retrouvent des arguments *contre* une modification de la statistique et du modèle d'analyse existants. En effet, le modèle actuel contient des risques de discrimination (traités de manière approfondie dans la prochaine partie). Pour combattre de façon adéquate l'inégalité salariale entre les sexes, des valeurs statistiques comparables sur une plus longue période sont requises. C'est seulement ainsi que seront identifiés des changements positifs, une stagnation ou une détérioration de l'égalité de rémunération. Toutefois, ce but peut également être atteint à l'aide d'une rétropolation des données antérieures. Le point important est qu'un éventuel potentiel de discrimination des variables utilisées dans le modèle d'analyse soit identifié. Si de telles variables continuent d'être utilisées pour des raisons de continuité, compte tenu d'autres

²³⁴ Voir supra n. 46 ss.

²³⁵ Voir supra n. 29 ss.

²³⁶ Voir également n. 18 s., n. 87.

inconvenients possibles en cas de renonciation, le potentiel de discrimination peut et doit être pris en compte lors de l'interprétation des résultats.

VI. Appréciation juridique des facteurs explicatifs du modèle d'analyse de la statistique nationale

A. Réflexions préliminaires et méthodologie

1. Réflexions préliminaires

Dans la présente étude, l'importance de distinguer entre discrimination salariale au niveau individuel, au niveau d'une entreprise et au niveau de la statistique nationale resp. du modèle d'analyse nationale, a été soulignée déjà à plusieurs reprises²³⁷. En ce qui concerne la discrimination salariale *au niveau individuel*, il convient de rappeler ici rapidement les éléments fondamentaux du droit à l'égalité salariale.

103

Il est possible de faire valoir un droit à l'égalité salariale lorsqu'une personne d'un sexe obtient une rémunération plus basse qu'une personne du sexe opposé pour un *travail égal ou de valeur égale*²³⁸. L'interdiction de la discrimination salariale statuée à l'art. 3 LEg est formulée de manière neutre sous l'angle du genre. Dans la pratique cependant, ce sont généralement les femmes qui sont moins bien rémunérées que les hommes pour un travail égal ou de valeur égale²³⁹. La discrimination salariale peut également résulter de la classification générale de certaines fonctions. C'est le cas lorsque des professions typiquement féminines sont moins bien rémunérées que des professions typiquement masculines malgré des exigences comparables²⁴⁰. La question de savoir si un travail est *de valeur égale* nécessite une évaluation dont les critères courants sont les exigences professionnelles, la responsabilité et la performance. Si des différences sont alors découvertes, l'activité salariée n'est pas de valeur égale et il n'y a pas violation du principe de l'égalité de salaire. Dans la pratique, des expertises en matière de science du travail pour évaluer l'équivalence d'une activité sont demandées. Le Tribunal fédéral reconnaît, d'un côté, l'évaluation analytique du travail et, de l'autre, l'analyse statistique des salaires (analyse de régression)²⁴¹. Sont interdites non seulement la discrimination salariale directe mais aussi la discrimination salariale indirecte liée au sexe. Il y a discrimination indirecte lorsqu'une réglementa-

104

²³⁷ Voir supra n. 3, 19 et 34.

²³⁸ ATF 142 II 49, consid. 6 ; FREIVOGEL, Comm. Art. 3 GIG, n. 99.

²³⁹ Les actions en égalité salariale portent quasiment toutes sur des demandes de femmes concernant l'élimination de l'écart salarial discriminatoire lié au sexe.

²⁴⁰ Le Tribunal fédéral qualifie la profession d'enseignant-e à l'école primaire comme profession typiquement féminine, voir ATF 141 II 411, consid. 6.2, avec références à ATF 124 II 529 consid. 5e ; 125 II 385 consid. 3b ; 125 II 530 consid. 2b, TF 2A.205/2004 du 08.04.2005 consid. 4.2, et 1A.34/1999 du 05.10.1999.

²⁴¹ ATF 130 III 145, consid. 3.2 ; voir également FREIVOGEL, Comm. Art. 3 GIG, n. 119. Critique sur la reconnaissance de l'analyse de régression par le Tribunal fédéral : MADUZ, DTA 2014, p. 178.

tion formellement neutre sous l'angle du genre désavantage au final sensiblement plus, voire essentiellement, les personnes d'un sexe par rapport à celles du sexe opposé sans que des motifs objectifs ne le justifient²⁴². Que ce soit pour un travail égal ou pour un travail de valeur égale, des différences de salaires entre les sexes sont à certaines conditions admises par les tribunaux. Par exemple, l'âge, l'ancienneté ou la formation sont des motifs parmi d'autres pouvant justifier des écarts salariaux²⁴³. Une inégalité salariale se fondant sur un des motifs énumérés est inadmissible, si la caractéristique est prise en compte seulement pour un des deux sexes, par exemple l'âge²⁴⁴. Une différence salariale peut (au moins temporairement et en respectant le principe de la proportionnalité) également être justifiée par l'argument de la situation du marché de l'emploi²⁴⁵. À juste titre, la doctrine rend attentif au fait qu'il n'y a pas lieu de déclarer d'emblée comme « objectifs » les critères reconnus par la jurisprudence du Tribunal fédéral par rapport à une inégalité salariale admissible puisque ces critères sont uniquement formellement neutres du point de vue des sexes²⁴⁶. Dès lors, il serait juste, aussi dans un litige individuel portant sur le salaire, de toujours remettre en question un motif en vue de son pouvoir de stéréotypisation.

105

Selon la pratique des tribunaux dans le cas concret d'un litige individuel, les facteurs qui peuvent justifier une différence de salaire liée au sexe ne sauraient être repris sans autres dans le modèle d'analyse de la statistique nationale pour présenter comme *explicables* des écarts de rémunérations entre les sexes et les considérer *comme non discriminatoires*. Bien au contraire, le mandat général d'élimination des stéréotypes de genre²⁴⁷, exposé dans les parties précédentes de la présente étude, exige une analyse plus nuancée. Au niveau individuel, il est interdit de se baser sur des stéréotypes pour justifier des différences de salaires entre les femmes et les hommes. En effet, au niveau national, il ne s'agit pas de justifier des différences de salaires mais de les expliquer. Pourtant, si une variable explicative est discriminatoire ou recèle un potentiel suffisamment discriminatoire, il y a lieu de qualifier également cette part expliquée de la différence salariale comme potentiellement discriminatoire. Nous renvoyons encore une fois à la jurisprudence de la CJUE²⁴⁸ ainsi qu'à celle de la CEDH²⁴⁹ : des aspects, pourtant fondés statistiquement, économiquement, actuariellement ou reflétant la réalité sociétale et donc pouvant expliquer une inégalité de traitement, représentent, le cas échéant néanmoins, une discrimination du point de vue juridique. Ces réflexions doivent être intégrées dans l'appréciation des variables du modèle d'analyse dans le prochain chapitre.

²⁴² ATF 141 II 411, consid. 6.1.2.

²⁴³ ATF 124 II 409, consid. 9c.

²⁴⁴ GEISER, p. 168.

²⁴⁵ ATF 125 III 368. Pour le tout, en allant plus loin, voir GEISER, p. 169.

²⁴⁶ FREIVOGEL, Comm. Art. 3 GLG, n. 130.

²⁴⁷ Voir supra n. 38 ss., en particulier 40 et 44 s.

²⁴⁸ Voir supra n. 79.

²⁴⁹ Voir supra n. 94.

2. Méthodologie

L'analyse juridique des variables du modèle d'analyse existant commencera par une présentation en résumé de l'étude FELFE/TRAGESER/ITEN et de son appréciation critique. Ensuite, chaque variable (« facteurs sociodémographiques », « capital humain avant et après l'entrée dans la vie active » et « conditions spécifiques au poste de travail ») sera évaluée du point de vue juridique. Premièrement, le facteur et son pouvoir explicatif seront esquissés brièvement. Suivront les réflexions de FELFE/TRAGESER/ITEN sur le potentiel discriminatoire de chaque facteur. Enfin, se trouvera la véritable partie juridique de l'analyse. Celle-ci exige d'illustrer d'abord de manière générale la dimension discriminatoire d'un facteur et en même temps d'aborder l'interaction entre des caractéristiques discriminatoires comme « âge » et « sexe » ou « état civil » et « sexe ». En fonction de la variable, il sera également discuté de la pertinence du facteur avant ou après l'entrée dans la vie active et de sa capacité à entraîner une discrimination à l'emploi et/ou une discrimination salariale²⁵⁰.

106

Pour évaluer le potentiel discriminatoire d'une variable, on procédera concrètement comme suit :

107

- 1 *Norme juridique explicite* : les dispositions légales pertinentes seront analysées pour déterminer si le fait de se référer à une caractéristique pour une différence de salaire constitue une discrimination directe ou indirecte dans un litige individuel portant sur le salaire.
- 2 *Jurisprudence explicite* : la jurisprudence du Tribunal fédéral en particulier mais également des instances inférieures seront analysées par rapport à la question de savoir si et dans quelle mesure les facteurs utilisés dans le modèle d'analyse ont été qualifiés de directement ou indirectement discriminatoires lors d'un litige individuel et si un facteur a été admis comme motif justifiant une inégalité salariale liée au sexe.
- 3 *Mandat programmatique de pourvoir à l'égalité*²⁵¹ : de plus, l'impact de la dimension programmatique du droit à l'égalité sur l'appréciation de chaque variable sera analysé.

Il est important de relever que l'analyse juridique ne permet pas de *quantifier* le potentiel discriminatoire d'une variable. Son appréciation et les conséquences qui en découlent pour l'utilisation (ou non) de cette variable dans le modèle d'analyse de la statistique nationale constituent avant tout un jugement de valeur reposant sur le cadre normatif²⁵².

108

²⁵⁰ Une discrimination à l'emploi consiste par exemple en un non-engagement, une non-promotion ou une résiliation pour des raisons de discrimination fondée sur le sexe. En ce qui concerne la discrimination salariale, il y a une différence salariale justifiée par le sexe pour un travail égal ou de valeur égale, sans que des motifs justificatifs reconnus soient présents. Le passage d'une forme de discrimination à l'autre est en partie fluide.

²⁵¹ Pour le pouvoir programmatique des dispositions sur la protection contre la discrimination en vertu du droit international et constitutionnel, voir supra n. 39 à 41.

²⁵² Voir à ce propos, en général, les parties II à V et, spécifiquement, le chapitre II. B. 2. L'élimination de l'inégalité salariale comme mandat pour les autorités, n. 38 ss. et le chapitre II. B. 3. Statistique, analyse et évaluation comme bases pour l'égalité des salaires, n. 46 ss.

B. Appréciation critique des conclusions de l'étude FELFE/TRAGESER/ITEN

Les auteur-e-s de l'étude distinguent différents types de discrimination :

109

Tableau 3 : Potentiel discriminatoire selon FELFE/TRAGESER/ITEN

Type de discrimination		Définition/cadre légal	Eléments vérifiés et indicateurs du potentiel discriminatoire
Discrimination préalable à l'entrée dans la vie active (« Pre labor market discrimination »)		Discrimination intervenant avant l'entrée dans le monde du travail. Absence de cadre légal applicable.	a) Dans le cadre social existant, les femmes et les hommes bénéficient-ils du même accès aux caractéristiques ayant un impact sur le salaire ? (non)
Discrimination sur le marché du travail (« Labor market discrimination »)	Discrimination salariale directe ou indirecte	- Violation du principe de l'égalité au sens de la Constitution (art. 8, al. 3, Cst.) et de la loi sur l'égalité (art. 3, al. 2, LEg) : salaire égal pour un travail de valeur égale. - Violation du principe de l'égalité salariale inscrit dans la loi fédérale sur les marchés publics (art. 8, al. 1, let. c, LMP).	b) S'agit-il d'une caractéristique qui se répercute sur le résultat/la valeur du travail ? Joue-t-il un rôle dans l'exercice de l'activité ? (non) c) Est-il certain que l'employeur évalue la caractéristique qui peut influencer le salaire de manière objective/indépendamment du sexe ? (non)
	Discrimination à l'emploi	Violation du principe de l'égalité au sens de la loi sur l'égalité (art. 3, al. 2, LEg) qui intervient lorsque des femmes et des hommes disposant de conditions préalables identiques ne sont pas traités de la même manière pour ce qui touche à l'embauche, aux possibilités de formation continue, à la promotion au sein de l'entreprise, etc.²⁵³.	d) Est-il certain que les femmes et les hommes bénéficient du même accès à l'élément qui peut influencer le salaire ? (non)

²⁵³

FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 24.

Les auteur-e-s de l'étude mentionnent qu'aucun cadre légal n'est applicable pour la « pre labor market discrimination ». Cette position est à contester, la présente étude ayant démontré que le droit à l'égalité s'applique de manière globale et oblige les autorités à éliminer justement aussi la « pre labor market discrimination » par tous les moyens appropriés²⁵⁴.

110

L'art. 8, al. 3, 2^{ème} phrase, Cst., appelé également « Egalisierungsgebot », demande au législateur de pourvoir à l'égalité de droit et de fait entre les femmes et les hommes, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail²⁵⁵. Le Tribunal fédéral souligne qu'il s'agit d'un mandat d'aménagement social destiné à éliminer les structures et les stéréotypes discriminatoires²⁵⁶. La Confédération et les cantons disposent d'une marge de manœuvre considérable pour sa réalisation mais, si le législateur demeure inactif, un recours pour déni de justice pourra être formé²⁵⁷.

Dans l'art. 5 CEDEF, l'obligation des États parties d'éliminer les stéréotypes apparaît de façon encore plus claire puisqu'elle est nommée explicitement²⁵⁸. L'obligation de pourvoir à l'égalité de droit et de fait, appelé « Sozialgestaltungsauftrag » par le Tribunal fédéral, ne s'applique pas seulement aux domaines cités (famille, formation ainsi que travail). De plus, bien que la LEg soit destinée à combattre les inégalités dans la vie professionnelle, l'interdiction de discriminer s'applique à tous les domaines de la vie et donc aussi aux inégalités préalables à l'entrée dans la vie active²⁵⁹. Des révisions de lois dont par exemple la révision des dispositions sur l'autorité parentale²⁶⁰ révèlent également que l'élimination de telles inégalités est une préoccupation. À cela s'ajoute que les inégalités « préalable à l'entrée dans la vie active » et que celles « sur le marché » sont de toute façon étroitement liées. En particulier, la réduction de l'inégalité de traitement entre hommes et femmes dans le marché contribue à une meilleure répartition des rôles au sein de la famille du point de vue de l'égalité²⁶¹.

Le potentiel discriminatoire des facteurs du modèle existant a été estimé dans l'étude comme suit :

111

Tableau 4 : Les facteurs explicatifs du modèle existant

Facteurs explicatifs	Pouvoir explicatif (base : littérature scientifique)	Potentiel discriminatoire (base : définition juridique selon la légi- slation suisse en vigueur)
----------------------	--	--

254 Voir supra n. 25 ss., en particulier, n. 40 et 44 s.
255 RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX, n. 1946.
256 ATF 137 I 305, consid. 3.1 ; dans le même sens SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3, n. 112.
257 ATF 137 I 305, consid. 3.1 ; RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX, n. 1947.
258 Voir supra n. 44 ; cf. pour le tout : CEDAW-WYTTEBACH, Art. 5 Allgemein, n. 15 ss.
259 Cf. MÜLLER/SCHEFER, p. 746 s. avec les références.
260 Déjà dans le condensé du message correspondant, le Conseil fédéral cite l'égalité entre femmes et hommes comme objectif, Message autorité parentale, p. 8316.
261 STRUB/BANNWART, p. 8.

Facteurs sociodémographiques		
• État civil	Assez élevé	Direct
• Statut de séjour	Assez élevé	Direct
• Région	Assez élevé	Non
Capital humain avant l'entrée dans la vie active		
• Formation la plus élevée achevée	Elevé	Non
Capital humain après l'entrée dans la vie active		
• Expérience professionnelle potentielle	Assez élevé	Non
• Ancienneté	Elevé	Non
Conditions spécifiques au poste de travail		
• Taux d'occupation	Elevé	Indirect
• Branche	Elevé	Indirect
• Position professionnelle	Elevé	Discrimination à l'emploi
• Niveau de compétence ²⁶²	Elevé	Discrimination à l'emploi
• Profession exercée ²⁶³	Elevé	Discrimination à l'emploi
• Taille de l'entreprise	Elevé	Non
• Type de salaire	Moyen	Indirect
• Accord salarial	Moyen	Indirect
• Forme de salaire	Moyen	Indirect
• Éléments supplémentaires du salaire	Moyen	Direct

Source : Schéma établi par nos soins basé sur FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 75

112

Les réflexions de FELFE/TRAGESER/ITEN sont intégrées dans les analyses juridiques des variables ci-après. Ces estimations du potentiel discriminatoire servent de point de départ mais seront complétées ensuite. Ainsi, la profession exercée ne comporte pas seulement le risque d'une discrimination à l'emploi mais également le risque d'une discrimination salariale au sens étroit si, par exemple, un domaine d'activité de valeur égale occupé en majorité par des femmes est, selon l'évaluation analytique du travail, moins bien évalué et rémunéré qu'un domaine d'activité comparable occupé en majorité par des hommes. Il convient en outre de faire remarquer ici que les frontières entre discrimination à l'emploi et discrimination salariale sont floues.

²⁶² Avant l'ESS 2012 « niveau des qualifications requises ».

²⁶³ Avant l'ESS 2012 « domaine d'activité ».

C. Évaluation des variables prises en compte dans le modèle existant

1. Variables sociodémographiques

1.1 Âge

L'âge en soi n'est pas pris en considération dans le modèle d'analyse de la statistique nationale. Cependant, il entre dans les calculs en tant que point de départ de l'*expérience professionnelle potentielle*. Ayant notamment un lien avec l'expérience professionnelle effective, la variable « âge » sera analysée à cet égard plus tard dans la présente étude²⁶⁴.

113

1.2 État civil

1.2.1 Pouvoir explicatif

À plusieurs niveaux, la variable « état civil » se voit attribuée un pouvoir explicatif pour des écarts salariaux fondés sur le sexe. L'utilisation de la variable « état civil » en tant que variable indépendante dans le modèle statistique se prête en principe à expliquer une part considérable de la différence de salaires bruts entre femmes et hommes. Il est frappant de constater, par ailleurs, que de nombreuses études démontrent que les hommes mariés gagnent plus que les hommes célibataires²⁶⁵. Les employeurs attendent peut-être une meilleure performance de la part des hommes mariés. Il n'en va pas de même pour les femmes mariées : elles gagnent moins que les femmes célibataires²⁶⁶. FELFE/TRAGESER/ITEN accordent également un pouvoir explicatif assez élevé à l'état civil²⁶⁷.

114

1.2.2 Potentiel discriminatoire

FELFE/TRAGESER/ITEN voient un potentiel discriminatoire direct dans l'utilisation de la variable « état civil »²⁶⁸.

115

Du point de vue *juridique*, cette estimation est correcte. La discrimination à raison du sexe, notamment en se *fondant* sur l'*état civil* ou la *situation familiale*, est interdite en vertu de l'art. 3, al. 1, LEg. Pourtant, la signification de cette disposition n'est juridiquement pas très claire. En particulier, est sujette à interprétation la question de savoir si une inégalité de traitement se fondant sur l'état civil ou sur la situation familiale entre personnes *du même sexe* constitue également une discrimination interdite selon l'art. 3, al. 1, LEg²⁶⁹. Ainsi, il faut se demander si, par exemple, le revenu inférieur d'une femme mariée avec des enfants en comparaison avec celui d'une femme célibataire sans enfants pour un travail égal ou de valeur égale tombe sous le coup de l'interdiction de discriminer de l'art. 3, al. 1, LEg puisqu'il n'y a pas de discrimination à raison du sexe mais à raison de l'état civil ou de la situation

116

²⁶⁴ Voir infra n. 206 ss.

²⁶⁵ À ce sujet, voir CORNAGLIA/FELDMAN ainsi que LEONARD/STANLEY.

²⁶⁶ STRUB/BANNWART, p. 43.

²⁶⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 75.

²⁶⁸ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 75.

²⁶⁹ À ce sujet, voir AUBRY GIRARDIN, Égalité salariale p. 1062 ss., 1070.

familiale. Si, par contre, l'inégalité de traitement peut être imputée à des préjugés en lien avec le sexe, par exemple des préjugés quant à la disponibilité à fournir une performance de la part des femmes ayant des obligations familiales par rapport aux hommes ayant les mêmes obligations, il s'agit d'une discrimination interdite en vertu de l'art. 3, al. 1, LEg. Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la portée du libellé de cette disposition. Dans un cas où la mère ayant des enfants en âge préscolaire s'est vu refuser un emploi en raison de sa situation familiale, le Tribunal cantonal de Soleure a interprété la notion de discrimination à raison du sexe en relation avec la situation familiale au sens large²⁷⁰. Selon lui, établir un lien avec la situation familiale est un exemple typique de discrimination indirecte. Les stéréotypes et les suppositions générales sur les capacités d'un sexe ou les conceptions traditionnelles sur les rôles des sexes ne sauraient en aucun cas justifier une inégalité de traitement. Dans le cas d'espèce, la discrimination indirecte réside dans l'inégalité de traitement d'un groupe de personnes (les mères ayant des enfants en âge préscolaire) *non seulement par rapport aux hommes mais également par rapport aux femmes n'ayant pas d'enfants en âge préscolaire*. Dans un cas du canton de Zurich, une journaliste n'a pas été embauchée après avoir dit dans l'entretien être prête à avoir des enfants. Une autre femme a été employée à la place. L'office de conciliation est parvenu à un accord sans devoir répondre à la question décisive de savoir s'il s'agissait concrètement d'une discrimination au sens de l'art 3, al. 1, LEg²⁷¹. Le Tribunal administratif de Lucerne a été amené à juger le cas d'une mère qui n'avait pas réussi à obtenir un poste dans la blanchisserie d'un hôpital à cause d'une grossesse possible et des absences en lien avec celle-ci. Une femme plus âgée y a été embauchée. L'hôpital justifiait sa décision par la grande pression, ce qui, selon le tribunal, ne constitue pas un motif justificatif. Même si le poste a été attribué à une femme et non pas à un homme, il s'agissait, selon le Tribunal administratif, quand même d'une discrimination directe interdite selon l'art. 3 LEg²⁷².

117

L'interdiction de discriminer en vertu de l'art. 3 LEg doit être comprise à la lumière du mandat de droit constitutionnel et international d'éliminer toutes sortes d'inégalités de traitement et stéréotypes fondées sur le sexe au sens large, de sorte qu'une discrimination basée sur l'état civil ou la situation familiale constitue en règle générale également une discrimination à raison du sexe. Les hommes peuvent, aussi bien que les femmes, être célibataires, mariés, veufs, séparés en droit, divorcés ou vivre en partenariat enregistré. La « situation familiale » ou la « situation matrimoniale » en tant que telles ne dépendent pas non plus du sexe. Du point de vue juridique, il y a discrimination directe fondée sur l'état civil (ou sur la situation matrimoniale) si une personne est discriminée à cause de son état civil ou de sa situation matrimoniale. Une inégalité de traitement est indirectement discriminatoire si elle se

²⁷⁰ Tribunal cantonal de Soleure, [SOG 1999 Nr. 1](http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1333.html) du 31.08.1999 ; voir également <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1333.html> (site consulté pour la dernière fois le 16.04.2017).

²⁷¹ Office de conciliation de Zurich, Dossier No. 98/1 du 06.04.1998, cité selon [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1024.html), disponible sous : <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1024.html> (site consulté pour la dernière fois le 16.04.2017).

²⁷² Tribunal administratif de Lucerne, n° V 98 245 du 13.03.2001, cité selon [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1172.html), disponible sous : <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1172.html> (site consulté pour la dernière fois le 28.04.2017).

fonde formellement sur un autre critère mais qu'il en résulte une discrimination dépendant de l'état civil ou de la situation familiale.

Dans le modèle d'analyse actuel, la variable « état civil » est utilisée pour expliquer une différence de salaire. Qu'en est-il du point de vue juridique ? Est-ce que dans une procédure judiciaire une *différence salariale liée au sexe* peut être *justifiée* par l'état civil ou par la situation familiale ? Le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence antérieure très critiquée, avait décidé que les différences de salaires entre hommes et femmes ne violaient pas la garantie constitutionnelle de l'égalité de rémunération si elles reposaient sur des motifs objectifs tels que les *charges familiales*²⁷³. Puisqu'en raison de la situation effective, ce sont aujourd'hui encore et surtout les femmes qui portent les charges familiales du ménage et de la garde des enfants, une telle justification des différences salariales par le Tribunal fédéral ne contribue guère à réaliser le mandat constitutionnel de pourvoir à l'égalité. Dans d'autres cas également, le Tribunal fédéral s'est montré plutôt réticent à changer les réalités sociétales en invoquant la force émancipatoire de la législation sur l'égalité. Ainsi, le Tribunal fédéral a rejeté l'action individuelle en paiement du salaire d'une femme qui gérait un home avec son mari et percevait un salaire moins élevé que lui²⁷⁴. L'administration justifiait l'écart salarial par des différences dans les cahiers des charges. Le cahier des charges de l'homme prévoyait des responsabilités quant à l'administration (finances et personnel) et à l'infrastructure immobilière, tandis que celui de la conjointe énumérait la responsabilité pour l'accueil, l'introduction et l'assistance des pensionnaires, l'organisation d'événements et le contact avec les proches et les médecins. L'écart salarial se fondait, selon l'administration, sur un motif objectif. Le Tribunal fédéral arrivait à la même conclusion que l'instance inférieure ; la plaignante avait une responsabilité moindre que son conjoint. Par contre, le Tribunal fédéral ne s'est pas occupé de la question de savoir dans quelle mesure les cahiers des charges du directeur du home et de sa conjointe (« management skills » masculins versus « soft skills » féminins) étaient déjà discriminatoires en soi. Dans cet exemple du couple de direction du home, l'état civil « marié-e » n'avait pas le même effet sur les deux sexes ; le rôle du management est attribué au mari et le rôle de prise en charge à la femme.

118

L'employeur interprète (probablement inconsciemment) le statut « marié-e » comme un signal pour une productivité attendue du travailleur ou de la travailleuse, l'attente se distinguant par les différences sexospécifiques démontrées ci-dessus²⁷⁵. Du point de vue du droit de l'égalité entre femmes et hommes, le stéréotype « les hommes mariés sont plus productifs que les hommes célibataires » tout comme celui « les femmes mariées sont moins productives que les femmes célibataires » doivent être dépassés car, en conséquence de cette stéréotypisation, les hommes aussi bien que les femmes ne sont ni jugés ni évalués selon leurs vraies capacités mais selon leur appartenance à un groupe. Cet effet est particulièrement visible quand la maternité s'ajoute au statut « marié-e ». Ainsi, la Zürcher Lohnstudie, par exemple, constate qu'il y a beaucoup d'indices montrant que les femmes célibataires

119

²⁷³ Voir ATF 125 III 368, consid. 5 ; 118 Ia 35, consid. 2c ; 113 Ia 107, consid. 4a.

²⁷⁴ TF 2A.87/1998 du 03.09.1999.

²⁷⁵ Voir supra n. 114.

travaillant à plein temps ont des caractéristiques ayant un impact sur le salaire nettement plus similaires à celles des hommes que les mères mariées travaillant à temps partiel²⁷⁶. À cet égard, l'on parle aussi de « motherhood penalty »²⁷⁷.

120 Au niveau individuel, une inégalité de traitement fondée sur l'état civil (et également sur la situation familiale) doit, au regard des dispositions légales relatives à la discrimination et en interprétant correctement l'art. 3, al. 1, LEg, être qualifiée de discrimination illicite à raison du sexe. C'est la seule manière de vaincre les préjugés sur les sexes et les rôles des sexes fondés sur des stéréotypes. Par conséquent, dans l'optique de la législation en matière de discrimination, ni l'état civil ni la situation familiale ne peuvent être acceptés pour *justifier* des écarts salariaux.

1.2.3 Résultat

121 La variable « état civil » devrait, au regard des dispositions légales relatives à la discrimination, ne plus être utilisée dans le modèle d'analyse.

1.3 Statut de séjour

1.3.1 Pouvoir explicatif

122 En comparant les nationalités, les Suissesses et les Suisses ont en moyenne un salaire plus élevé. Les écarts salariaux entre femmes et hommes suisses sont supérieurs à la moyenne mais, entre les étrangères et étrangers avec le même statut de séjour (sauf « autres ») une différence de salaire est également constatée²⁷⁸. Les étrangères et les étrangers gagnent donc en moyenne moins que les personnes de nationalité suisse, les femmes étrangères étant encore davantage discriminées que les hommes étrangers. Ces résultats provenant de l'analyse des écarts salariaux entre femmes et hommes sur la base des données de l'Enquête sur la structure des salaires 2012 correspondent à ceux d'autres études²⁷⁹. Une partie de la différence entre les salaires des Suisse-sse-s et étranger-ère-s s'explique par des différences dans le secteur d'activité, le niveau de qualification ou l'âge²⁸⁰. Certes, la différence salariale inexpliquée peut être imputée, d'une part, à des facteurs qui ne sont pas relevés, comme par exemple le manque de connaissances linguistiques, le niveau de qualité inférieur ou la reconnaissance des capacités ou diplômes de formation acquis à l'étranger²⁸¹. D'autre part, les décisions discriminatoires des employeurs pourraient également jouer un rôle²⁸². Tandis que le décalage entre le salaire moyen d'un homme suisse et celui d'une femme étrangère est particulièrement important, une partie

²⁷⁶ Statistisches Amt Kanton Zürich, Zürcher Lohnstudie 2016, p. 2 et 24.

²⁷⁷ GOULD/SCHIEDER/GEIER, p. 4, 14 avec beaucoup de références à ce sujet.

²⁷⁸ STRUB/BANNWART, p. 27 s.

²⁷⁹ GOULD/SCHIEDER/GEIER, p. 12 s.

²⁸⁰ DAHINDEN et al., p. 41 ; cf. SECO/SEM/OFS/OFAS, p. 66 s.

²⁸¹ DAHINDEN et al., p. 41 ; WOLF/BEBLO/OHLERT, p. 70 ; cf. SECO/SEM/OFS/OFAS, p. 66 s.

²⁸² DAHINDEN et al., p. 41 ; cf. SECO/SEM/OFS/OFAS, p. 66 s. ; cf. WOLF/BEBLO/OHLERT, p. 82.

de cette différence peut au moins être expliquée par le statut de séjour. Comme déjà pour l'état civil, FELFE/TRAGESER/ITEN attribuent un pouvoir explicatif assez élevé au statut de séjour²⁸³.

1.3.2 Potentiel discriminatoire

FELFE/TRAGESER/ITEN considèrent la variable « statut de séjour » dans l'optique de la législation en matière d'égalité comme non problématique par rapport au sexe. Il existerait cependant un potentiel discriminatoire envers certaines nationalités²⁸⁴.

123

Quelle est la signification de la variable « statut de séjour » au regard des dispositions légales relatives à la discrimination ? Et quel rôle joue le sexe ? Force est de constater que dans le catalogue des motifs de discrimination, en vertu de l'art. 8, al. 2, Cst., les motifs « nationalité » et « statut de séjour » n'y figurent pas. Tant selon la Constitution que selon les conventions internationales relatives aux droits de l'homme, l'État a le droit de traiter différemment les ressortissants suisses et étrangers pour des motifs objectifs et d'intérêt public²⁸⁵. Ainsi, les autorités compétentes en matière d'étrangers peuvent soumettre à autorisation l'activité salariée d'une personne étrangère. Il en va différemment pour les ressortissants de l'UE qui peuvent, sans autorisation, postuler pour n'importe quel poste vacant dans le marché suisse du travail et qui ont droit au même traitement que les ressortissants suisses.

124

Au regard du droit des étrangers, le statut n'est donc pas un motif de discrimination particulièrement protégé par la Constitution. L'ordre juridique cependant contient des dispositions qui interdisent les différences de salaires en raison du statut d'après le droit des étrangers. Les ressortissants étrangers qui, en vertu de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr), doivent être titulaires d'une autorisation, ont droit à un salaire dit paritaire, ce qui est contrôlé par les autorités (du moins en ce qui concerne les salaires initiaux)²⁸⁶. Conformément à l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne ainsi que ses États membres sur la libre circulation des personnes (ALCP²⁸⁷), la main-d'œuvre en provenance des États de l'UE et de l'AELE a droit à un salaire égal pour un travail égal ou de valeur égale. L'exercice de ce droit se fait au moyen d'une action individuelle en paiement du salaire ; d'office, il n'y a pas de contrôle par une autorité. Finalement, les travailleurs et travailleuses détaché-e-s en

125

²⁸³ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 75.

²⁸⁴ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 75, nbp 36.

²⁸⁵ ATF 136 I 297 consid. 7.4 ; 136 II 241 consid. 12 ; 129 I 392 consid. 3.2.3 ; 125 IV 1 consid. 5b ; 125 II 633 consid. 2c ; 118 Ib 153. Des différences de traitement injustifiées de tels groupes de personnes ne sont compatibles ni avec la Constitution ni avec les droits de l'homme des conventions internationales (ATF 129 I 392, consid. 3.2.2).

²⁸⁶ En vertu de l'art. 22 LEtr, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche. La signification des conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche est concrétisée dans l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA). Pour le tout, voir OTT, Art. 22 AuG, n. 5-11.

²⁸⁷ Le droit découle de l'art. 2 en relation avec l'art. 7, let. a, ALCP et l'art. 9 de l'Annexe I à l'ALCP ; pour le tout, voir WILDHABER, n. 45.

Suisse ont droit, en vertu de la loi sur les travailleurs détachés (LDét), à l'égalité salariale avec les travailleurs et travailleuses suisses (le contrôle incombe aux organes paritaires et aux commissions tripartites)²⁸⁸. Du point de vue juridique, *n'importe quelle inégalité salariale en lien avec le statut de séjour* est donc *interdite*, des critères différents s'appliquant à la justification de différences salariales en fonction de la loi applicable (LEtr, ALCP ou LDét). En ce qui concerne le salaire des travailleurs et travailleuses détaché-e-s, il n'y a aucune marge de manœuvre, tandis que les différences salariales dans le domaine du droit des étrangers peuvent être compensées par d'autres/de meilleures conditions de travail.

126 Les préjudices salariaux qui sont en lien direct ou indirect avec le statut de séjour concernent les étrangers et les étrangères. Les règles précitées protègent *les deux sexes* d'une discrimination salariale de la même manière²⁸⁹. Les dispositions de la LEg s'appliquent uniquement lors d'une inégalité de traitement en lien avec le statut au regard du droit des étrangers d'une personne *ainsi qu'avec son sexe*. Les tribunaux n'ont pas encore traité cette question ce qui s'explique aussi par une sensibilité faisant encore largement défaut en Suisse quant aux problèmes juridiques de la discrimination multiple²⁹⁰. Par exemple, une discrimination multiple a lieu quand une femme étrangère est discriminée parce qu'elle est étrangère et parce qu'elle est une femme.

1.3.3 Résultat

127 Au regard des dispositions légales relatives à la discrimination entre les sexes, la variable « statut de séjour » peut continuer à être utilisée dans le modèle d'analyse.

1.4 Région

1.4.1 Pouvoir explicatif

128 Dans la statistique nationale, les différences salariales sont ventilées sous le point région en sept grandes régions (la région lémanique (GE, VS et VD), l'espace Mittelland (BE, FR, JU, NE et SO), le Nord-Ouest de la Suisse (AG, BL et BS), Zurich (ZH), la Suisse orientale (AR, AI, GL, GR, SG, SH et TG), la Suisse centrale (LU, NW, OW, SZ, UR et ZG) ainsi que le Tessin (TI)). Les différences salariales entre les sexes, mesurées par la différence des logarithmes des salaires moyens, varient entre 12,5 pour cent dans la région lémanique et 22,5 pour cent dans la région de Zurich²⁹¹. La région de Zurich est suivie par la Suisse orientale (17,8 pour cent) ainsi que par la Suisse centrale et le Nord-Ouest de la Suisse (les deux :

²⁸⁸ La LDét fait partie des mesures d'accompagnement à l'ALCP ; l'art. 2 LDét statue que les employeurs doivent garantir aux travailleurs détachés au moins les conditions de travail et de salaire prescrites par les lois fédérales, ordonnances du Conseil fédéral, conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire dans le domaine de la « non-discrimination, notamment l'égalité de traitement entre femmes et hommes » (art. 2, al. 1, let. f, LDét).

²⁸⁹ Dans le cadre des détachements, les entreprises de détachement doivent aussi explicitement respecter l'égalité salariale entre les sexes (voir supra, nbp 288).

²⁹⁰ Pour le tout, voir CFR, Discrimination multiple.

²⁹¹ STRUB/BANNWART, p. 52, 123.

17,4 pour cent)²⁹². Les différences salariales inexpliquées sont les plus élevées en Suisse orientale (10,1 pour cent) et, ce, avec une moyenne suisse de 7,4 pour cent²⁹³. Suivent le Tessin (8,9 pour cent) et la Suisse centrale (7,9 pour cent)²⁹⁴. FELFE/TRAGESER/ITEN estiment que le pouvoir explicatif de la variable « région » est assez élevé comme pour le pouvoir explicatif des autres facteurs sociodémographiques²⁹⁵. La région est comprise afin de prendre en considération une éventuelle hétérogénéité des entreprises dans l'analyse des disparités salariales sexospécifiques²⁹⁶. Les différences régionales dans les structures économiques (structures de l'emploi et sectorielles) ainsi que les différents niveaux de salaires peuvent expliquer des écarts salariaux entre femmes et hommes²⁹⁷.

1.4.2 Potentiel discriminatoire

Quant à la variable « région », FELFE/TRAGESER/ITEN n'y voient aucun potentiel discriminatoire²⁹⁸. Qu'en est-il du point de vue juridique d'une discrimination due à des particularités régionales ?

129

Notons tout d'abord qu'il est difficile de saisir juridiquement une différence de rémunération due à des particularités régionales. Lors d'une action individuelle en paiement du salaire, une rémunération variable d'employé-e-s dans différentes régions de la part d'un seul employeur serait uniquement un problème si cette justification n'était que prétendue et qu'il y avait effectivement une discrimination salariale à raison du sexe.

130

Dans le catalogue des motifs de discrimination en vertu de l'art. 8, al. 2, Cst. se trouve pourtant l'« origine ». Par ce terme, on entend l'*origine* nationale, régionale, culturelle ou ethnique. L'origine fait partie de l'identité d'une personne qui ne peut être modifiée ou est difficile à changer²⁹⁹. Une inégalité de traitement discriminatoire en lien avec l'origine régionale d'une personne sans motif suffisamment objectif est par conséquent interdite par la Constitution. Cette interdiction n'a cependant pas été concrétisée dans le droit du contrat de travail. Il n'y a pas de loi comparable à la loi sur l'égalité (LEg) qui interdirait une inégalité de traitement au niveau des conditions de travail et du salaire en lien avec l'origine régionale d'une personne. Tant que dans les rapports de travail de droit privé une inégalité salariale pour un travail égal ou de valeur égale en lien avec l'origine régionale d'une personne persiste, il faut dans un cas précis présumer la *primauté de la liberté contractuelle* sur le droit à l'égalité de traitement. Il en irait différemment si la région était uniquement un critère *prétendu* pour l'inégalité salariale et que *l'inégalité salariale était finalement fondée sur une inégalité de traitement à raison du sexe*. Ainsi, la LEg est applicable. De tels cas ne sont pas connus dans la pratique des tribunaux et des autorités de conciliation en matière de la loi sur l'égalité.

131

²⁹² STRUB/BANNWART, p. 123.

²⁹³ STRUB/BANNWART, p. 52.

²⁹⁴ STRUB/BANNWART, p. 52.

²⁹⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 75.

²⁹⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 77.

²⁹⁷ Cf. STRUB/BANNWART, p. 38 ; BERTSCHY et al., p. 292.

²⁹⁸ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 75.

²⁹⁹ SGK BV-SCHWEIZER, Art. 8 n. 64.

1.4.3 Résultat

132 La variable « région » peut, dans l’optique de la législation en matière de discrimination, continuer à être utilisée dans le modèle d’analyse.

2. Capital humain avant l’entrée dans la vie active : formation la plus élevée achevée

2.1 Pouvoir explicatif

133 Le modèle existant prend en considération la formation la plus élevée achevée. La formation est l’un des principaux facteurs expliquant le montant du salaire et les écarts salariaux entre les sexes³⁰⁰. L’affirmation « plus la formation est élevée, plus le salaire est élevé » vaut tant pour les hommes que pour les femmes³⁰¹.

2.2. Potentiel discriminatoire

134 Ce facteur ne recèle, selon l’avis de FELFE/TRAGESER/ITEN, d’aucun potentiel discriminatoire, du moins au sein des jeunes générations pour qui l’accès à la formation ne dépend plus du sexe. Il s’agit, par ailleurs, d’une caractéristique objective déterminée par des certificats ou des diplômes³⁰².

135 Dans des conflits individuels portant sur l’inégalité salariale, le Tribunal fédéral admet la formation comme critère justificatif pour des différences de salaires. Selon lui, des différences qui se basent sur des motifs objectifs comme la formation, l’âge, l’ancienneté, la qualification, l’expérience, le domaine concret d’activité ou la performance, ne sont, en règle générale, pas discriminatoires³⁰³. Dans la littérature pourtant, des indices montrent que déjà au moment de l’entrée dans la vie professionnelle, les femmes obtiennent un salaire inférieur malgré une formation et des qualifications équivalentes, ceci également dans les professions où la proportion est équilibrée entre les sexes³⁰⁴. L’on parle dans ce contexte aussi d’« auto-sélection » : les femmes renoncent déjà à la possibilité d’avoir une rémunération plus élevée par leur choix de professions qui sont favorables à la famille mais qui offrent généralement une perspective moins favorable par rapport au salaire³⁰⁵. Une telle « auto-sélection » serait aussi influencée par une conception des rôles et des structures sociétales extrinsèques³⁰⁶. Une suppression du facteur ne remédierait pas à cette situation. En raison de la nature programmatique de la législation relative à l’égalité, ces considérations doivent être prises en compte lors de l’interprétation du facteur explicatif « formation la plus élevée achevée ».

³⁰⁰ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 59 s. avec les références.

³⁰¹ STRUB/BANNWART, p. 24.

³⁰² FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 60.

³⁰³ ATF 142 II 49, consid. 6.3, 8.2 et 8.5 ; 124 II 409, consid. 9c avec les références ; voir également supra n. 33.

³⁰⁴ Pour le tout, voir BERTSCHY et al.

³⁰⁵ Statistisches Amt Kanton Zürich, Zürcher Lohnstudie 2016, p. 3 ; cf. BERTSCHY et al., p. 281 ss.

³⁰⁶ Ainsi par ex. GIANETTONI et al. ; LEEMANN/KECK ; MAIHOFFER et al.

2.3 Résultat

La variable « formation la plus élevée achevée » peut, au regard des dispositions légales relatives à la discrimination, continuer à être utilisée dans le modèle d'analyse.

136

3. Capital humain après l'entrée dans la vie active

3.1 Expérience professionnelle potentielle

3.1.1 Pouvoir explicatif

L'expérience professionnelle constitue l'un des principaux facteurs permettant d'expliquer le niveau de salaire³⁰⁷. L'âge reflète l'expérience générale de vie et représente, en plus, indirectement la somme de l'expérience professionnelle potentiellement acquise dans le marché du travail³⁰⁸. L'expérience professionnelle potentielle découle de l'âge (en années) duquel 15 ans sont déduits (ce qui correspond à la scolarité obligatoire)³⁰⁹. Chez les hommes, la règle suivante est valable : plus un homme est âgé, plus le salaire moyen est élevé. Chez les femmes, des différences entre trois groupes d'âge peuvent être constatées. Voici les résultats du rapport final sur l'analyse des salaires des femmes et des hommes sur la base de l'enquête sur la structure des salaires 2014 ; la différence salariale moyenne entre hommes et femmes pour les personnes en-dessous de 30 ans est relativement faible avec 5,1 pour cent au détriment des femmes, mais augmente continuellement avec l'âge. Chez les femmes ayant 50 ans et plus, la différence de salaire est inférieure de 24 pour cent. Lors de l'interprétation de ces chiffres, il faut prendre en compte que l'écart salarial croissant n'est pas uniquement dû à l'âge mais également à l'influence d'autres facteurs qui ont un lien seulement partiel ou indirect avec l'âge. Ainsi, par exemple, des positions dirigeantes (principalement occupées par des hommes) exigent, en général, une certaine expérience acquise seulement à l'âge moyen ou à un âge avancé. D'autre part, c'est également dans ce genre de position que les différences de la génération plus âgée sont davantage marquées quant à la formation (effet de cohorte). Indépendamment d'autres facteurs, une approche multivariée montre pourtant une corrélation concave positive entre l'âge et le salaire, tant chez les femmes que chez les hommes³¹⁰.

137

3.1.2 Potentiel discriminatoire

Selon les auteur-e-s de l'étude, il n'y a aucun potentiel discriminatoire lors de la prise en compte de l'expérience professionnelle *potentielle*³¹¹. L'âge, en particulier, est incontestablement objectif et ne

138

³⁰⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 62.

³⁰⁸ STRUB/BANNWART, p. 21 ; STRUB et al., p. 21 ; STRUB/STOCKER, p. 51, nbp 30.

³⁰⁹ Sont pris en compte la différence (âge-15) et le carré de cette différence (STRUB/BANNWART, p. 41, nbp 29).

³¹⁰ STRUB/BANNWART, p. 22 ; un agrandissement de la différence salariale avec l'âge au détriment des femmes est également constaté par GOULD/SCHIEDER/GEIER (p. 13 s.).

³¹¹ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 75.

peut être lié à une discrimination³¹². Cette affirmation ne peut pas être approuvée du point de vue juridique. Dans un litige individuel portant sur le salaire, une inégalité de traitement justifiée par l'argument « âge » peut constituer une discrimination indirecte à raison du sexe. De plus, l'« âge », ensemble avec la caractéristique « sexe », peut entraîner une discrimination multiple. Puisque l'âge a le même effet pour les deux sexes par rapport à l'expérience professionnelle potentielle (contrairement à l'expérience professionnelle effective), ces aspects seront abordés en même temps que le « taux d'occupation durant la carrière professionnelle » en tant que nouvelle variable envisageable³¹³.

139 Dans une procédure individuelle, l'expérience professionnelle potentielle n'est pas prise en compte car il existe la possibilité du calcul effectif. Sa prise en considération est neutre du point de vue des sexes. Celle-ci ne provoque, en principe, pas de stéréotypisation. Au contraire, la question se pose de savoir si en moyenne les femmes ne sont pas avantagées, les femmes ayant en moyenne une moins grande expérience professionnelle effective que les hommes du même âge³¹⁴.

3.1.3 Résultat

140 La variable « expérience professionnelle potentielle » peut, dans l'optique de la législation en matière de discrimination, continuer à être utilisée dans le modèle d'analyse.

3.2 Ancienneté

3.2.1 Pouvoir explicatif

141 Par ancienneté (ou comme synonyme : années de service), l'on entend le nombre d'années pendant lesquelles un employé ou une employée a travaillé dans la même entreprise. Différentes études démontrent qu'il est intéressant, du point de vue de la rémunération, de travailler pendant un certain temps dans la même entreprise³¹⁵. Différents aspects sont avancés comme raison pour cela. Selon la théorie de l'agence, les sociétés veulent motiver et retenir leurs collaborateurs en augmentant le salaire avec l'ancienneté³¹⁶. Selon d'autres études, la productivité augmente avec l'ancienneté³¹⁷. Il est intéressant et, dans le présent contexte, pertinent de noter que l'augmentation de salaire en lien avec les années de service est nettement plus faible chez les femmes que chez les hommes³¹⁸. Globalement, la variable « années de service » a un pouvoir explicatif élevé.

³¹² FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 27, 59, 75.

³¹³ Voir infra n. 206 ss.

³¹⁴ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 64.

³¹⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 64 avec de nombreuses références à d'autres études.

³¹⁶ ZWICK, p. 853 ss.

³¹⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 64 avec les références.

³¹⁸ STRUB/BANNWART, p. 23 ; FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 64 avec d'autres références.

3.2.2 Potentiel discriminatoire

La variable « ancienneté » (ou années de service) ne représente aucun problème selon FELFE/TRAGESER/ITEN car elle est mesurée indépendamment des différents taux d'occupation et d'éventuelles interruptions de carrière³¹⁹. Du point de vue juridique, l'appréciation de la variable « ancienneté » nécessite préalablement quelques constats quant au droit du travail et également quant à la législation relative à l'égalité. Dans les observations juridiques qui suivent, la perspective est d'abord celle de la relation de travail individuelle.

142

Tant le contrat de travail de droit privé que la relation de travail de droit public se caractérisent par deux obligations principales réciproques. Les employé-e-s doivent à l'employeur l'exécution de la prestation de travail fixée par contrat ou acte administratif et reçoivent, en contrepartie, le salaire convenu ou déterminé par la loi. La deuxième obligation principale est le devoir de fidélité qui exprime également l'intégration des employé-e-s dans l'entreprise. En retour du devoir de fidélité des employé-e-s se trouve le devoir d'assistance de l'employeur. Ce devoir d'assistance s'exprime spécifiquement dans différentes réglementations (pas seulement sur le salaire), dans le contrat de travail de droit privé comme dans la relation de travail de droit public, en se référant à l'ancienneté. L'idée de base de toutes ces réglementations est que le devoir d'assistance de l'employeur augmente conjointement à la fidélité de ses employé-e-s. Cela se voit notamment en ce qui concerne la protection contre les congés et l'obligation de l'employeur de continuer à verser le salaire. La durée de protection contre les congés *augmente avec la fidélité croissante* de ses employé-e-s (art. 336c CO). Les délais de résiliation légaux se distinguent aussi selon le nombre d'années de service (art. 335c CO). La durée du droit au versement du salaire en vertu de l'art. 324a CO est également en fonction des années de service, selon le principe « qui sert plus longtemps a plus longtemps un droit ».

143

Les systèmes salariaux de la fonction publique, les dispositions salariales dans les conventions collectives de travail et souvent aussi les règlements salariaux au niveau de l'entreprise prennent également en compte le nombre d'années de service auprès de l'employeur pour la détermination du salaire. Lors des négociations salariales (dans le contrat de travail de droit privé) et de la fixation des salaires (dans la relation de travail de droit public), les années de service avant l'entrée dans l'entreprise sont également régulièrement prises en compte.

144

Les réglementations précitées sont formulées de manière *formellement neutre sous l'angle du genre* ; sinon, cela serait une discrimination directe à raison du sexe interdite selon l'art. 3 LEg. Le Tribunal fédéral, sur la base de l'interdiction de la discrimination à raison du sexe dans la Constitution et plus spécifiquement encore sur la base de l'art. 3 LEg, a déjà qualifié l'utilisation de l'ancienneté pour justifier des différences de salaires comme discrimination indirecte dans des cas où des particularités

145

³¹⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 64 s., à la page 78 pourtant, les auteur-e-s écrivent que l'ancienneté pourrait être le résultat d'une discrimination préalable à l'entrée dans la vie active (« pre labor market discrimination »).

sexospécifiques comme, par exemple, des interruptions de l'activité professionnelle dues à une grossesse ou une maternité n'avaient pas été prises en compte³²⁰.

146 Les réglementations décrites ci-dessus en matière de droit de travail, se fondant sur l'ancienneté, ne prennent en principe pas en considération les différences sexospécifiques dans les réalités de vie. L'ensemble des règles concernant le droit du travail n'est pourtant pas entièrement « aveugle » quant à ce sujet. Ainsi, l'art. 329b CO prévoit la réduction de la durée des vacances lorsque, au cours d'une année de service, l'employé-e ne travaille pas pendant une certaine période. La « grossesse » et la durée du congé maternité légal, cependant, sont traitées de manière privilégiée par la loi. Dans ces deux cas, les vacances peuvent être diminuées seulement si l'absence a duré plus de deux mois (art. 329b, al. 3, CO). Révélateur à cet égard est également l'arrêt du Tribunal fédéral sur la réglementation du paiement du salaire lors de l'ajournement de l'allocation de maternité³²¹. Les dispositions cantonales thurgoviennes prévoyaient que l'employée n'avait aucun droit au salaire en cas d'ajournement de l'allocation de maternité. Une telle réglementation résultait en une inégalité de traitement non admissible entre une incapacité de travail pour cause de maladie et pour cause d'accouchement³²².

147 Dans un arrêt de 1998 déjà, le Tribunal fédéral avait constaté le potentiel de discrimination indirecte des années de service. Les critères sexospécifiques d'évaluation sont, en général et en moyenne, moins souvent remplis par les membres de l'un des deux sexes pour des raisons biologiques (par exemple taille ou force physique) ou des caractéristiques liées à des inégalités de fait fondées sur le sexe se trouvant dans la réalité sociale. Ainsi, le critère formellement neutre de l'ancienneté par rapport au sexe peut, le cas échéant, contenir une discrimination indirecte car les femmes interrompent en moyenne plus souvent leur carrière professionnelle pour s'occuper des enfants et ont, par conséquent, moins l'occasion d'acquérir de l'expérience professionnelle³²³.

148 La CJUE également a dû se pencher à plusieurs reprises sur la question de savoir si l'ancienneté et l'expérience professionnelle pouvaient justifier une différence de salaire. Selon une décision antérieure (Danfoss), la prise en compte des années de service et de l'expérience professionnelle sont en principe admissibles puisque l'expérience « met généralement le travailleur en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations »³²⁴. Dans une autre affaire cependant, la CJUE a jugé que si une employée arrivait à rendre vraisemblable que l'ancienneté n'allait pas de pair avec une meilleure prestation, il

³²⁰ ATF 142 II 49, consid. 6.1., voir également les observations concernant l'expérience professionnelle potentielle, supra n. 204.

³²¹ ATF 142 II 425.

³²² ATF 142 II 425, consid. 5.4, voir par contre consid. 7.2, il n'était plus nécessaire d'examiner la question s'il y avait inégalité de traitement à raison du sexe car la réglementation était illicite déjà pour d'autres raisons.

³²³ ATF 124 II 409, consid. 9d avec les références.

³²⁴ CJUE, aff. 109/88 du 17.10.1989, Danfoss, n. 24 et 25, confirmée dans CJUE, aff. C-17/05 du 03.10.2006, Cadman, n. 34 et 35, CJUE, aff. C-88/08, Hütter, n. 47 et CJUE, aff. jointes C-279/10 et C-298/10 du 08.11.2011, n. 75.

incombait alors à l'employeur de prouver que la rémunération plus élevée est justifiée par l'ancienneté³²⁵.

Une décision plus récente de la CJUE portant sur la question de la prise en compte des périodes de prise en charge des enfants pour la détermination des années de service montre que les hommes également peuvent attaquer avec succès des réglementations nationales violant l'interdiction de discrimination à raison du sexe³²⁶. La réglementation française de la fonction publique, que la CJUE était amenée à examiner, prévoyait un régime de mise à la retraite anticipée sur la base de périodes de prise en charge des enfants ainsi que la bonification avantageuse de ces périodes lors de la détermination des années de service. Dans les deux cas, le ou la fonctionnaire devait justifier d'une interruption d'activité d'une durée continue d'au moins deux mois dans le cadre d'un des congés énumérés dans la loi dans le contexte de l'éducation des enfants. La CJUE a attribué une « apparence de neutralité » à cette disposition mais a retenu qu'elle conduisait à une discrimination indirecte des fonctionnaires masculins à raison du sexe car elle se basait sur une condition toujours remplie par les fonctionnaires féminins en raison du congé maternité obligatoire (au moins 16 semaines) et rarement par les fonctionnaires masculins³²⁷. La France n'a pas réussi à justifier cette discrimination *de fait* des fonctionnaires masculins par des facteurs objectifs³²⁸.

149

Les considérations ci-dessus montrent qu'il n'est pas à priori interdit, sur la base de l'interdiction de la discrimination indirecte à raison du sexe, de prendre en compte les années de service lors d'un litige individuel portant sur l'égalité salariale. Mais une telle prise en compte nécessite clairement une justification. Si, dans une relation de travail individuelle, une différence de salaire entre les sexes est justifiée par l'argument « plus d'années de service », celui-ci peut constituer un motif objectif également reconnu par la jurisprudence. Mais, il peut également s'agir d'une discrimination indirecte à raison du sexe qui est interdite. À notre connaissance, des études manquent sur la mesure dans laquelle les deux possibilités existent dans la pratique. L'utilisation de la variable « ancienneté » dans le modèle d'analyse de la statistique nationale *explique* une partie de l'inégalité salariale. Cependant, une partie non déterminable (sur la base des données existantes) de cette inégalité salariale s'explique vraisemblablement par une discrimination indirecte à raison du sexe. L'utilisation (ou non) de la variable « ancienneté » dans le cadre de la statistique nationale et son analyse ne doivent pas conduire à un renforcement d'inégalités de traitement en les qualifiant de « différences de salaires explicables » en fin de compte.

150

3.2.3 Résultat

La variable « ancienneté » peut, au regard des dispositions légales relatives à la discrimination, continuer à être utilisée dans le modèle d'analyse.

151

³²⁵ CJUE, aff. C-17/05 du 03.10.2006, Cadman, n. 38 ss.

³²⁶ CJUE, aff. C-173/13 du 17.07.2014, Leone et Leone.

³²⁷ CJUE, aff. C-173/13 du 17.07.2014, Leone et Leone, n. 98.

³²⁸ CJUE, aff. C-173/13 du 17.07.2014, Leone et Leone, n. 99 ss.

4. Conditions spécifiques au poste de travail

4.1 Taux d'occupation

4.1.1 Pouvoir explicatif

152

Selon les résultats des auteur-e-s de l'étude, une partie considérable de la différence salariale entre femmes et hommes peut être expliquée par la prise en compte de la variable « taux d'occupation »³²⁹. Il ressort de l'ESS 2012³³⁰ que 55,6 pour cent des femmes et 11,9 pour cent des hommes travaillent à temps partiel (soit entre 20 et 89 pour cent). Sur cinq postes à temps partiel, quatre sont occupés par des femmes. Selon STRUB/BANNWART, à la différence des hommes, les femmes travaillent à temps partiel principalement pour des raisons familiales ; surtout dans les couples avec enfants, les mères sont en premier lieu responsables des travaux domestiques et de la garde des enfants³³¹. Le salaire standardisé est généralement plus haut pour les taux d'occupation plus élevés, à l'exception des taux d'activités entre 50 et 89 pour cent où les femmes gagnent en moyenne plus que celles travaillant à plein temps. Cela serait indirectement un indicateur de la présence de femmes mieux qualifiées dans ces taux d'occupation³³². L'évaluation économique du travail à temps partiel varie³³³. D'un côté, il est estimé que les coûts fixes et de transaction en lien avec les postes à temps partiel sont plus élevés pour l'entreprise. Cela est en principe évident, puisque la répartition du travail à plusieurs employé-e-s peut entraîner des doublons et une perte d'efficacité. De l'autre, cependant, des études constatent un accroissement de la performance et de la productivité en ce qui concerne le travail à temps partiel. Le SECO distingue également selon la situation ; « Les conséquences financières dépendent de la situation concrète et restent aux mains de l'entreprise. Selon la situation de départ, l'introduction du travail à temps partiel n'a pas ou peu d'incidence sur les coûts. Le tableau sera différent si les employés à temps partiel ont besoin de leur propre poste de travail, avec les coûts d'infrastructure que cela implique. Là où l'on emploie davantage de collaborateurs pour le même volume de travail, tous les coûts qui dépendent directement de l'effectif augmentent (administration du personnel, planification des affectations, séances, cours internes de formation, fête d'entreprise, etc.) »³³⁴. Il est également évoqué que « le travail à temps partiel n'a pas la même incidence sur l'expérience professionnelle dans tous les métiers (dans le cas d'activités répétitives, par exemple) »³³⁵.

³²⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 67 ss. avec des références à des ouvrages en la matière, ainsi que B,S,S./Université de Berne, p. 22 ss. avec les références.

³³⁰ Pour les chiffres, voir STRUB/BANNWART, p. 17.

³³¹ STRUB/BANNWART, p. 17 avec les références.

³³² STRUB/BANNWART, p. 18.

³³³ Pour le tout, voir FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 69 avec les références.

³³⁴ SECO, p. 29 ; voir également MADUZ, PJA 2015, p. 443.

³³⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 64.

4.1.2 Potentiel discriminatoire

Selon FELFE/TRAGESER/ITEN, le taux d'occupation a un potentiel de discrimination salariale indirecte³³⁶. Le risque de discrimination à l'emploi est également abordé : en l'absence d'offres suffisantes de prise en charge extrafamiliale des enfants et vu la persistance de certaines normes sociales, ce sont souvent les femmes qui s'occupent des enfants avec comme résultat qu'elles travaillent davantage à temps partiel³³⁷. Elles ont ainsi moins de chances d'accumuler de l'expérience professionnelle³³⁸.

153

En ce qui concerne les litiges salariaux individuels, le potentiel discriminatoire de la variable « taux d'occupation » est évident. Une différence de salaire pour un travail égal ou de valeur égale en ce qui concerne les employé-e-s à temps plein ou à temps partiel constitue un cas de discrimination indirecte interdite, la plupart des employé-e-s travaillant à temps partiel étant des femmes, comme mentionné ci-dessus. Le versement d'un salaire inférieur à celui d'un temps plein à des employé-e-s travaillant à temps partiel touche donc davantage les femmes. Le Tribunal fédéral argumente, dans son arrêt 124 II 436, que la rémunération inférieure des employé-e-s à temps partiel est, selon la doctrine, un parfait exemple de la discrimination à raison du sexe car ce sont en majorité les femmes qui en sont touchées. Cependant, cela concerne les cas où les employé-e-s à temps partiel gagnent proportionnellement moins que les employé-e-s à plein temps (par exemple sous forme de salaire à l'heure). Il est, par ailleurs, parfaitement admissible de payer un salaire moins élevé pour un emploi à temps partiel du moment où ce salaire est proportionnel au même salaire à temps plein³³⁹. Il a été retenu, entre autres, que les maîtresses d'école enfantine du canton de Soleure devaient accepter une diminution salariale proportionnelle par rapport aux institutrices soleuroises du primaire en raison d'une charge de travail inférieure de 10 pour cent à celle des institutrices³⁴⁰. Cette jurisprudence a été confirmée dans d'autres arrêts³⁴¹.

154

155

³³⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 69.

³³⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 64 ; cf. STRUB/BANNWART, p. 17, STRUB et al., p. 17.

³³⁸ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 64.

³³⁹ ATF 124 II 436, consid. 8d aa) avec les références ; voir également SCHRÖTER/MARTI WHITEBREAD, p. 251.

³⁴⁰ ATF 124 II 436, consid. 9g-h.

³⁴¹ ATF 125 II 530, consid. 4 ; TF 2A.253/2001 du 08.10.2002, consid. 4.8.

La CJUE a également confirmé, dans de nombreuses décisions, qu'un traitement inégal des employé-e-s à temps partiel est inadmissible³⁴². Cette interdiction, en vertu du droit du travail de l'UE, est justifiée par les dispositions sur l'égalité de traitement des travailleurs et travailleuses à temps partiel³⁴³, d'une part, et de l'interdiction de la discrimination à raison du sexe³⁴⁴ d'autre part.

156 En Suisse, l'inégalité de traitement des employé-e-s à temps partiel (indépendamment d'une discrimination à raison du sexe) est interdite dans la mesure de l'art. 319, al. 2, CO selon lequel « est aussi réputé contrat individuel de travail le contrat par lequel un travailleur s'engage à travailler régulièrement au service de l'employeur par heures, demi-journées ou journées (travail à temps partiel) ». Ainsi, il est interdit de traiter différemment les employé-e-s à temps partiel par rapport aux employé-e-s à plein temps sans raison objective. Cependant, cette exigence n'est pas concrétisée entièrement. Prenons comme exemple les régulations concernant les heures supplémentaires. En principe, un travailleur ou une travailleuse sous contrat de travail à temps partiel accomplit des heures supplémentaires seulement lorsque les heures de travail *convenues dans le contrat de travail* sont dépassées³⁴⁵. Or, il n'est pourtant pas rare, dans la pratique, que d'autres règles soient convenues selon lesquelles les heures supplémentaires ne sont rémunérées qu'à partir du moment où elles dépassent la *durée de travail dans l'entreprise* (et non pas selon la durée réduite des heures de travail à temps partiel justement)³⁴⁶. Une telle réglementation constitue une inégalité de traitement en défaveur des employé-e-s à temps partiel et une violation de l'interdiction de discrimination indirecte en vertu de l'art. 3 LEg³⁴⁷.

4.1.3 Résultat

157 La variable « taux d'occupation » devrait, au regard des dispositions légales relatives à la discrimination, ne plus être utilisée dans le modèle d'analyse.

³⁴² Voir en détail UEBE, p. 605 ss.

³⁴³ La Directive 97/81/CE (EUR-Lex L 14/9) en constitue la base. Pour la jurisprudence, voir entre autres CJUE, Aff. C-300/06 du 06.12.2007, Voss et CJUE, Aff. C-170/84 du 13.05.1986, Bilka, n. 27 s., dans le cas concret, le caractère discriminatoire de l'exclusion des travailleurs et travailleuses à temps partiel d'un régime de pensions d'entreprise a été justifié par le fait que la rémunération globale payée aux travailleurs et travailleuses à temps plein était plus élevée, à parité d'heures travaillées, que celle payée aux travailleurs et travailleuses à temps partiel.

³⁴⁴ CJUE, Aff. jointe C-399/92 du 15.12.1994, Helmig, n. 26 ss. ; CJUE, Aff. C-313/03 du 12.10.2004, Wippel ; CJUE, Aff. C-457/93 du 06.02.1996, Lewark ; CJUE, Aff. C-100/95 du 02.10.1997, Kording, n. 25 : « Dans de telles circonstances, lorsqu'un travailleur à temps partiel subit un traitement moins favorable qu'un travailleur à temps plein, des dispositions telles que celles applicables au principal créent une discrimination indirecte au détriment des travailleurs féminins, lorsqu'il s'avère qu'en fait un pourcentage considérablement plus faible d'hommes que de femmes travaillent à temps partiel ».

³⁴⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, Art. 321c OR n. 4 ; ATF 124 III 469, p. 471.

³⁴⁶ Letsch, n. 248.

³⁴⁷ BREGNARD-LUSTENBERGER, p. 308 ; FREIVOGEL/STEINER, p. 993 ss. ; voir également CJUE, Aff. jointe C-399/92 du 15.12.1994, Helmig ; voir également supra n. 193 ss.

4.2 Branche

4.2.1 Pouvoir explicatif

FELFE/TRAGESER/ITEN considèrent le pouvoir explicatif de la variable « branche » comme étant élevé³⁴⁸. Les salaires peuvent varier d'un secteur économique à l'autre bien que le travail soit équivalent. La principale raison de ces écarts réside dans la détermination des salaires en fonction du marché, soit le fait que le travail soit mieux rémunéré dans certains secteurs économiques que dans d'autres³⁴⁹. En plus, une approximation de l'orientation de la formation est fournie par la branche³⁵⁰. La répartition des sexes diffère beaucoup entre les branches économiques ; la part des femmes dans le domaine de la finance et des assurances, par exemple, est clairement en dessous de la parité avec 42,4 pour cent. Avec 78,4 pour cent, la proportion des femmes dans le secteur de la santé et du social y est, par contre, nettement supérieure³⁵¹. STRUB/BANNWART en tirent la conclusion suivante : en 2014, les femmes gagnaient 10,1 pour cent de moins que les hommes et ceci à cause d'une sous-représentation dans les positions plus exigeantes et dans les positions de cadre, en particulier parce qu'elles travaillaient plutôt dans les branches à bas salaires³⁵².

158

4.2.2 Potentiel discriminatoire

FELFE/TRAGESER/ITEN estiment qu'il y a un risque de discrimination salariale indirecte concernant la variable « branche »³⁵³. Du point de vue juridique, une clarification s'impose. Dans un litige individuel portant sur le salaire, il est uniquement possible de comparer les salaires d'employé-e-s payés par le même employeur. Sur le plan individuel, le salaire d'une vendeuse de la grande surface X ne peut être comparé qu'avec le salaire du vendeur de la même grande surface. La vendeuse employée dans la grande surface X ne peut déduire aucun droit du fait que la grande surface Y paie des salaires plus élevés. Cela vaut d'autant plus pour la comparaison du salaire d'une employée de commerce de détail avec le salaire d'une personne ayant des qualifications similaires dans une toute autre branche.

159

Pourtant, les salaires payés par d'autres entreprises ne sont pas totalement insignifiants dans les litiges salariaux individuels. Depuis 1987, le Tribunal fédéral accepte « la situation conjoncturelle » ou « le marché » comme motifs objectifs pour expliquer des salaires inégaux entre femmes et hommes pour un travail identique ou de même valeur parce qu'ils peuvent avoir une incidence au moment de l'embauche de nouveau personnel³⁵⁴. Plus tard, le Tribunal fédéral devait juger le recours de trois infirmières qui s'opposaient à l'attribution d'une certaine classe de traitement. Son jugement a confirmé que la situation conjoncturelle faisait partie des circonstances objectives qui n'étaient pas motivées

160

³⁴⁸ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 75.

³⁴⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 78.

³⁵⁰ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 60.

³⁵¹ STRUB/BANNWART, p. 36.

³⁵² Cf. STRUB/BANNWART, p. 71.

³⁵³ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 75.

³⁵⁴ ATF 113 Ia 107, consid. 4a.

par des considérations fondées spécifiquement sur le sexe, il était donc possible de prendre en compte ce motif dans la fixation du salaire tout en restant dans le cadre du droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale³⁵⁵. Un employeur (in casu le canton de Berne) pouvait baser son système de rémunération sur un marché plus important et tenir compte des salaires de ce marché pour établir sa classification de traitements dans la mesure où, ce faisant, il ne sous-payait pas nettement un métier typiquement féminin de manière objectivement infondée et ne s'écarterait pas de l'évaluation du poste considéré³⁵⁶. Le canton de Berne pouvait donc tenir compte de salaires versés dans d'autres cantons pour l'établissement de sa classification de traitements³⁵⁷. En conclusion, le Tribunal fédéral a rejeté le recours dans tous les points. Ainsi, la procédure de recours des infirmières devant le Tribunal administratif cantonal qui avait été suspendue en attendant la décision du Tribunal fédéral a pu être reprise³⁵⁸. Le métier de policier était utilisé comme élément de comparaison. Le canton de Berne justifiait le salaire plus élevé, d'un côté, par des différences dans l'évaluation des fonctions (en particulier en ce qui concerne les responsabilités et les risques) et, de l'autre, par la situation du marché. Par la suite, le Tribunal administratif a demandé une analyse statistique des salaires dans d'autres cantons ; de celle-ci ressortait qu'il existait manifestement une tension salariale sur le marché de l'emploi des policiers. Il décidait, en conclusion, qu'une partie de la différence de salaire était objectivement justifiée ; le recours a donc été rejeté³⁵⁹. Le Tribunal fédéral a consolidé sa pratique dans plusieurs arrêts et a exposé les conditions nécessaires³⁶⁰ afin que l'argument du marché ou de la situation conjoncturelle justifie des disparités salariales³⁶¹. Ces critères, à remplir de manière cumulative, peuvent être résumés comme suit³⁶² :

- a) La situation conjoncturelle doit avoir le pouvoir d'influer sur les conditions d'engagement du travailleur ou de la travailleuse³⁶³.
- b) Le marché pertinent doit être défini tout comme les facteurs qui influent sur lui ainsi que l'importance de leur impact, le cas échéant par des données économiques et statistiques³⁶⁴.
- c) La différence de rémunération ne doit pas être supérieure à la fluctuation de la conjoncture attestée³⁶⁵.

³⁵⁵ ATF 125 I 71, consid. 4d aa).

³⁵⁶ ATF 125 I 71, consid. 4d aa).

³⁵⁷ GEISER/MAUCHLE, p. 8.

³⁵⁸ Tribunal administratif du canton de Berne, arrêt n° 19952U du 29.05.2000, voir également : <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1181.html> (site consulté pour la dernière fois le 04.05.2017) ; voir également GEISER/MAUCHLE, p. 9.

³⁵⁹ Pour le tout, voir GEISER/MAUCHLE, p. 9.

³⁶⁰ En s'appuyant sur la jurisprudence de la CJUE et une partie de la doctrine : CJUE, Aff. C-170/84 du 13.05.1986, Bilka, n. 36 s. ; CJUE, Aff. C-127/92 du 27.10.1993, Enderby, n. 24-29 ; voir GEISER/MAUCHLE, p. 10 avec les références.

³⁶¹ À ce sujet, voir les arrêts ATF 125 III 368 ; 126 II 217 ; 131 II 393 ; TF 4A_261/2011 du 24.08.2011.

³⁶² La présentation a été reprise de GEISER/MAUCHLE, p. 22 ss.

³⁶³ ATF 113 Ia 107, consid. 4a ; 126 II 217 ; 125 III 368, consid. 5c cc).

³⁶⁴ ATF 125 III 368, consid. 5c.

³⁶⁵ ATF 125 III 368, consid. 5c.

- d) L'employeur qui invoque la situation conjoncturelle pour justifier une disparité salariale doit démontrer que les circonstances en question existent véritablement sur le marché considéré³⁶⁶.
- e) La différence de rémunération ne doit pas être liée au sexe des employé-e-s concerné-e-s³⁶⁷.
- f) La différence de rémunération ne doit pas conduire à sous-payer un métier typiquement féminin par rapport à un métier typiquement masculin ou réputé neutre en dérogation au résultat d'une évaluation scientifique des fonctions³⁶⁸.
- g) Le marché pris en considération à des fins de comparaison ne doit pas être lui-même discriminatoire à raison du sexe³⁶⁹.
- h) Si la situation conjoncturelle est prise en compte dans la fixation du salaire, ceci doit répondre à un besoin véritable de l'entreprise³⁷⁰.
- i) La différence de rémunération motivée par la situation du marché doit respecter le principe de proportionnalité³⁷¹.
- j) La différence de rémunération motivée par la situation du marché doit être appropriée et nécessaire pour atteindre le but visé par l'entreprise³⁷².
- k) De plus, la différence de rémunération motivée par la situation du marché ne peut être versée que pendant une durée limitée³⁷³.

Ainsi, le Tribunal fédéral admet des arguments de marché et de situation conjoncturelle, au niveau individuel seulement, à des conditions très restrictives. La question de savoir ce que cela signifie pour le modèle d'analyse de la statistique nationale se pose. Tandis qu'au niveau individuel, la comparaison de deux individus ou de deux métiers spécifiques dans la même entreprise est concernée³⁷⁴, le modèle d'analyse de la statistique nationale examine la part de la différence salariale au niveau national s'expliquant par le fait que les femmes et les hommes sont représentés dans des proportions différentes dans des branches à différentes valeurs ajoutées. La situation de départ du litige salarial individuel et celle du modèle d'analyse de la statistique nationale ne sont pas comparables, une *transférabilité directe* des considérations juridiques lors d'un litige salarial individuel au niveau de la statistique natio-

161

³⁶⁶ ATF 113 Ia 107, consid. 4a.

³⁶⁷ ATF 125 I 71, consid. 4d ; 125 III 368, consid. 5c.

³⁶⁸ ATF 125 I 71, consid. 4d.

³⁶⁹ ATF 126 II 217, consid. 9 ; 131 II 393, consid. 7.4.

³⁷⁰ ATF 125 III 368, consid. 5 ; 130 III 145, consid. 5.2 ; TF 4A_261/2011 du 24.08.2011, consid. 3.2.

³⁷¹ ATF 125 III 368, consid. 5c aa) ; 130 III 145, consid. 5.2 ; TF 4A_261/2011 du 24.08.2011, consid. 3.2.

³⁷² ATF 125 III 368, consid. 5c ; 130 III 145, consid. 5.2 ; TF 4A_261/2011 du 24.08.2011, consid. 3.2.

³⁷³ ATF 113 Ia 107, consid. 4a ; 125 III 368, consid. 5c ; voir également TF 4C.57/2002 du 10.09.2002, consid. 4.2 ;
ATF 130 III 145, consid. 5.2.

³⁷⁴ Il s'agit, dans l'arrêt n° 19952U du Tribunal administratif du canton de Berne par exemple, de la question de savoir pourquoi les policiers bernois recevaient un salaire en moyenne plus élevé que les infirmières également employées dans le canton. Cette différence de rémunération a été justifiée, entre autres, par une tension salariale accrue sur le marché de l'emploi des policiers.

nale n'entre pas en question. Cependant, les considérations suivantes se réfèrent également aux observations générales dans les parties précédentes de l'étude quant au mandat ancré dans la Constitution et dans le droit international de pourvoir à l'égalité³⁷⁵.

162 Le fait que le marché pris en considération à des fins de comparaison ne doit pas être lui-même discriminatoire à raison du sexe (g), qu'un sous-paiement de métiers typiquement féminins n'est pas admis (f) et qu'une différence de rémunération liée au sexe est également interdite (e) sont des exigences dont pourraient résulter ce qui suit : la répartition différente des sexes dans les différents secteurs économiques peut seulement servir à expliquer les écarts salariaux si ces différences ne se fondent pas elles-mêmes sur une discrimination. Par conséquent, se pose la question de savoir si les femmes sont sous-représentées dans certains secteurs de l'économie (à plus forte valeur ajoutée/salaires du marché plus élevés) parce que *l'accès à ces secteurs* leur est rendu plus difficile à cause de structures discriminatoires.

163 Il semble effectivement que la totalité des activités et des niveaux hiérarchiques dans tous les secteurs est formellement ouverte aux femmes. Cependant, de nombreuses formes de discrimination de fait ainsi que d'autres obstacles mènent à un accès restreint dans certains secteurs³⁷⁶. On constate ici une corrélation avec l'orientation de la formation qui est approximée par la variable « branche » ; déjà au moment du choix de l'orientation, avant l'entrée dans la vie active, mais également pendant la vie active, une ségrégation prononcée des sexes est distinguée³⁷⁷. Le choix de l'orientation est un élément décisif qui a, dans beaucoup de cas, une grande influence sur la branche dans laquelle l'on travaillera plus tard. L'utilisation de la variable « branche » va donc de pair avec le risque que des conceptions traditionnelles de rôles (par exemple, les femmes travaillent dans le domaine de la santé, les hommes dans le domaine de la finance) soient perpétuées. Ainsi, FELFE/TRAGESER/ITEN indiquent la possibilité que les femmes tendent à éviter les métiers à dominance masculine pour des raisons relevant de normes sociales. Bien que le choix professionnel soit individuel, il est impossible d'exclure une discrimination préalable à l'entrée dans la vie active (« pre labor market discrimination »)³⁷⁸.

164 L'utilisation de la variable « branche » présente un potentiel discriminatoire. Le Tribunal fédéral accepte des arguments de marché pour justifier des différences de salaires au niveau individuel uniquement, toutefois à des conditions restrictives. Ces conditions peuvent, dans une certaine mesure, être transférées à l'utilisation de la « branche » dans le modèle d'analyse national. Afin de lutter contre la discrimination préalable à l'entrée dans la vie active, dans le sens d'entraves à l'accès à certaines branches, la suppression de la variable ne saurait produire l'effet escompté. Il faut, au contraire, des mesures politiques appropriées.

³⁷⁵ Voir supra n. 38 ss., en particulier 40 et 44 s.

³⁷⁶ Cf. OECD, p. 72 ss. ; cf. FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 61, 66 ss.

³⁷⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 61 ; voir également GIANETTONI et al. ; LEEMANN/KECK ; MAIHOFFER et al.

³⁷⁸ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 61.

4.2.3 Résultat

La variable « branche » peut, au regard des dispositions légales relatives à la discrimination, continuer à être utilisée dans le modèle d'analyse.

165

4.3 Position professionnelle

4.3.1 Pouvoir explicatif

Les cinq catégories suivantes peuvent être distinguées pour la variable « position professionnelle » :

- Cadres supérieur-e-s
- Cadres moyen-ne-s
- Cadres inférieur-e-s
- Responsables de l'exécution des travaux
- Employé-e-s sans fonction de cadre

166

Son pouvoir explicatif est estimé comme étant élevé³⁷⁹. En règle générale³⁸⁰, il est observé que plus la position professionnelle est haute, plus les salaires sont élevés, alors que moins la proportion de femmes l'est et plus les différences salariales entre les sexes sont importantes³⁸¹. Les statistiques prouvent donc l'existence du « plafond de verre », phénomène décrit dans la littérature³⁸².

4.3.2 Potentiel discriminatoire

Selon FELFE/TRAGESER/ITEN, certaines conditions spécifiques au poste de travail recèlent un potentiel discriminatoire sous forme d'une discrimination à l'emploi ; sont cités, entre autres, la « position professionnelle » mais également « le niveau des qualifications requises ou le niveau de compétence » ainsi que « divers types de salaires ». L'on se trouve en présence d'une discrimination à l'emploi lorsque l'un des sexes se voit barrer l'accès à des postes supérieurs, à des travaux exigeants ou à certains types de contrats³⁸³.

167

Dans un *litige individuel*, une différence de salaire en raison de la position professionnelle ne constitue pas une inégalité de traitement discriminatoire fondée sur le sexe aussi longtemps que la position professionnelle ne sert pas de prétexte à une rémunération directement ou indirectement discriminatoire entre les sexes. Lors d'une différence de salaire en raison d'une position hiérarchique différente, en règle générale, le critère du travail égal ou de valeur égale n'est déjà pas rempli ; le droit à un salaire égal est valable uniquement lorsqu'il s'agit d'un travail égal ou de valeur égale. Cependant, les décisions des employeurs lors du *pourvoi des positions de cadre* peuvent être discriminatoires (discrimination à l'emploi ou encore plus spécifiquement discrimination en matière de promotion).

168

³⁷⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 75.

³⁸⁰ Le cadre moyen chez les femmes est une exception (STRUB/BANNWART, p. 28).

³⁸¹ STRUB/BANNWART, p. 28.

³⁸² FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 66 s. avec de nombreuses références à la littérature.

³⁸³ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 67, 79.

169

Le modèle d'analyse de la statistique nationale ne fournit pas de réponse à la question de connaître le nombre de cas où les employeurs décident de manière discriminatoire de repourvoir une position de cadre. D'autres études qui concernent spécifiquement la Suisse et pourraient donner des indications fiables sur cette question ne sont pas connues. Une analyse de la jurisprudence relative à la loi sur l'égalité ne met en lumière également que très peu de cas de discrimination en matière de promotion. Il manque également un arrêt du Tribunal fédéral déterminant en la matière. L'étude du Centre suisse de compétence pour les droits humains sur l'accès à la justice en cas de discrimination (étude thématique 2, Geschlecht) montre pourtant que la maternité joue effectivement un rôle pour les entreprises dans le pourvoi des positions de cadre³⁸⁴. Il est donc possible que la différence de salaire détectée dans le modèle d'analyse de la statistique nationale puisse être expliquée, au moins en partie, par une discrimination à l'emploi. Dès lors, la prise en compte de la variable « position professionnelle » afin d'expliquer la différence salariale fondée sur le sexe pourrait *potentiellement* conduire à une part trop petite « non explicable » et *présument discriminatoire* de la différence salariale³⁸⁵.

170

La prise en compte de la « position professionnelle » dans la relation individuelle de travail pour la fixation du salaire n'est, en règle générale, pas une discrimination liée au sexe. Les cas de discrimination à raison du sexe lors du pourvoi des positions de cadre sont probablement beaucoup plus répandus, ce qui constitue une discrimination à l'emploi. Le fait d'expliquer la différence salariale sexospécifique par la variable « position professionnelle » est donc, en conséquence, une preuve que la part des femmes est tendanciellement décroissante dans la hiérarchie qui s'explique, à son tour, par une discrimination à l'emploi, du moins en partie. À cela s'ajoute que le phénomène de l'« auto-limitation » des femmes relatif à leur intérêt pour les positions de cadre, décrit en littérature également³⁸⁶, ne peut pas être accepté tel quel du point de vue de la législation sur l'égalité. Au contraire, la suppression de la variable ne saurait produire l'effet escompté. Il faut, là aussi, des mesures politiques appropriées.

4.3.3 Résultat

171

Dans l'optique de la législation en matière de discrimination, la variable « position professionnelle » peut continuer à être utilisée dans le modèle d'analyse.

4.4 Niveau de compétences

4.4.1 Pouvoir explicatif

172

Les quatre catégories suivantes pour la variable « niveau de compétences » sont distinguées :

- Activités simples
- Activités pratiques

³⁸⁴ HAUSAMMANN/DE PIETRO, p. 43 s. ; voir également SCHUBARTH.

³⁸⁵ Ainsi également FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 27.

³⁸⁶ Voir supra n. 135.

- Activités pratiques complexes
- Résolution de problèmes complexes et prise de décision

Son pouvoir explicatif est également estimé comme étant élevé³⁸⁷. Ces catégories servent à refléter la valeur du travail ou les qualifications requises pour occuper un poste de travail afin de déterminer la mesure dans laquelle hommes et femmes effectuent un travail de valeur égale au sens de la LEg³⁸⁸. Ceci vaut pour les deux sexes : plus le niveau de compétence est élevé, plus le salaire est élevé³⁸⁹. Selon STRUB/BANNWART, contrairement à la position professionnelle, les différences quant à la représentation des sexes entre les différents niveaux de compétences sont faibles³⁹⁰.

173

4.4.2 Potentiel discriminatoire

Pour FELFE/TRAGESER/ITEN, la variable « niveau de compétences » présente un risque de discrimination à l'emploi³⁹¹.

174

Le droit à un salaire égal existe uniquement en cas de travail égal ou de valeur égale. Dans un litige salarial individuel, un niveau de compétences différent représente généralement un indice montrant que les activités ne sont pas égales ou de valeur égale et que, déjà pour cette raison, il n'y a pas de discrimination salariale sexospécifique interdite en vertu de l'art. 3 LEg.

175

Ce qui a été démontré pour la variable « position professionnelle » vaut en principe également pour la variable « niveau de compétences ». Les différences de salaires explicables, dans le cadre du modèle d'analyse de la statistique nationale au moyen de la variable « niveau de compétences », peuvent éventuellement être imputées, du moins en partie, à des discriminations à l'emploi ou également, le cas échéant, à des discriminations préalables à l'entrée dans la vie active.

176

De plus, il pourrait y avoir le risque, lors de la *saisie des données*, que les activités soient potentiellement attribuées aux quatre catégories sur la base de préjugés sexospécifiques ce qui pourrait avoir comme effet que les activités majoritairement exercées par les hommes soient considérées comme plutôt complexes. Si tel était le cas, le résultat de l'analyse de l'inégalité salariale serait faussé puisque, ainsi, le niveau de compétences expliquerait à tort une différence de salaire. Depuis 2012 cependant, le niveau de compétences de l'ISCO-08 est attribué de manière standardisée par l'OFS selon la profession exercée. Depuis, la répartition des sexes dans les différents niveaux de compétences est mieux équilibrée.

177

Le potentiel discriminatoire de la variable « niveau de compétences » se trouve moins dans le salaire en tant que tel mais plutôt dans l'accès à un certain niveau de compétences. La question de savoir si une telle discrimination à l'emploi est présente ne peut pas être répondue à l'aide du modèle d'analyse et la suppression de la variable ne conduirait pas non plus à rendre visible la discrimination à l'emploi.

178

³⁸⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 75.

³⁸⁸ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 77.

³⁸⁹ STRUB/BANNWART, p. 33.

³⁹⁰ STRUB/BANNWART, p. 33.

³⁹¹ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 75.

De ce fait, les résultats de l'analyse doivent être interprétés à la lumière de la discrimination à l'emploi en rapport avec le niveau de compétences.

4.4.3 Résultat

179 La variable « niveau de compétences » peut, au regard des dispositions légales relatives à la discrimination, continuer à être utilisée dans le modèle d'analyse.

4.5 Profession exercée

4.5.1 Pouvoir explicatif

180 La variable « profession exercée » se voit attribuer un pouvoir explicatif élevé³⁹². Les professions qui exigent une formation supérieure ont tendance à entraîner une meilleure rémunération³⁹³. Selon STRUB/BANNWART, ce n'est pourtant pas le cas pour toutes les professions ; les salaires des cadres travaillant dans l'hôtellerie, la restauration, le commerce et d'autres activités de services se situent en-dessous de la moyenne des personnes travaillant dans des positions de management et de la moyenne de l'ensemble de l'économie (pour les deux sexes)³⁹⁴. En tendance, les femmes sont plutôt sous-représentées dans les professions bien rémunérées et surreprésentées dans les professions à bas salaires³⁹⁵ ; ainsi, la part des directrices générales s'élève à 23,3 pour cent, celle des spécialistes féminines des sciences dans le domaine MINT à 20,1 pour cent et celle des femmes dans des professions intermédiaires de sciences et techniques à 14,3 pour cent. C'est tout le contraire en ce qui concerne, par exemple, les aides de ménage (la part des femmes s'élevant à 83,6 pour cent), le personnel soignant (87,9 pour cent) ou les commerçantes et vendeuses (70 pour cent). Il est en effet compréhensible qu'une telle répartition réussisse à expliquer des différences de salaires. Ce qu'elle n'arrive pas à expliquer, par contre, est le fait que des professions composées d'une part de femmes plutôt élevée présentent des salaires moyens inférieurs, comme l'exemple cité par STRUB/BANNWART des cadres dans le domaine des services (part des femmes : 56,1 pour cent)³⁹⁶.

4.5.2 Potentiel discriminatoire

181 Du point de vue du droit de l'égalité entre femmes et hommes, la variable « profession exercée » soulève plusieurs questions sur différents niveaux. FELFE/TRAGESER/ITEN évoquent le risque d'une discrimination indirecte sous forme de discrimination à l'emploi qui pourrait notamment être causée par le choix professionnel (« occupational sorting ») selon lequel les femmes tendraient à opter davantage

³⁹² FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 75.

³⁹³ STRUB/BANNWART, p. 29.

³⁹⁴ STRUB/BANNWART, p. 29.

³⁹⁵ STRUB/BANNWART, p. 30 ss.

³⁹⁶ Le débat sur « Occupational Feminisation » traite de ces questions et d'autres similaires, voir par exemple MURPHY/OESCH.

pour des activités professionnelles moins bien rémunérées malgré le fait que ces activités soient équivalentes à des professions typiquement masculines³⁹⁷.

Au niveau du droit individuel, l'équivalence d'une activité est l'élément constitutif pour faire valoir le droit à l'égalité de salaire³⁹⁸. En l'absence d'un travail égal ou de valeur égale, une action en égalité salariale échouera inévitablement. Si, par contre, la condition du travail égal ou de valeur égale est remplie, il convient d'examiner si une différence de salaire constatée à raison du sexe peut se justifier, le cas échéant, par des motifs reconnus par le Tribunal fédéral³⁹⁹.

182

Quant à la question de savoir si une activité est égale ou de valeur égale, il s'agit de déterminer s'il existe des différences d'évaluation qui ne sont pas fondées sur le travail lui-même, en comparant le travail identifié comme sexospécifique avec un autre travail, déterminé soit comme spécifique à l'autre sexe soit comme neutre⁴⁰⁰. Un travail de nature différente peut également être considéré comme un travail de valeur égale⁴⁰¹. Le Tribunal fédéral reconnaît que la décision de l'équivalence d'une activité ne se fait pas de manière scientifiquement objective et indépendante de toute notion de valeur mais qu'elle est (aussi) le résultat d'un choix de valeurs⁴⁰². De telles hiérarchies de valeurs ne seraient pourtant pas admissibles si elles désavantageaient un sexe sans motif objectif⁴⁰³. Ainsi, une justification est requise si l'on veut s'écarter de la valeur d'un travail déterminée par une évaluation du poste de travail au détriment de fonctions sexospécifiques⁴⁰⁴.

183

Si dans un cas concret, une activité est égale ou de valeur égale et qu'il y a absence de motifs justificatifs reconnus par le Tribunal fédéral⁴⁰⁵, la différence de salaire fondée sur le sexe est inadmissible et doit être éliminée à l'aide des moyens de recours prévus par la LEg. La problématique de la valorisation (sociétale) différente de certaines activités et le fait que les femmes soient plus présentes dans des professions moins bien rémunérées requiert des mesures politiques appropriées. Comme dans les considérations concernant la « branche », il s'agit ici également de veiller à ce que ces mesures encouragent en particulier l'accès égal pour les femmes et les hommes à toutes les professions⁴⁰⁶.

184

L'utilisation de la variable « profession exercée » ne contribue probablement pas à une appréciation faussée de la part inexplicable de la différence salariale. Ceci plaide en faveur du maintien de cette variable. Cependant, il est important que la différence de salaire qualifiée d'« explicable » suite à l'utilisation de cette variable soit analysée de manière approfondie. Les différences de salaire résultant d'activités différentes sont uniquement acceptables, du point de vue du droit à l'égalité, si, et dans la mesure où, l'évaluation des activités dans le service public ainsi que dans le secteur privé ne se fasse

185

³⁹⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 78.

³⁹⁸ ATF 124 II 409, consid. 9a.

³⁹⁹ Pour les motifs justificatifs, voir ATF 130 III 145, consid. 5.2 ; 127 III 207, consid. 3b et 3c ; 125 III 368, consid. 5 ; 125 II 541, consid. 6c

⁴⁰⁰ TF 8C_31/2009 du 04.01.2009, consid. 4.2.2.

⁴⁰¹ ATF 125 II 541, consid. 6a.

⁴⁰² ATF 131 II 393, consid. 6.4.

⁴⁰³ GEISER, p. 166.

⁴⁰⁴ ATF 131 II 393, consid. 6.

⁴⁰⁵ Voir supra n. 33, 93 et 135.

⁴⁰⁶ Supra n. 164.

pas sur la base de critères discriminatoires et si la ségrégation entre hommes et femmes dans des activités bien payées et moins bien payées est dépassée. Ainsi, la part de la différence salariale explicable par la variable « profession exercée » doit être la base pour des mesures politiques.

4.5.3 Résultat

186 Au regard des dispositions légales relatives à la discrimination entre les sexes, la variable « profession exercée » peut continuer à être utilisée dans le modèle d'analyse.

4.6 Taille de l'entreprise

4.6.1 Pouvoir explicatif

187 FELFE/TRAGESER/ITEN estiment le pouvoir explicatif de la variable « taille de l'entreprise » comme étant élevé⁴⁰⁷. En règle générale, plus une entreprise est grande, plus les salaires sont élevés. Cet effet est plus marqué chez les hommes que chez les femmes où il se fait ressentir uniquement à partir de 250 employé-e-s dans l'entreprise⁴⁰⁸. La taille de l'entreprise (comme le bassin d'emploi) est prise en compte afin de tenir compte d'une éventuelle hétérogénéité des entreprises dans l'analyse des disparités salariales sexospécifiques⁴⁰⁹. Il existe des résultats qui constatent une corrélation négative entre la taille de l'entreprise et l'inégalité salariale entre femmes et hommes ; plus le nombre d'employé-e-s est élevé, plus la différence salariale est faible⁴¹⁰. Les auteur-e-s de l'étude expliquent ce rapport à l'aide des théories de l'organisation, entre autres⁴¹¹ : les entreprises de plus grande taille auraient un besoin d'employé-e-s plus élevé (suite à la fluctuation naturelle) ce qui fait que ces entreprises veulent être attractives pour le plus grand nombre possible de candidates et candidats potentiel-le-s. Une discrimination salariale évidente aurait donc un effet négatif. De plus, les entreprises de plus grande taille seraient soumises à la pression sociétale plus élevée de respecter des standards comme l'égalité salariale. Des analyses de rentabilisation (« Business Case Analysis ») indiqueraient, en outre, que les entreprises de plus grande taille essaieraient davantage d'augmenter leur productivité en prenant des mesures d'égalité entre femmes et hommes.

4.6.2 Potentiel discriminatoire

188 La variable « taille de l'entreprise » n'est pas problématique selon FELFE/TRAGESER/ITEN⁴¹² ce qui peut être approuvé du point de vue juridique. Le droit individuel à l'égalité de salaire existe uniquement au sein de la même entreprise ou de la même unité de droit public⁴¹³. Les différences salariales explicables

⁴⁰⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 75.

⁴⁰⁸ BERTSCHY et al., p. 293 ; STRUB/BANNWART, p. 34, 43.

⁴⁰⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 77.

⁴¹⁰ WOLF/BEBLO/OHLERT, p. 85.

⁴¹¹ WOLF/BEBLO/OHLERT, p. 74 s. avec les références.

⁴¹² FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 75.

⁴¹³ STAUBER-MOSER, p. 1355.

qui ont été éclaircies grâce à l'utilisation de cette variable dans le modèle d'analyse n'appellent pas non plus de mesures politiques spécifiques.

4.6.3 Résultat

La variable « taille de l'entreprise » peut, au regard des dispositions légales relatives à la discrimination, continuer à être utilisée dans le modèle d'analyse.

189

4.7 Type de salaire, accord salarial, forme de salaire et éléments supplémentaires du salaire (genre de salaire⁴¹⁴)

4.7.1 Pouvoir explicatif

Le modèle d'analyse de la statistique nationale contient les catégories suivantes concernant le salaire :

190

- Type de salaire : contrat avec salaire mensuel ou avec salaire horaire (2 catégories)
- Accord salarial : contrat collectif de travail ou contrat individuel (2 catégories)
- Forme de salaire : salaire d'après le temps de travail, périodique ou autre (3 catégories)

En outre, ces éléments supplémentaires au salaire sont également saisis :

191

- Compléments de salaire : oui ou non (2 catégories)
- 13^{ème}/14^{ème} salaire (mensuel) : oui ou non (2 catégories)
- Paiements spéciaux : oui ou non (2 catégories)

Les cas de travail de nuit, en équipe ou le dimanche ou en cas d'autres formes de pénibilité sont comptabilisés comme compléments de salaire. Sous paiements spéciaux, sont entendues des prestations irrégulières (bonus, gratification, etc.)⁴¹⁵.

FELFE/TRAGESER/ITEN attribuent un pouvoir explicatif moyen à ces variables⁴¹⁶. Il est connu que, par exemple, la part d'hommes est plus élevée dans les branches où des éléments variables de salaire (bonus) sont versés⁴¹⁷. Ceci pourrait expliquer une partie des différences de salaires. BERTSCHTY et al. font référence à une étude qui semble constater des préférences sexospécifiques en matière de risque⁴¹⁸ ; les femmes seraient moins attirées par des systèmes de salaires variables, elles préféreraient plutôt des systèmes de salaires fixes. Selon l'étude citée, ceci aurait un impact sur le salaire mais

192

⁴¹⁴ Dans le cadre de la présente évaluation, l'expression « genre de salaire » englobe les variables « type de salaire », « accord salarial », « forme de salaire » et « éléments supplémentaires du salaire ».

⁴¹⁵ STRUB/BANNWART, p. 21.

⁴¹⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 75.

⁴¹⁷ En particulier dans le domaine de la finance et des assurances où la part d'hommes s'élève à 58,3 pour cent (STRUB/BANNWART, p. 103).

⁴¹⁸ BERTSCHTY et al., p. 293.

n'expliquerait seulement qu'une petite partie de la différence salariale. STRUB/BANNWART n'approfondissent pas plus les effets des différentes caractéristiques de la rémunération⁴¹⁹. La répartition des sexes quant à ces caractéristiques diffère peu, d'où le fait que le pouvoir explicatif n'est pas estimé comme étant élevé⁴²⁰.

4.7.2 Potentiel discriminatoire

193

Selon FELFE/TRAGESER/ITEN, il y a un risque de discrimination indirecte en ce qui concerne le genre de salaire ; lorsqu'une entreprise recourt à différents types de contrats ou de salaires, il y a discrimination si l'un des sexes est surreprésenté parmi les types de salaires moins bien rémunérés malgré un travail équivalent⁴²¹. FELFE/TRAGESER/ITEN se montrent également critiques s'agissant du bonus, estimant qu'il semble pratiquement impossible de mettre en place un règlement de bonus qui soit non discriminatoire ou une évaluation non discriminatoire des prestations et de les appliquer de manière objective et non discriminatoire⁴²². Il y aurait par conséquent un risque de discrimination directe. Une analyse de FUCHS et al. montre que dans l'administration fédérale, également, il existait une discrimination à raison du sexe lors de paiements de bonus. Cependant, cette pratique aurait changé depuis qu'une association eut dénoncé l'attribution discriminatoire de bonus⁴²³.

194

Du point de vue du droit de l'égalité, la situation juridique est sans équivoque quant aux actions individuelles en égalité salariale : le droit à l'égalité des salaires est garanti par la Constitution et par la LEg. Tant selon la jurisprudence du Tribunal fédéral⁴²⁴ que selon la doctrine⁴²⁵ ou la CJUE⁴²⁶, la notion de « salaire » doit être comprise *au sens large*. Tous les éléments du salaire payés en guise de rétribution pour le travail effectué dans le cadre du rapport de travail relèvent de cette notion, y compris les indemnités de départ. En ce qui concerne le bonus, cela n'importe pas qu'il ait été convenu par contrat ou qu'il doive être qualifié de prestation volontaire de la part de l'entreprise⁴²⁷ ; dans les deux cas il fait partie du salaire.

⁴¹⁹ Strub/Bannwart, p. 44.

⁴²⁰ STRUB/BANNWART, p. 20 s.

⁴²¹ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 78.

⁴²² FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 78.

⁴²³ FUCHS et al., p. 55 ss.

⁴²⁴ TF 4A_523/2014 du 12.02.2015, consid. 2.1.

⁴²⁵ STAUBER-MOSER, p. 1355.

⁴²⁶ CJUE, Aff. C-171/88 du 13.07.1989, Rinner-Kühn (maintien du salaire en cas de maladie) ; CJUE, Aff. C-342/93 du 13.02.1996, Gillespie (accord collectif prévoyant une allocation aux femmes enceintes partant en congé de maternité) ; CJUE, Aff. C-147/02 du 30.03.2004, Alabaster (rémunération pendant le congé de maternité) ; CJUE, Aff. C-281/97 du 09.09.1999, Krüger (gratification de fin d'année) ; CJUE, Aff. C-190/98 du 27.01.2000, Graf (indemnité de congédiement) ; CJUE, Aff. C-173/91 du 17.02.1993, Kommission/Belgien (indemnités complémentaires pour licenciement) ; CJUE, Aff. C-33/89 du 27.06.1990, Kowalska (indemnité temporaire suite à la cessation du travail) ; CJUE, Aff. C-19/02 du 09.12.2004, Hlozek (pension de transition (« Überbrückungsgeld ») prévue par un accord d'entreprise jusqu'à obtention d'une pension légale).

⁴²⁷ Pour la jurisprudence étendue du Tribunal fédéral sur le bonus, voir RUDOLPH, p. 1 ss.

La situation juridique est beaucoup moins claire quant à la question de savoir si des particularités sexospécifiques peuvent ou doivent être prises en compte lors de l'évaluation des volumes de travail effectivement réalisés. La question s'est posée dans un cas qui a été traité en 2014 par le Tribunal des Prud'hommes de Zurich⁴²⁸. Toutes les travailleuses et tous les travailleurs d'une entreprise avaient droit à un bonus selon leur performance et le résultat d'exploitation. La réglementation interne prévoyait des réductions de bonus, entre autres, en cas d'absences de plus de 30 jours par an. Les bonus d'une collaboratrice subissaient une réduction pro rata de 8,3 pour cent suite à ses deux congés maternité. Le Tribunal est arrivé à la conclusion qu'une réduction du bonus n'était inadmissible que pour les huit premières semaines après l'accouchement (pendant cette période, une interdiction de travailler s'applique, sous conditions d'application de la loi sur le travail). La réduction du bonus en raison des huit semaines d'interdiction de travailler constitue une discrimination à raison du sexe car d'autres absences n'étant pas imputables aux employé-e-s (en particulier les absences dues au service militaire, à la protection civile ou au service civil) ne provoquent, en règle générale, pas de réduction de bonus (les réductions se font uniquement pour des absences de plus de 30 jours). Selon le Tribunal des Prud'hommes, pourtant, la réduction proportionnelle du bonus pour la période allant de la neuvième à la seizième semaine du congé maternité ne constituait *pas de discrimination*, cette période se situant en dehors de l'interdiction légale de travailler. Une réduction pour ces semaines est donc compatible avec l'art. 3 LEg et relève de l'appréciation de la partie défenderesse⁴²⁹. Il ne s'agit ici toutefois pas d'apprécier de manière approfondie cette décision du point de vue du droit de l'égalité entre femmes et hommes. Selon une première estimation, la réduction du bonus à partir de la neuvième semaine du congé maternité n'est guère justifiable. Du moins la période des quatorze semaines du congé maternité garantie par le législateur (ou seize semaines, selon les cantons) ne doit pas être prise en compte pour la réduction du bonus, sinon il y a discrimination à raison du sexe. Il convient encore de préciser que le service militaire ne doit pas non plus entraîner une réduction du bonus, faute de quoi il y aurait également discrimination à raison du sexe.

Un autre problème a été relevé par un cas que le Tribunal administratif de Zurich devait juger récemment⁴³⁰. Une technicienne en salle d'opération (TSO) s'estimait discriminée par rapport à d'autres professions, notamment les policiers et policières, les médecins-assistant-e-s, les médecins-chef-fe-s et les cardiotechnicien-ne-s, car l'accord cantonal sur les salaires prévoyait, pour ces professions, des indemnités pour le travail en équipe en cas de service de nuit (de piquet) tandis que les TSO ne percevaient, en cas de service de nuit (de piquet), uniquement des indemnités pour le service de piquet. Le Tribunal arrivait à la conclusion que le travail de nuit de piquet des TSO ne pouvait pas être comparé à celui des policiers et policières mais pouvait l'être à celui des autres professions citées. Ainsi, il y avait présomption de discrimination. L'affaire a été renvoyée à la première instance en lui demandant de procéder à des investigations. La décision finale n'a pas encore été prononcée dans cette affaire.

⁴²⁸ Tribunal des Prud'hommes du canton de Zurich, AH120181 du 28.07.2014, cité selon <http://www.gleichstellungsgesetz.ch>, disponible sous : <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1611.html> (site consulté pour la dernière fois le 04.03.2016)

⁴²⁹ Ibid.

⁴³⁰ Tribunal administratif de Zurich, PB.2010.00064 du 05.10.2011, cité selon www.gleichstellungsgesetz.ch, disponible sous : <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1590.html>, en allemand (site consulté pour la dernière fois le 04.03.2017).

197

Tant l'affaire sur le bonus en cas de maternité que le cas de la qualification potentiellement discriminatoire d'une activité de nuit en tant que simple service de piquet (au lieu de le qualifier de service de nuit avec des indemnités pour le travail en équipe) montre que, également au niveau du droit individuel, de nombreux problèmes d'inégalité salariale doivent encore être résolus. L'hypothèse que la part inexplicable des différences salariales dans le modèle d'analyse de la statistique nationale est, en fait, plutôt plus élevée peut en être déduite.

198

Une rémunération inégale pour un travail égal ou de valeur égale par des modèles de salaires discriminatoires ou des prestations salariales supplémentaires discriminatoires touche au cœur même du droit à l'égalité entre femmes et hommes. Le potentiel discriminatoire des variables est encore plus marqué si l'on considère le fait que la jurisprudence n'a de loin pas encore traité toutes les formes de discrimination salariale.

4.7.3 Résultat

199

Du point de vue des dispositions légales relatives à la discrimination, le genre de salaire et toutes ses variables ne devraient plus être utilisés dans le modèle d'analyse.

D. Nouvelles variables envisageables pour le modèle

Par la suite, des variables supplémentaires ou nouvelles pour lesquelles FELFE/TRAGESER/ITEN recommandent d'examiner leur intégration dans le modèle seront brièvement appréciées. Il s'agit des variables « expérience professionnelle effective », « modèle de temps de travail » et « pénibilité physique ou psychique du travail »⁴³¹.

200

1. Taux d'occupation durant la carrière professionnelle (expérience professionnelle effective)

1.1 Pouvoir explicatif

La variable « expérience professionnelle effective » présente, selon beaucoup d'auteur-e-s, un pouvoir explicatif élevé⁴³² ; les différences au niveau de l'expérience professionnelle effective expliqueraient jusqu'à 50 pour cent des inégalités salariales entre femmes et hommes⁴³³. Il est par contre controversé que, en cas de prise en compte de l'expérience professionnelle effective, la part inexplicable des différences salariales soit vraiment moins élevée (comme cela a été affirmé à plusieurs reprises). Malgré la prise en compte de l'expérience professionnelle effective différente des femmes et des hommes, entre autres, dans une analyse des écarts salariaux des années 1991 à 2006 sur la base des données de l'enquête suisse sur la population active, il en résultait une part inexpliquée de 11 pour cent⁴³⁴.

201

1.2. Potentiel discriminatoire

L'expérience professionnelle effective recèle, selon FELFE/TRAGESER/ITEN, un risque tant de discrimination indirecte que de discrimination à l'emploi⁴³⁵ ; les employeurs évalueraient de manière différente les interruptions de carrière des femmes et des hommes. Ainsi, les interruptions de carrière dues à la naissance d'un enfant engendreraient des pertes de salaire plus importantes que celles dues au chômage ou au service militaire. Puisque l'expérience professionnelle dépend également du taux d'occupation, il existerait un potentiel discriminatoire pour les personnes travaillant à temps partiel. De plus, il existerait également un risque de discrimination à l'emploi car, en l'absence d'offres suffisantes de prises en charge extrafamiliales des enfants et vu la persistance de certaines normes sociales, ce sont souvent les femmes qui s'occupent des enfants avec comme résultat qu'elles ont ainsi moins de chances d'accumuler de l'expérience professionnelle.

202

⁴³¹ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 128.

⁴³² FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 62 ss., 76 ; BOLL/LEPPIN ; SALVI et al., p. 25 ss. ; STRUB et al., p. 45.

⁴³³ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 62 avec de nombreuses références à la littérature.

⁴³⁴ JANN, p. 104 ss.

⁴³⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 63 s. avec les références.

203 D'autres se montrent au contraire critiques au sujet de l'intégration de l'expérience professionnelle effective dans le modèle d'analyse de la statistique nationale en avançant qu'une saisie précise de l'expérience professionnelle dans le cadre de l'ESS serait extrêmement complexe⁴³⁶. Selon la théorie du capital humain, l'expérience professionnelle est un facteur important ayant un impact sur le salaire puisque l'expérience professionnelle croissante va de pair avec une accumulation de capital humain. Il est cependant mis en cause si la supposition selon laquelle la courbe d'apprentissage s'accroît proportionnellement à l'intensité d'une activité professionnelle est vraiment pertinente⁴³⁷.

204 Dans le cadre d'un *litige salarial individuel*, il est reconnu, dans la jurisprudence, que l'expérience professionnelle effective peut être prise en considération pour justifier des disparités salariales⁴³⁸. Pourtant, le Tribunal fédéral⁴³⁹ a décidé, à juste titre et en accord avec une partie de la doctrine juridique⁴⁴⁰, que la prise en compte *excessive* de variables comme l'expérience professionnelle lors de la classification des salaires résulterait en une discrimination indirecte inadmissible. Selon le Tribunal fédéral, des critères *formellement* neutres au regard des sexes pourraient éventuellement entraîner une *discrimination indirecte* s'ils étaient *présents, de manière sexospécifique, dans la réalité sociétale*. Ceci vaut particulièrement pour la pondération excessive du critère des *années de service* ou de l'*expérience professionnelle* parce que, ainsi, les femmes qui en moyenne interrompent plus souvent leur carrière pour s'occuper des enfants seraient défavorisées⁴⁴¹. Dans d'autres arrêts, le Tribunal fédéral a précisé que, en ce qui concerne la *classification individuelle d'une femme n'ayant pas d'interruptions de carrière pour des raisons familiales*, l'application de façon égalitaire de critères comme « expérience professionnelle effective » ne constituait, en règle générale, pas de discrimination⁴⁴².

205 Il en résulte que, sur le plan individuel, la prise en compte de l'*expérience professionnelle effective* pour justifier une inégalité salariale sexospécifique n'est pas admissible dans tous les cas. Le fait d'introduire, au niveau de la statistique nationale, la variable « expérience professionnelle effective » pourrait donc contribuer à définir comme explicable une part (de plus) des écarts salariaux bien qu'une discrimination salariale de fait soit vraisemblablement présente dans le sens des considérations ci-dessus.

206 Dans ce contexte, il convient de signaler une autre problématique ; en règle générale, l'on part du principe que l'expérience professionnelle croît avec l'âge. À cet égard, l'expérience professionnelle effective présente l'avantage que des dérogations à cette règle puissent être prises en compte (une personne n'ayant jamais travaillé n'aura pas non plus d'expérience professionnelle quand elle sera plus âgée) mais le lien fondamental demeure. L'« âge » n'est, dans l'optique de la législation en matière de

436 SCHRÖTER.

437 Ibid.

438 ATF 130 III 145, consid. 5.2 ; 127 III 207, consid. 3b ; 125 III 368, consid. 5 ; 125 II 541, consid. 6c.

439 ATF 142 II 49, consid. 6.1.

440 ÜBERSCHLAG, n. 169.

441 ATF 124 II 409, consid. 9d p. 428 avec les références.

442 ATF 142 II 49, consid. 6.1 (dernière phrase), avec référence à l'arrêt TF 2A.363/1998 du 18.06.1999, consid. 2c.

discrimination, pas sans poser de problème. Les disparités salariales qui se fondent sur l'« âge » peuvent constituer une discrimination indirecte à raison du sexe dans un litige salarial individuel. L'« âge » peut également entraîner, ensemble avec la caractéristique « sexe », une discrimination multiple.

Il convient de rappeler que la Constitution interdit également la discrimination à raison de l'âge (art. 8, al. 2, Cst.). Cette interdiction n'a pas été concrétisée par le législateur suisse (contrairement à l'UE et à ses États membres), ni dans le domaine général du droit privé ou dans le droit du contrat de travail. Dans la mesure où une inégalité de traitement (également par rapport au salaire) se fonde sur l'âge, il n'y a aucune disposition explicite qui s'y oppose dans le domaine des rapports de travail (de droit privé). Au contraire, l'on doit partir du principe que la liberté contractuelle prévaut. Il en va autrement lorsque le rattachement à l'âge pour une rémunération différente entraîne, par conséquent, une discrimination sexospécifique.

207

De la recherche sur la discrimination, il est connu que l'âge peut avoir des effets discriminatoires différents suivant le sexe. Des études de terrain provenant des États-Unis, par exemple, démontrent que les femmes plus âgées ont de moins bonnes perspectives professionnelles que les autres femmes mais également face aux hommes du même âge⁴⁴³. Ce constat concorde avec les résultats susmentionnés selon lesquels les femmes, avec l'âge, gagnent moins que leurs collègues masculins. En outre, il existe des études qui mettent en lumière une baisse de salaire pour les femmes en âge de procréer, une baisse qui, de plus, survient de plus en plus tard pour chaque cohorte d'âge concernée⁴⁴⁴.

208

Dans la pratique juridique et dans la doctrine, l'interaction de différentes caractéristiques de discrimination est discutée sous le terme de « discrimination multiple » (concrètement : âge + sexe, éventuellement : âge + sexe + origine)⁴⁴⁵. Pourtant, cette discussion est relativement récente, et, sur le plan réglementaire, il n'existe guère de dispositions pertinentes⁴⁴⁶. Les lois anti-discrimination prévoient, régulièrement, une seule dimension de discrimination et ignorent qu'elle surgit souvent seulement dans l'interaction entre plusieurs caractéristiques discriminatoires ou peut être accentuée par la présence de plusieurs motifs discriminatoires. La problématique est visible déjà, pourtant implicitement, dans les premières décisions de la CJUE portant sur l'égalité salariale. Dans l'affaire « Defrenne »⁴⁴⁷, le contrat de travail de l'hôtesse de l'air Gabrielle Defrenne, employée chez Sabena, prit fin pour des

209

⁴⁴³ En résumé : « Age Discrimination In The Job Market May Hurt Women More » sur FiveThirtyEight, disponible sous : <http://fivethirtyeight.com/features/age-discrimination-in-the-job-market-may-hurt-women-more/> (site consulté pour la dernière fois le 09.01.2017), de manière approfondie : NEUMARK /BURN/BUTTON ; FARBER/SILVERMAN/VON WACHTER.

⁴⁴⁴ À ce sujet, voir GOLDIN, Figure 1 à la page 1096.

⁴⁴⁵ Pour le tout, cf. : KOLLAND, p. 72 ss. ; Comm. CEDAW, SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 Allgemein, n. 49 ss. ; Commission européenne, Multiple Discrimination in EU Law, p. 8.

⁴⁴⁶ Dans la littérature récente, KLEBER s'est occupé de cette question de manière approfondie. Voir également l'interpellation 16.3679 « Que fait la Confédération pour lutter efficacement contre la discrimination multiple ? » et la réponse du Conseil fédéral qui ne constatait aucun besoin de légiférer. L'« Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz » (AGG) de la République fédérale d'Allemagne, par contre, contient une disposition explicite, §4.

⁴⁴⁷ CJUE, Aff. C-43/75 du 08.04.1976, Defrenne.

raisons d'âge. Une pareille règle ne s'appliquait pas au personnel navigant masculin. Des procédures récentes ont également eu lieu pour discrimination multiple⁴⁴⁸ : la russe Galina Meister, la quarantaine, avait posé sa candidature pour un emploi pour lequel elle était parfaitement qualifiée. Elle n'a cependant pas été invitée à un entretien alors que le poste fut remis au concours. La recourante a fait valoir une discrimination à raison du sexe, de l'âge et de l'origine mais le recours a été rejeté pour des problèmes de preuve. Par ailleurs, une décision intéressante a été rendue par le Tribunal administratif de Lucerne⁴⁴⁹. La mère d'un enfant en bas âge s'est vu refuser un emploi pour la raison suivante : son enfant provoquerait plus d'absences et, de plus, une autre grossesse était possible. L'entreprise en question a employé une femme plus âgée à la place. Le Tribunal constatait une discrimination directe. Cela montre bien que non seulement les interruptions de carrière effectives pour des raisons familiales peuvent avoir un effet discriminatoire, mais également des interruptions uniquement anticipées par l'employeur.

210 En complément aux explications ci-dessus, il convient de préciser que les *entreprises favorables à l'égalité entre femmes et hommes*, dans la pratique, ne prennent pas seulement en considération l'expérience professionnelle mais également le travail domestique et le travail bénévole pour la fixation du salaire⁴⁵⁰. Du point de vue juridique, de telles pratiques ne sont pas seulement tout à fait admissibles mais représentent même, de manière idéale, précisément des instruments visés par le droit de l'égalité pour la mise en œuvre de l'égalité de fait.

211 Dans l'optique de la législation en matière de discrimination, les variables « expérience professionnelle effective » et « ancienneté »⁴⁵¹ sont problématiques dans le modèle d'analyse de la statistique nationale. Pour l'« expérience professionnelle effective », il s'y ajoute des difficultés de saisie. La variable « ancienneté », par contre, se limite à l'emploi dans la même entreprise et ne présente donc pas de problèmes particuliers lors de la saisie des données.

1.3. Résultat

212 Compte tenu du potentiel discriminatoire, du pouvoir explicatif discutable et des difficultés de saisie, l'intégration de la variable « expérience professionnelle effective » n'est pas recommandée.

⁴⁴⁸ CJUE, Aff. C-415/10 du 19.04.2012, Meister.

⁴⁴⁹ Tribunal administratif de Lucerne, n° V 98 245 du 13.03.2001, cité selon www.gleichstellungsgesetz.ch, disponible sous : <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1172.html#no18> (site consulté pour la dernière fois le 09.01.2017).

⁴⁵⁰ Voir, comme exemple, la société de conseil infras qui figure sur le site web du Bureau de l'égalité entre femmes et hommes du canton de Zurich : http://www.ffg.zh.ch/internet/justiz_in-neres/ffg/de/gleichstellung_heute/erfolgsbespiele_firmen_berichten/infras1.html (site consulté pour la dernière fois le 24.02.2017).

⁴⁵¹ Voir supra n. 142 ss.

2. Modèle de temps de travail

2.1 Pouvoir explicatif

À l'aide de cette variable, le travail en équipe, le soir, la nuit, le samedi ou le dimanche doivent pouvoir être saisis directement. Ceux et celles en faveur de l'intégration d'une telle variable avancent l'argument que les conditions de travail attractives ont un prix. Cela signifie que, selon le principe de l'offre et de la demande, des conditions de travail plus favorables se traduisent par une diminution de salaire⁴⁵². Selon FELFE/TRAGESER/ITEN, des études ont constaté une répartition inégale des femmes et des hommes par rapport aux conditions de travail, les aspects taux d'occupation⁴⁵³, modèle de temps de travail ainsi que pénibilité physique et psychique⁴⁵⁴ ayant été examinés⁴⁵⁵. En général, les femmes tendent à travailler dans des professions présentant des conditions de travail plus attractives, en particulier après la naissance d'un enfant⁴⁵⁶. Une grande partie des écarts salariaux entre femmes et hommes pourrait ainsi s'expliquer⁴⁵⁷.

213

En indiquant d'éventuels suppléments de salaire⁴⁵⁸, les modèles de temps de travail sont déjà indirectement agrégés dans le modèle actuel⁴⁵⁹.

214

2.2 Potentiel discriminatoire

FELFE/TRAGESER/ITEN décèlent un potentiel de discrimination à l'emploi ainsi qu'un potentiel de discrimination salariale indirecte si les modèles ne sont pas évalués de manière neutre quant au sexe⁴⁶⁰.

215

Du point de vue juridique, l'intégration de cette variable pour expliquer des différences de salaires suscite des doutes. Comme mentionné précédemment⁴⁶¹, déjà la qualification d'une activité en tant que travail en équipe (mieux rémunéré) plutôt que comme simple service de piquet (moins bien rémunéré) est déjà potentiellement discriminatoire. En intégrant la variable « modèle de temps de travail », de tels phénomènes ne seraient pas détectés comme discriminatoires dans la statistique nationale mais définis comme « explicatifs » en obscurcissant en fait leur nature discriminatoire. À cela s'ajoute que même avec une évaluation neutre des modèles de temps de travail au regard des sexes, la conception traditionnelle de la répartition des rôles dans la famille a pour effet que surtout les femmes choisissent des modèles compatibles avec la vie de famille (et, en règle générale, moins bien rémunérés).

216

⁴⁵² FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 68.

⁴⁵³ Voir supra n. 152 ss.

⁴⁵⁴ Voir infra n. 218 ss.

⁴⁵⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 58, 67 s. avec les références.

⁴⁵⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 68 avec les références.

⁴⁵⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 68 avec les références.

⁴⁵⁸ Voir supra n. 190 ss.

⁴⁵⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 77.

⁴⁶⁰ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 68 s.

⁴⁶¹ Voir supra n. 196.

2.3 Résultat

217 L'intégration de la variable « modèle de temps de travail » n'est pas recommandée pour les raisons présentées ci-dessus.

3. Pénibilité physique ou psychique

3.1 Pouvoir explicatif

218 Ici, il y a lieu de renvoyer aux considérations concernant la variable « modèle de temps de travail »⁴⁶². FELFE/TRAGESER/ITEN mentionnent en particulier des études dont les résultats indiquent que les femmes tendent à travailler dans des professions comportant moins de risques pour la santé et pour la vie, ainsi que d'autres études selon lesquelles la naissance d'un enfant mène, chez les femmes, à l'exercice d'un travail entraînant une baisse du stress⁴⁶³. De telles conditions de travail plus attractives entraîneraient des diminutions de salaires et pourraient donc expliquer une partie des écarts salariaux sexospécifiques⁴⁶⁴.

3.2 Potentiel discriminatoire

219 Selon FELFE/TRAGESER/ITEN, en fonction de l'opérationnalisation, le potentiel d'une discrimination salariale indirecte est élevé⁴⁶⁵, ce qu'il convient d'approuver. La question se pose notamment de savoir comment est évaluée la pénibilité physique et psychique pour les employé-e-s ou d'une place de travail. Si cette évaluation est effectuée par l'entreprise elle-même, le risque de biais est élevé⁴⁶⁶. Ceci est visible dans l'évolution de l'analyse de l'ESS ; dans le modèle d'analyse de la statistique nationale, le niveau de compétences de la profession exercée est attribué, depuis l'ESS 2012, par l'OFS selon l'ISCO-08. Auparavant, l'entreprise évaluait le niveau de qualifications requises pour le poste. Les analyses de l'OFS ont révélé que, avec une attribution objective selon les professions exercées, la répartition des sexes sur les quatre niveaux était nettement plus équilibrée. Lors de la répartition par les entreprises, les femmes étaient clairement sous-représentées dans les deux niveaux supérieurs par rapport aux hommes. La question de savoir si la raison expliquant ceci se trouve dans la différence entre profession et fonction, le domaine d'activité ou la subjectivité de l'évaluation par l'entreprise reste en suspens. Même si les expertes et experts externes essayaient de vérifier si les classifications par les entreprises étaient discriminatoires, cela constituerait probablement un effort disproportionné.

⁴⁶² Voir supra n. 213.

⁴⁶³ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 68 avec les références.

⁴⁶⁴ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 68 avec les références.

⁴⁶⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 69.

⁴⁶⁶ Ainsi également SGK BV-SCHWEIZER, Art. 8 n. 126.

La solution proposée par FELFE/TRAGESER/ITEN⁴⁶⁷ d'attribuer à chaque profession un degré de pénibilité ou de pression liée à la performance, par exemple, est problématique, la profession ne pouvant pas être assimilée à une place de travail concrète (ainsi, le chef cuisinier d'une cantine subit moins de pression que celui d'un restaurant étoilé, le personnel soignant est différemment chargé dans une maternité que dans une unité de soins palliatifs, etc.). Par contre, les considérations de FELFE/TRAGESER/ITEN sont convaincantes⁴⁶⁸. Selon celles-ci, toute méthode d'évaluation des conditions spécifiques d'un poste de travail doit être conçue de manière à pouvoir être appliquée de la même façon aux hommes et aux femmes et doit être formulée de manière claire et neutre quant au sexe. Les exigences y figurant correspondent à peu près à l'état actuel du débat sur l'« equality data »⁴⁶⁹.

220

Précisons à ce sujet que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les risques encourus ainsi que le cahier des charges d'un travail constituent des *motifs objectifs* dont la présence signifie qu'une inégalité salariale n'est pas considérée comme discriminatoire⁴⁷⁰. De plus, « les exigences et la pénibilité psychiques » ainsi que « les exigences et la pénibilité physiques » sont prises en compte lors de l'évaluation du poste de travail. Le Tribunal fédéral estime que la prise en considération de ces critères n'est, en principe, pas discriminatoire⁴⁷¹. Il y a par contre discrimination si les différences dans la rémunération se fondent sur des caractéristiques sexospécifiques sans être objectivement justifiées par la nature de l'activité à exercer, par exemple, si des caractéristiques sexospécifiques⁴⁷² étaient prises en compte ou pondérées excessivement mais ne seraient pas nécessaires ou insignifiantes pour l'activité à exercer, ou, dans le cas contraire, lors d'une pondération trop faible malgré leur pertinence⁴⁷³. Cependant, cela signifie que la prise en considération d'un critère sexospécifique n'est pas discriminatoire aussi longtemps que celui-ci est pertinent pour l'accomplissement du travail⁴⁷⁴. En conséquent, au niveau d'un litige salarial individuel, la pénibilité physique ou psychique d'un poste de travail peut, en principe, être prise en compte.

221

La pénibilité physique ou psychique d'une activité a un impact sur le salaire et est reconnue dans un litige individuel comme motif objectif pour une différence salariale sous condition que l'évaluation du travail ne se fasse pas sur la base de caractéristiques sexospécifiques discriminatoires. Il est néanmoins recommandé, au stade actuel, de ne pas intégrer ces variables dans le modèle d'analyse. Par contre, il

222

⁴⁶⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 78.

⁴⁶⁸ FELFE/TRAGESER/ITEN, p. 69.

⁴⁶⁹ Pour le tout, voir supra n. 89 ss.

⁴⁷⁰ ATF 130 III 145, consid. 5.2 ; 127 III 207 consid. 3c ; 125 III 368 consid. 5.

⁴⁷¹ ATF 124 II 409, consid. 10d.

⁴⁷² Les critères d'évaluation sont considérés, selon le Tribunal fédéral (ATF 124 II 409, consid. 9c avec les références) comme sexospécifiques s'ils peuvent être remplis beaucoup plus facilement ou proportionnellement beaucoup plus souvent par les personnes d'un sexe que par celles de l'autre. [...] Entrent en ligne de compte des caractéristiques qui sont en moyenne moins souvent remplies par les membres de l'un des deux sexes pour des raisons biologiques (par exemple taille ou force physique) ou des caractéristiques qui sont liées à des inégalités de fait fondées sur le sexe se trouvant dans la réalité sociétale.

⁴⁷³ ATF 124 II 409, consid. 9c avec les références ; voir également ATF 131 II 393, consid. 6.

⁴⁷⁴ ATF 124 II 409, consid. 9c ; 124 II 436, consid. 7a, chaque fois avec référence au rapport final du groupe de travail « Égalité des salaires » institué par le Département fédéral de justice et police, Berne 1988, p. 40 s.

serait judicieux d'examiner comment peut être possible une collecte non discriminatoire de données correspondantes.

3.3 Résultat

Compte tenu des éléments qui précèdent, l'intégration des variables « pénibilité physique et psychique » doit être réexaminée.

E. Résumé des variables et de leur appréciation juridique

Un résumé des résultats de la présente étude et des recommandations qui en découlent est présenté ci-dessous. Il convient de rappeler qu'il s'agit d'une analyse du point de vue du droit en matière de discrimination. D'autres facteurs peuvent être pertinents pour la décision définitive de l'utilisation d'une variable ou de sa suppression. Pour l'analyse, il a été examiné si l'utilisation d'une variable était contraire à une norme juridique explicite (1), si la jurisprudence qualifiait une variable explicitement comme discriminatoire (2) et si l'utilisation d'une variable était aussi compatible avec le mandat programmatique de pourvoir à l'égalité (3)⁴⁷⁵.

Tableau 5 : Résumé des recommandations concernant les variables explicatives du modèle existant

Variables explicatives du modèle existant	Recommandations
État civil	Supprimer : le fait de se fonder sur l'état civil peut constituer, au niveau du droit individuel, une discrimination. Il en découle également du caractère programmatique du droit de l'égalité que l'utilisation de l'état civil entraîne une stéréotypisation inadmissible. Pour ces raisons, il est recommandé de supprimer cette variable.
Statut de séjour	Continuer à utiliser : du point de vue du droit de l'égalité, le statut de séjour est pertinent dans la mesure où une inégalité de traitement est en lien avec le statut au regard du droit des étrangers d'une personne <i>et</i> avec son sexe. De tels cas ne sont pas connus dans la pratique des tribunaux. Sur cette base, il n'y a pas lieu de supprimer cette variable.
Région	Continuer à utiliser : la région n'a aucun potentiel discriminatoire. De tels cas ne sont pas connus dans la pratique des tribunaux. Le caractère programmatique du droit de l'égalité ne s'oppose pas non plus à son utilisation. La variable peut donc continuer à être utilisée.
Capital humain avant l'entrée dans la vie active	

⁴⁷⁵

Voir supra n. 107.

• Formation la plus élevée achevée	Continuer à utiliser : le potentiel discriminatoire de la formation la plus élevée achevée est minime. Au niveau individuel, la jurisprudence reconnaît la formation comme motif justificatif. Le caractère programmatique du droit de l'égalité ne s'y oppose pas non plus. La variable peut donc continuer à être utilisée.
Capital humain après l'entrée dans la vie active	
• Expérience professionnelle potentielle	Continuer à utiliser : l'expérience professionnelle potentielle est en principe neutre du point de vue des sexes. Elle n'est pas prise en compte dans un litige individuel. Le caractère programmatique du droit de l'égalité ne s'oppose pas à l'utilisation de cette variable. Par conséquent, elle peut continuer à être utilisée dans le modèle d'analyse.
• Ancienneté	Continuer à utiliser : il existe un potentiel discriminatoire. Cependant, la jurisprudence reconnaît l'ancienneté comme motif justificatif au niveau individuel. Le caractère programmatique du droit de l'égalité ne s'y oppose pas non plus. La variable peut donc continuer à être utilisée.
Conditions spécifiques au poste de travail	
• Taux d'occupation	Supprimer : dans un litige individuel, les différences salariales ne peuvent pas être justifiées par le taux d'occupation. Une prise en compte dans le modèle d'analyse national serait contraire au caractère programmatique du droit de l'égalité. Il est dès lors recommandé de supprimer cette variable.
• Branche	Continuer à utiliser : il existe un risque de discrimination (à l'emploi). La jurisprudence reconnaît, au niveau individuel, des éléments de marché comme motifs justificatifs, mais sous des conditions strictes. Du caractère programmatique du droit de l'égalité résulte la nécessité de mesures politiques, par contre, une suppression de la variable ne s'impose pas. Elle peut donc continuer à être utilisée.
• Position professionnelle	Continuer à utiliser : il existe un risque de discrimination (à l'emploi). La prétention individuelle à l'égalité de salaire échoue, en règle générale, en présence de positions professionnelles différentes, les activités à comparer n'étant pas égales ou de valeur égale. Du caractère programmatique du droit de l'égalité résulte la nécessité de mesures politiques, par contre, une suppression de la variable ne s'impose pas. Elle peut donc continuer à être utilisée.

Niveau de compétences⁴⁷⁶	Continuer à utiliser : il existe un risque de discrimination (à l'emploi). La prétention individuelle à l'égalité de salaire échoue, en règle générale, en présence de niveaux de compétences différents, les activités à comparer n'étant pas égales ou de valeur égale. Du caractère programmatique du droit de l'égalité résulte la nécessité d'une interprétation appropriée, par contre, une suppression de la variable ne s'impose pas. Elle peut donc continuer à être utilisée.
Profession exercée⁴⁷⁷	Continuer à utiliser : il existe un risque de discrimination (à l'emploi). Du caractère programmatique du droit de l'égalité résulte la nécessité de mesures politiques, par contre, une suppression de la variable ne s'impose pas. Elle peut donc continuer à être utilisée.
Taille de l'entreprise	Continuer à utiliser : la taille de l'entreprise ne présente pas de potentiel discriminatoire. Dans la jurisprudence, des cas contraires ne sont pas connus. Le caractère programmatique du droit de l'égalité ne s'oppose pas à l'utilisation de cette variable. Elle peut donc continuer à être prise en compte.
Type de salaire	Supprimer : les variables concernant le salaire présentent un potentiel discriminatoire marqué. Il n'est dès lors pas recommandé de continuer à utiliser ces variables dans le modèle d'analyse national.
Accord salarial	
Forme de salaire	
Éléments supplémentaires du salaire	

Source : Schéma établi par nos soins

Tableau 6 : Résumé des recommandations concernant les nouvelles variables envisageables pour le modèle

Nouvelles variables envisageables pour le modèle	Recommandations
Taux d'occupation durant la carrière professionnelle (expérience professionnelle effective)	Ne pas intégrer : l'expérience professionnelle effective présente un potentiel discriminatoire marqué. En conséquence, son intégration n'est pas recommandée.

⁴⁷⁶ Avant l'ESS 2012 « niveau de qualifications requises ».

⁴⁷⁷ Avant l'ESS 2012 « domaine d'activité ».

• Modèle de temps de travail	Ne pas intégrer : la variable « modèle de temps de travail » présente un potentiel discriminatoire marqué. En conséquent, son intégration n'est pas recommandée.
• Pénibilité physique ou psychique	Réexaminer : la pénibilité physique ou psychique présente un potentiel discriminatoire en ce qui concerne la collecte des données. En conséquent, il est recommandé d'examiner la possibilité d'une saisie libre de tout stéréotype.

Source : Schéma établi par nos soins

VII. Conclusions et recommandations

L'étude doit démontrer, d'un point de vue juridique, quelles sont les variables ayant un potentiel discriminatoire et celles étant appropriées pour une statistique non discriminatoire parmi celles utilisées pour mesurer les disparités salariales. Le mandat débouchera sur une expertise à caractère pédagogique présentant des recommandations claires, rédigée de façon à être accessible à un large public.

225

Afin de remplir ce mandat, nous commençons par analyser de manière exhaustive les *prescriptions nationales et internationales* et par en déduire les *exigences juridiques* pour une *statistique non discriminatoire*⁴⁷⁸. Tout un ensemble de bases juridiques, aussi bien dans le droit fédéral que dans le droit international, interdit la discrimination salariale entre les femmes et les hommes et oblige tous les organes étatiques à prendre les mesures nécessaires pour diminuer les inégalités. Les autorités (et les acteurs privés également) ont besoin de données fiables pour combattre efficacement la discrimination salariale. L'obligation légale correspondante découle, d'une part, de la législation relative à l'égalité et, de l'autre, de l'obligation générale inscrite dans la Constitution d'évaluer l'efficacité des mesures étatiques. Il est essentiel que la collecte, l'évaluation et l'analyse de données statistiques se fassent de façon non discriminatoire. Les décisions prises sur la base de valeurs statistiques empiriques peuvent perpétuer des stéréotypes et sont, dès lors, problématiques du point de vue juridique. Il en va de même pour les facteurs explicatifs qui se basent sur des valeurs statistiques empiriques.

226

Dans un deuxième temps⁴⁷⁹, nous approfondissons la problématique de l'ambivalence des statistiques quant aux questions de discrimination. D'un côté, elles constituent une base appropriée pour lutter de manière efficace contre la discrimination (elles sont donc nécessaires également au regard des dispositions légales relatives à la discrimination) mais, de l'autre, elles comportent également un potentiel discriminatoire dans le sens d'un tort dû à une généralisation (« Generalisierungsunrecht »). Les décisions des tribunaux, quant à des questions de fond prises sur la base de valeurs statistiques empiriques, peuvent perpétuer les stéréotypes et sont dès lors problématiques du point de vue juridique. Cepen-

227

⁴⁷⁸ II. Bases juridiques d'une statistique non discriminatoire, p. 19 ss.

⁴⁷⁹ Voir III. Discrimination statistique, p. 34 ss. et IV. Exkursus : statistique (et analyse) comme base(s) pour des mesures contre la discrimination (...), p. 42 ss.

dant, les tribunaux ne suivent pas l'évidence statistique si, dans un litige individuel, les règles normatives exigent que l'on s'écarte des constats statistiques. C'est ce que montre la jurisprudence de la CJUE ainsi que celle de la CEDH qui, l'une comme l'autre, ont déclaré des différences certes justifiées dans la perspective statistique ou actuarielle comme étant illicites d'un point de vue juridique.

228 Comme *résultat intermédiaire*⁴⁸⁰, nous démontrons, entre autres, qu'avec les bases juridiques de l'ESS⁴⁸¹ et le mandat global des autorités de pourvoir à l'égalité, la controverse sur l'ampleur des parts explicables et inexplicables de la différence salariale entre femmes et hommes n'est pas le point unique décisif. L'important est plutôt que, du point de vue juridique, il n'existe pas seulement une obligation de protection juridique contre la discrimination salariale dans un cas concret mais, en plus de cela, l'objectif de l'égalité de rémunération exige également des mesures *contre les inégalités structurelles* ainsi que l'élimination des conceptions sexuées stéréotypées. À cet égard, le droit de l'égalité a un caractère programmatique⁴⁸². Ce constat n'est pas sans conséquences pour les enquêtes statistiques sur les salaires et l'analyse de leurs données ; dans la discussion et l'évaluation des éléments apportés par le modèle d'analyse, il convient de tenir compte du fait que les *parts de l'inégalité salariale* qui sont *explicables n'en sont pas pour autant admissibles*, d'un point de vue juridique, car les variables explicatives de l'égalité des salaires peuvent, elles aussi, être discriminatoires.

229 L'appréciation des variables du modèle d'analyse⁴⁸³ se fait sur la base des résultats des parties précédentes de l'étude. Les résultats de l'appréciation pour chaque variable sont résumés sous forme de tableaux⁴⁸⁴.

230 Compte tenu des éléments établis au cours des différentes étapes de la présente recherche, les recommandations suivantes sont formulées à l'intention des autorités fédérales compétentes :

1. Une politique d'égalité salariale efficace doit pouvoir s'appuyer sur des bases statistiques. L'évaluation spéciale de l'égalité salariale doit être poursuivie.
2. Du point de vue juridique, les modifications suivantes doivent être apportées au modèle d'analyse utilisé :
 - a. les variables « état civil », « taux d'occupation » et « genre de salaire » doivent être supprimées ;
 - b. les variables supplémentaires « taux d'occupation durant la carrière professionnelle (expérience professionnelle effective) » et « modèle de temps de travail » soumises à la discussion ne doivent pas être intégrées ;
 - c. il est recommandé de vérifier que le système d'évaluation soit libre de tout stéréotype avant d'intégrer la variable « pénibilité physique et psychique ».

⁴⁸⁰ Voir V. Résultats intermédiaires, p. 45 ss.

⁴⁸¹ Voir supra n. 46 ss.

⁴⁸² À ce sujet, voir en particulier n. 39-41.

⁴⁸³ VI. Appréciation juridique des facteurs explicatifs du modèle d'analyse de la statistique nationale, p. 47 ss.

⁴⁸⁴ Voir Tableau 5 : Résumé des recommandations concernant les variables explicatives du modèle existant, p. 90 et Tableau 6 : Résumé des recommandations concernant les nouvelles variables envisageables pour le modèle, p. 93.

3. Une rétopolation des évaluations réalisées jusqu'à présent doit être effectuée au moyen du nouveau modèle (sans les variables « état civil », « taux d'occupation » et « genre de salaire »).
4. Lors de l'interprétation et de la communication des résultats, il convient de toujours tenir compte du potentiel de discrimination constaté dans les autres variables du modèle d'analyse (« titre de séjour », « formation », « ancienneté », « branche », « position professionnelle », « niveau de compétences » et « domaine d'activité »).
5. Il est important de sensibiliser les tribunaux et les autorités administratives au fait que les données tirées de l'ESS et du modèle d'analyse ne peuvent pas être reprises sans autres pour servir de base de décision étant donné que l'établissement d'une statistique et l'examen d'un cas individuel poursuivent des objectifs différents.

Bâle, 22 juin 2017, Kurt Pärli

Bibliographie

- AIGNER DENNIS/CAIN GLEN Statistical Theories of Discrimination in Labor Markets, Industrial and Labor Relations Review 30 (1977) No. 2, p. 175 ss.
- ARIOLO KATHRIN/EGG BIBIANE Arbeitswissenschaftliche Gutachten in Lohnungleichheitsprozessen, PJA 2001, p. 1299 ss.
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE Discrimination salariale : Art. 3 LEg, in : Aubert Gabriel/Lempen Karine (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : AUBRY GIRARDIN, Comm. Art. 3 LEg)
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE Égalité salariale et décisions judiciaires : questions pratiques du point de vue de la justice, PJA 2005, p. 1062 ss. (cité : AUBRY GIRARDIN, Égalité salariale)
- B,S,S. Volkswirtschaftliche Beratung AG/
Universität de Berne Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern in der Schweiz – Methodische Grundlagen, Literaturanalyse und Evaluation von bestehenden Studien, avril 2015 (cité : B,S,S./Universität de Berne)⁴⁸⁵
- BAIN & COMPANY Studie zur Chancengleichheit – Frauenförderung fängt bei den Männern an, 2015 (cité : Bain & Company)⁴⁸⁶
- BERTSCHY KATHRIN/WALKER PHILIPP/
BAERISWYL ANNICK/MARTI MICHAEL Lohndiskriminierung beim Berufseinstieg. Eine quantitative Analyse für die Schweiz, Swiss Journal of Sociology 40 (2014) No. 2, p. 279 ss.
- BIAGGINI GIOVANNI Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Zurich 2007 (cité : Comm. BV-BIAGGINI, Art.)
- BOLL CHRISTINA/LEPPIN JULIAN Die geschlechtsspezifische Lohnlücke in Deutschland : Umfang, Ursachen und Interpretation, Wirtschaftsdienst 95 (2015) No. 4, p. 249 ss.

⁴⁸⁵ Disponible sous : http://www.bss-basel.ch/images/stories/bss-basel/downloads/b.s.s.-studie_lohnunterschiede_in_der_schweiz.pdf (site consulté pour la dernière fois le 02.12.2017).

⁴⁸⁶ Disponible sous : <http://www.bain.de/press/press-archive/bain-studie-zur-chancengleichheit-everyday-moments-of-truth.aspx> (aperçu en allemand), l'étude en anglais « Everyday Moments of Truth » est disponible sous : http://www.bain.com/Images/BAIN_REPORT_Everyday_moments_of_truth.pdf (site consulté pour la dernière fois le 28.11.2016).

BREGNARD-LUSTENBERGER JUDITH	Überstunden- und Überzeitarbeit, thèse, Berne 2007
BRITZ GABRIELE	Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung – Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung, Tübingen 2008
BURDON MARK/HARPUR PAUL	Re-conceptualising Privacy and Discrimination in an Age of Talent Analytics, University of New South Wales Law Journal 37 (2014) No. 2, p. 679 ss.
CFR	Discrimination multiple, TANGRAM 23, Bulletin de la CFR 06/2009 ⁴⁸⁷
Commission européenne	Code de bonnes pratiques de la statistique européenne (European Statistics Code of Practice), 2011 (cité : Commission européenne, Code de bonnes pratiques de la statistique européenne) ⁴⁸⁸
Commission européenne	Comparative Study on Access to Justice in Gender Equality and Anti-Discrimination, 2011 ⁴⁸⁹
Commission européenne	Multiple Discrimination in EU Law – Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination ?, Bruxelles 2009 (cité : Commission européenne, Multiple Discrimination in EU Law) ⁴⁹⁰
Commission européenne	Une feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes 2006-2010, Bruxelles 2006 (cité : Commission UE, Une feuille de route pour l'égalité 2006-2010) ⁴⁹¹

⁴⁸⁷ Disponible sous : http://www.ekr.admin.ch/pdf/Tangram_23.pdf (site consulté pour la dernière fois le 28.04.2017).

⁴⁸⁸ Disponible sous : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/ofs/statistique-internationale.assetdetail.290018.html> (site consulté pour la dernière fois le 15.12.2017).

⁴⁸⁹ Disponible sous : http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/conference_sept_2011/final_report_access_to_justice_final_en.pdf (site consulté pour la dernière fois le 24.10.2016).

⁴⁹⁰ Disponible sous : http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/multiplerediscriminationfinal7september2009_en.pdf (site consulté pour la dernière fois le 09.01.2017).

⁴⁹¹ Disponible sous : https://bookshop.europa.eu/en/a-roadmap-for-equality-between-women-and-men-2006-2010-pbKE7205596/downloads/KE-72-05-596-EN-C/KE7205596ENC_002.pdf?File-Name=KE7205596ENC_002.pdf&SKU=KE7205596ENC_PDF&CatalogueNumber=KE-72-05-596-EN-C (site consulté pour la dernière fois le 20.10.2016).

Commission européenne	Égalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie, LIVRE VERT, 2004 (cité : Commission européenne, Égalité) ⁴⁹²
COATE STEPHEN/LOURY GLENN C.	Will Affirmative-Action Policies Eliminate Negative Stereotypes ?, The American Economic Review 83 (1993) No. 5, p. 1220 ss.
CORNAGLIA FRANCESCA/FELDMAN NAOMI	Productivity, Wages, and Marriage : The Case of Major League Baseball, Discussion Paper No. 5695, Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit, Bonn 2011 ⁴⁹³
CSDH	Accès à la justice en cas de discrimination – Rapport de synthèse, Berne 2015 (cité : CSDH) ⁴⁹⁴
DAHINDEN JANINE/FIBBI ROSITA/MORET JOËLLE/CATTACIN SANDRO	Integration am Arbeitsplatz in der Schweiz – Probleme und Massnahmen. Ergebnisse einer Aktionsforschung, Berne/Neuchâtel 2004
DEMIR EYLEM	Die internationale Dimension des Arbeitsrechts, in : Pärli Kurt et al., Schweizerisches Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Bâle/Winterthur/Zürich 2016, p. 7 ss.
DOLDER FRITZ/MOELLENENY MATTHIAS	Betriebliche Lohnanalyse mit Hilfe der multiplen Regression – Teil 1, in : Jusletter 22.05.2017
EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER/VALLENDER KLAUS (éd.)	Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e édition, Zurich/Bâle/Genève/Saint-Gall 2014 (cité : SGK BV-AUTEUR-E, Art.)
ENAR	Measure, Plan, Act – How data collection can support racial equality, Bruxelles 2014 (cité : ENAR) ⁴⁹⁵

⁴⁹² Disponible sous : <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2004/FR/1-2004-379-FR-F1-1.Pdf> (site consulté pour la dernière fois le 19.10.2016).

⁴⁹³ Disponible sous : <http://ftp.iza.org/dp5695.pdf> (site consulté pour la dernière fois le 20.02.2017).

⁴⁹⁴ Disponible sous : http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160526_etude_discrimination_rapport_synthese.pdf (site consulté pour la dernière fois le 19.12.2017).

⁴⁹⁵ Disponible sous : http://www.enar-eu.org/IMG/pdf/20084_equalitydatacollectionpublication-8-low.pdf (site consulté pour la dernière fois le 19.10.2016).

ENAR/OSF	ENAR OSF Symposium on Equality Data Collection 24 and 25 October 2013, Bruxelles (Meeting Report) (cité : ENAR/OSF) ⁴⁹⁶
EPINEY ASTRID	Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht – Konvergenzen und Divergenzen, ZBl 105 (2004), p. 37 ss.
EUROSTAT	Statistical Requirements Compendium 2010 edition, Luxembourg 2010 (cité : EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2010) ⁴⁹⁷
EUROSTAT	Statistical Requirements Compendium 2009 edition, Luxembourg 2009 (cité : EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2009) ⁴⁹⁸
EUROSTAT	Statistical Requirements Compendium 2007 edition, Luxembourg 2007 (cité : EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2007) ⁴⁹⁹
FARBER HENRY/SILVERMAN DAN/VON WACHTER TILL	Factors Determining Callbacks to Job Applications by the Unemployed : An Audit Study, NBER Working Paper No. 21689, Massachusetts 2015 ⁵⁰⁰
FELFE CHRISTINA/TRAGESER JUDITH/ITEN ROLF	Étude des analyses appliquées par la Confédération pour évaluer l'égalité des salaires entre femmes et hommes – Rapport final, Saint-Gall/Zurich 2015
FREIVOGEL ELISABETH/STEINER OLIVER	Die Regelung der Überzeitzuschläge und das Verbot der Geschlechterdiskriminierung, PJA 2001, p. 993 ss.

⁴⁹⁶ Disponible sous : http://www.enar-eu.org/IMG/pdf/enar_osf_2013_symposium_on_equality_data_collection.pdf (site consulté pour la dernière fois le 19.10.2016).

⁴⁹⁷ Disponible sous : <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5915733/KS-RA-10-007-EN-EN.PDF/ccead43d-57f3-4dce-aa7d-34e51caadd7d?version=1.0> (site consulté pour la dernière fois le 20.10.2016).

⁴⁹⁸ Disponible sous : <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5910809/KS-RA-09-009-EN.PDF/aca57c5a-ca2f-433f-8b37-88f292b9da12?version=1.0> (site consulté pour la dernière fois le 20.10.2016).

⁴⁹⁹ Disponible sous : <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5897377/KS-RA-07-009-EN.PDF/799ebc97-7a1e-498e-b6d8-b0c933b8b95c?version=1.0> (site consulté pour la dernière fois le 20.10.2016).

⁵⁰⁰ Disponible sous : <http://www.nber.org/papers/w21689> (site consulté pour la dernière fois le 09.01.2017).

FUCHS GESINE/BOTHFELD SILKE/LEITNER ANDREA/ROUAULT SOPHIE	Gleichstellungspolitik öffentlicher Arbeitgeber. Analysen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz, Leverkusen 2016
GEISER THOMAS	Deuxième partie – La discrimination salariale devant les tribunaux / Die „objektiven“ Rechtfertigungsgründe für eine Lohndiskriminierung und ihr Beweis, in : Dunand Jean-Philippe/Lempen Karine/Mahon Pascal (éd.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, CERT - Centre d'étude des relations de travail No. 7, Zurich 2016, p. 159 ss.
GEISER THOMAS/MAUCHLE MATHIAS	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, avis de droit du 10 février 2016 à l'intention du BFEG ⁵⁰¹
GEISMANN BERNHARD	Risikoprüfung in der Personenversicherung – Diskriminierung von Behinderten ?, versicherungsrundschau 05/2008, p. 15 ss.
GIANETTONI LAVINIA/CARVALHO CAROLINA/GAUTHIER JACQUES-ANTOINE/GROSS DINAH/JOYE DOMINIQUE	Berufswünsche der Jugendlichen in der Schweiz : stereotype Rollenbilder und die Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Social Change in Switzerland, 03/2015
GOEL SHARAD/PERELMAN MAYA/SHROFF RAVI/SKLANSKY DAVID ALAN	Combatting Police Discrimination In The Age Of Big Data, Mai 2016, publication prévue in : New Criminal Law Review
GOLDIN CLAUDIA	A Grand Gender Convergence : Its Last Chapter, American Economic Review 104 (2014) No. 4, p. 1091 ss. ⁵⁰²

⁵⁰¹ Disponible sous : <https://www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/documentation/publications/publications-sur-legalite-dans-la-vie-professionnelle/egalite-des-salaires.html> (site consulté pour la dernière fois le 01.03.2017).

⁵⁰² Disponible sous : https://scholar.harvard.edu/files/goldin/files/goldin_aeapress_2014_1.pdf (site consulté pour la dernière fois le 09.01.2017).

GOULD ELISE/SCHIEDER JESSICA/GEIER KATH-LEEN	What is the gender pay gap and is it real ? – The complete guide to how women are paid less than men and why it can't be explained away, Economic Policy Institute, Washington, District of Columbia 2016 ⁵⁰³
HAUSAMMANN CHRISTINA/DE PIETRO JOSEFIN	Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, SKMR-Teilstudie 2 : Geschlecht – Juristische Analyse, Berne 2015 ⁵⁰⁴
HEIZMANN RETO	Strafe im schweizerischen Privatrecht – Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts, Etudes de droit suisse, No. 811
HOFFMANN CHRISTIAN	À travail égal salaire égal. Le dépassement des disparités salariales entre les sexes dans une économie de marché, Institut Libéral, octobre 2015
ILIĆ DRAGAN	Marginally discriminated: the role of outcome tests in European jurisdiction, European Journal of Law and Economics 36 (2016), p. 271 ss. (cité : ILIĆ, Outcome Tests) ⁵⁰⁵
ILIĆ DRAGAN	Spatial and Temporal Aggregation in Racial Profiling, Swiss Journal of Economics and Statistics 149 (2013) No. 1, p. 27 ss. (cité : ILIĆ, Racial Profiling) ⁵⁰⁶
JANN BEN	Erwerbsarbeit, Einkommen und Geschlecht. Studien zum Schweizer Arbeitsmarkt, Zurich 2008
JANSSEN SIMON/TUOR SIMONE/BACKES-GELLNER USCHI	Discriminatory Social Attitudes and Varying Gender Pay Gaps within firms, Zurich 2014 ⁵⁰⁷

⁵⁰³ Disponible sous : <http://www.epi.org/publication/what-is-the-gender-pay-gap-and-is-it-real/#epi-toc-13> (site consulté pour la dernière fois le 20.02.2017).

⁵⁰⁴ Disponible sous : http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160526_Teilstudie_2_Geschlecht_Juristische_Analyse.pdf (en allemand) (site consulté pour la dernière fois le 02.03.2017).

⁵⁰⁵ Disponible sous : <http://link.springer.com/article/10.1007/s10657-013-9409-9> (site consulté pour la dernière fois le 20.02.2017).

⁵⁰⁶ Disponible sous : <http://www.sjes.ch/papers/2013-l-2.pdf> (site consulté pour la dernière fois le 20.02.2017).

⁵⁰⁷ Disponible sous : <https://ideas.repec.org/p/zrh/wpaper/327.html> ; résumant : <http://www.business.uzh.ch/dam/jcr:ffffffffff-b255-bbfa-ffff-ffffc5908b45/Zusammenfassung.pdf> (site consulté pour la dernière fois le 24.02.2017).

JOCHMANN-DÖLL ANDREA	Den Worten müssen Taten folgen! Grundlagen und Wege zur Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern, gender...politik...online, août 2011 ⁵⁰⁸
KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (éd.)	Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2 ^{ème} édition, Bâle 2009 (cité : AUTEUR-E, Comm. Art. GIG)
KIENER REGINA/KÄLIN WALTER	Grundrechte, 2 ^{ème} édition, Berne 2013
KLETT KATHARINA	Inspiration des Bundesgerichts durch das EU-Recht im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter, in : Epiney Astrid/Von Danckelmann Ira (éd.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und in der EU, Zurich 2004, p. 134 ss.
KOLLAND FRANZ	Altersbilder und ihre normative Wirkung im Wandel der Erwerbsarbeit, in : Brauer Kai/Clemens Wolfgang (éd.), Zu alt ? – « Ageism » und Altersdiskriminierung auf Arbeitsmärkten, Wiesbaden 2010
KREBBER SEBASTIAN	Art. 157 AEUV, in : Calies Christian/Ruffert Matthias (éd.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 4e édition, Munich 2011 (cité : KREBBER, Comm. Art. 157 AEUV)
LEEMANN REGULA/KECK ANDREA	Der Übergang von der Ausbildung in den Beruf. Bedeutung von Qualifikation, Generation und Geschlecht, Neuchâtel 2005
LEMPEN KARINE/ VOLODER ANER	Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2015), Berne 2017 ⁵⁰⁹
LEONARD MEGAN/STANLEY T.D.	Married with children : What remains when observable biases are removed from the reported male marriage wage premium, Labour Economics 33 (2015), p. 72 ss. ⁵¹⁰

⁵⁰⁸ Disponible sous : http://www.fu-berlin.de/sites/gpo/pol_sys/politikfelder/Den_Worten_muessen_Taten_folgen/Jochmann_Doell.pdf (site consulté pour la dernière fois le 19.10.2016).

⁵⁰⁹ Disponible sous : <https://www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/documentation/publications/publications-sur-legalite-dans-la-vie-professionnelle/loi-sur-l-egalite.html> (site consulté pour la dernière fois le 21.06.2017).

⁵¹⁰ Disponible sous : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0927537115000251> (site consulté pour la dernière fois le 20.02.2017).

MADUZ CHRISTIAN	Lohndiskriminierung zwischen Frau und Mann : kritische Würdigung der Regressionsanalyse, PJA 2015, p. 437 ss. (cité : MADUZ, PJA 2015)
MADUZ CHRISTIAN	Regressionsanalyse : Kontrollinstrument zur Überprüfung der Lohngleichheit – Urteilsbesprechung BGE 130 III 145, DTA 2014, p. 178 ss. (cité : MADUZ, DTA 2014)
MAIHOFFER ANDREA/BERGMAN MANFRED/ HUPKA-BRUNNER SANDRA/WEHNER NINA/ SCHWITER KARIN/HUBER EVÉLINE/KANJI SHI- REEN	Kontinuität und Wandel von Geschlechterungleichheiten in Ausbildungs- und Berufsverläufen junger Erwachsener in der Schweiz, PNR 60, Égalité entre hommes et femmes, Bâle 2013
MAKKONEN TIMO	Manuel européen sur les données relatives à l'égalité, Bruxelles/Helsinki 2006 ⁵¹¹
MARTI WHITEBREAD CLAUDIO	Lohnleichheit zwischen Frau und Mann : eine Auslegung, PJA 2015, p. 1551 ss.
MEURS DOMINIQUE	Mesurer les discriminations : les approches des économistes, in : Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 02/2015, p. 90 ss.
MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS	Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4 ^{ème} édition, Berne 2008
MUMENTHALER CHRISTIAN	Getting the balance right, Zusammenfassung der Rede, gehalten an der Konferenz « Getting the balance right : Risk selection in private insurance. », février 2010, in : Conference Report, p. 4 s.
MURPHY EMILY/OESCH DANIEL	The Feminization of Occupations and Change in Wages : A Panel Analysis of Britain, Germany, and Switzerland, 2015

⁵¹¹ Disponible sous : http://bookshop.europa.eu/de/europaeisches-handbuch-zu-gleichstellungsdaten-pbKE7606381/downloads/KE-76-06-381-DE-C/KE7606381DEC_002.pdf?File-Name=KE7606381DEC_002.pdf&SKU=KE7606381DEC_PDF&CatalogueNumber=KE-76-06-381-DE-C (site consulté pour la dernière fois le 20.10.2016).

NEUMARK DAVID/BURN IAN/BUTTON PATRICK	Is It Harder for Older Workers to Find Jobs ? New and Improved Evidence from a Field Experiment, NBER Working Paper No. 21669, Massachusetts 2015 ⁵¹²
OCDE	L'égalité hommes-femmes en matière d'éducation, d'emploi et d'entrepreneuriat : Rapport final à la Réunion du Conseil de l'OCDE au niveau des ministres 2012, Paris 2012 ⁵¹³
OCHSENFELD FABIAN	Gläserne Decke oder goldener Käfig : Scheitert der Aufstieg von Frauen in erste Managementpositionen an betrieblicher Diskriminierung oder an familiären Pflichten ?, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 64 (2012) No. 3, p. 50 ss.
OFS	Charte de la statistique publique de la Suisse, Neuchâtel 2012 (cité : Charte OFS) ⁵¹⁴
OFS	Programme pluriannuel de la statistique fédérale 2016-2019 – Rapport, Neuchâtel 2016 (cité : OFS, Programme pluriannuel de la statistique 2016-2019) ⁵¹⁵
OSF	Ethnic Origin And Disability Data Collection In Europe : Measuring Inequality – Combating Discrimination (Policy Report), 2014 (cité : OSF) ⁵¹⁶
OTT LISA	Art. 22 AuG, in : Caroni Martina/Gächter Thomas/Turnherr Daniela (éd.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) – Stämpfli Handkommentar, Berne 2010

⁵¹² Disponible sous : <http://www.nber.org/papers/w21669> (site consulté pour la dernière fois le 09.01.2017).

⁵¹³ Disponible sous (en résumé): <http://www.oecd.org/fr/general/50468476.pdf>, version complète en anglais : <https://www.oecd.org/employment/50423364.pdf> (site consulté pour la dernière fois le 16.01.2018).

⁵¹⁴ Disponible sous : <http://www.conseilethique-stat.ch/charte/> (site consulté pour la dernière fois le 15.12.2017).

⁵¹⁵ Disponible sous : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/ofs/statistique-publique/systeme-statistique-publique/programme-pluriannuel.assetdetail.350521.html> (site consulté pour la dernière fois le 19.10.2016).

⁵¹⁶ Disponible sous : <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/ethnic-origin-and-disability-data-collection-europe-20141126.pdf> (site consulté pour la dernière fois le 20.10.2016).

PÄRLI KURT	Gemischte Methode der Invaliditätsbemessung verstösst gegen die EMRK, RSAS 2016, p. 390 ss. (cité : PÄRLI, Invaliditätsbemessung)
PÄRLI KURT	Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, in : Naguib Tarek/Pärli Kurt/Copur Eylem/Studer Melanie (éd.), Diskriminierungsrecht, Berne 2014 (cité : PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen)
PÄRLI KURT	Verbot geschlechtsspezifischer Prämien bei Versicherungsverträgen, REAS 02/2011, p. 153 ss. (cité : PÄRLI, Verbot geschlechtsspezifischer Prämien bei Versicherungsverträgen)
PÄRLI KURT	Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Berne 2009 (cité : PÄRLI, Vertragsfreiheit)
PÄRLI KURT/NAGUIB TAREK	Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit – Unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Rechts, des Unionsrechts, des AGG und des SGB IX sowie mit einem rechtsvergleichenden Seitenblick. Analyse und Empfehlungen, Winterthour, décembre 2012 (cité : PÄRLI/NAGUIB, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit) ⁵¹⁷
PERISCO NICOLA	Rational choice foundations of equal protection in selective enforcement : Theory and evidence, University of Pennsylvania, Institute for Law & Economics Research Paper 20/2006 ⁵¹⁸
RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/ÜBERSAX PETER	Schweizerisches Verfassungsrecht, 3 ^{ème} édition, Bâle 2016
RUDOLPH ROGER	Fokus Arbeitsrecht : Neuere Entwicklungen im Bonusrecht ⁵¹⁹

⁵¹⁷ Disponible sous : http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Expertise_Schutz_vor_Benachteilig_aufgrund_chronischer_Krankheit.pdf?__blob=publicationFile (site consulté pour la dernière fois le 19.10.2016).

⁵¹⁸ Disponible sous : <http://nicolapersico.com/files/racprof16N.pdf> (site consulté pour la dernière fois le 29.11.2016).

⁵¹⁹ Disponible sous : http://www.trex.ch/xml_1/internet/de/application/d5/f22.cfm?view=trex.printArchiv&showYear=2011&showMagazin=141&showArtikel=1969&CFID=801012&CFTOKEN=3d5bce9df4d5cc4-68268FA7-5056-8200-12CCBC89E6CFE8DA (site consulté pour la dernière fois le 04.03.2017)

SALVI MARCO/ENGLER MONIKA/PARZER EPP VERENA/SCELLENBAUER PATRIK/WIRZ CLAUDIA	Le marché du travail n'est pas défaillant, Avenir Suisse, novembre 2015
SCHÄR MOSER MARIANNE/BAILLOD JÜRIG	Analyse von Lohndiskriminierung Hintergründe, Vorgehensweisen und Instrumente, PJA 2006, p. 1384 ss.
SCHEFER MARKUS/HESS-KLEIN CAROLINE	Behindertengleichstellungsrecht, Berne 2014
SCHLÄPPI ERIKA/ULRICH SILVIA/WYTENBACH JUDITH (éd.)	Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau : Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich, Berne 2015 (cité : Comm. CEDAW-BEARBEITER/-IN, Art.)
SCHRÖTER OLIVER	Messung der Lohngleichheit : Überlegungen zum Faktor Berufserfahrung ⁵²⁰
SCHRÖTER OLIVER/MARTI WHITEBREAD CLAUDIO	Die Messung von Lohndiskriminierung und die Kontrollen / Lohngleichheitskontrollen im Beschaffungswesen des Bundes, in : Dunand Jean-Philippe/Lempen Karine/ Mahon Pascal (éd.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996–2016 : 20 ans d'application de la LEg, CERT - Centre d'étude des relations de travail, Volume 7, Genève 2016, p. 239 ss.
SCHUBARTH KATHARINA	L'allocation de maternité fête ses sept ans : première analyse des effets, Sécurité sociale CHSS 05/2012, p. 305 ss. ⁵²¹
SECO	Manuel PME Travail et famille 2016 – Mesures visant à concilier vie professionnelle et vie familiale dans les petites et moyennes entreprises, Berne 2016 ⁵²²

⁵²⁰ Disponible sous : <https://economicblogs.ch/oekonomenstimme/2016/schr%C3%B6ter-messung-lohnungleichheit-berufserfahrung> (site consulté pour la dernière fois le 28.04.2017).

⁵²¹ Disponible sous : <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/publications-et-services/publikationen/soziale-sicherheit/securite-sociale-chss-5-2012---recherche--securite-sociale-.html> (site consulté pour la dernière fois le 02.03.2017).

⁵²² Disponible sous : https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_Formulare/Arbeit/Arbeitsmarkt/frauen_und_arbeitsmarkt/KMU-Handbuch.pdf.download.pdf/Manuel_PME_f.pdf (site consulté pour la dernière fois le 28.02.2017).

SECO/SEM/OFS/OFAS	11 ^{ème} rapport de l'Observatoire sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE : Répercussions de la libre circulation des personnes sur le marché suisse du travail, Berne 2015 ⁵²³
Statistisches Amt Kanton Zürich	Zürcher Lohnstudie, statistik.info 03/2016 ⁵²⁴
STAUBER-MOSER SUSY	Lohngleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung, PJA 2006, p. 1352 ss.
STRUB SILVIA/ABRASSART AURÉLIEN/ BANNWART LIVIA/OESCH THOMAS	Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturhebung 2012 – Schlussbericht, Berne 2016 ⁵²⁵
STRUB SILVIA/BANNWART LIVIA	Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturhebung 2014 – Schlussbericht, Berne 2017 ⁵²⁶
STRUB SILVIA/STOCKER DÉsirÉE	Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturhebung 2008 – Schlussbericht, Berne 2010 ⁵²⁷
STUTZ HEIDI/SCHÄR MOSER MARIANNE/ FREIVOGEL ELISABETH	Évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité – Rapport de synthèse, 2005 ⁵²⁸

-
- 523 Disponible sous : https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Personenfreizuegigkeit_und_Arbeitsbeziehungen/observatoriumsberichte/bericht-des-observatoriums-zum-freizuegigkeitsabkommen-schweiz-e10.html (site consulté pour la dernière fois le 24.02.2017).
- 524 Disponible sous : http://lohnmobil.ch/wp-content/uploads/Lohnstudie_ZH_-2016.pdf (site consulté pour la dernière fois le 24.02.2017).
- 525 Disponible sous : https://www.buerobass.ch/fileadmin/Files/2016/BFS_2016_Lohnanalysen-LSE2012.pdf (site consulté pour la dernière fois le 21.12.2017).
- 526 Disponible sous : https://www.buerobass.ch/fileadmin/Files/2017/BFS_2017_Lohnanalysen-LSE2014.pdf (site consulté pour la dernière fois le 21.12.2017).
- 527 Disponible sous : https://www.buerobass.ch/fileadmin/Files/2010/BFS_2010_Lohnanalysen_LSE1998-2008_Schlussbericht.pdf (site consulté pour la dernière fois le 21.12.2017).
- 528 Disponible sous : https://www.ebg.admin.ch/dam/ebg/fr/dokumente/recht/themen/evaluation_der_wirksamkeitdesgleichstellungsgesetzes-syntheseber.pdf.download.pdf/evaluation_pourtantsurlefficacitedelaloisurlegalite-rapportdesynt.pdf (site consulté pour la dernière fois le 24.10.2016).

TONDORF KARIN	Gesamtwirtschaftliche, betriebliche und tarifliche Analysen zur Entgeltgleichheit, gender...politik...online, août 2011 ⁵²⁹
ÜBERSCHLAG JAKOB	Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG) – Unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, LBR 44 (2009), p. 49 ss.
UEBE WESSELINA	Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, in : Pärli Kurt et al., Schweizerisches Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Bâle/Winterthour/Zurich 2016, p. 548 ss.
UNECE/World Bank Institute	Developing Gender Statistics : A Practical Tool, Genève 2010 (cité : UNECE/World Bank Institute) ⁵³⁰
United Nations	Guidelines for Producing Statistics on Violence against Women – Statistical Surveys, New York 2014 (cité : United Nations, Statistics on Violence against Women) ⁵³¹
WALDMANN BERNHARD	Nationalitätsbedingte Erhöhung der Autoversicherungsprämien, REAS 01/2007, p. 65 ss., ainsi que dans : Jusletter 22 janvier 2007 (cité : WALDMANN, Autoversicherungsprämien)
WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (éd.)	Basler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Bâle 2015 (cité : BSK BV-AUTEUR-E, Art.)
WASTL-WALTER DORIS/RIAÑO YVONNE/ BÜHLER ELISABETH/ASCHWANDEN ANDRÉ LIMACHER KATHARINA	Understanding Inequalities in the Labour Market : The Intersection of Gender and Ethnicity, PNR 60, Égalité entre hommes et femmes, Berne 2014
WEBER, STEPHAN	Vom Umgang mit Statistiken und einmal mehr die Zinsfrage, REAS 02/2015, p. 153-160

⁵²⁹ Disponible sous : http://www.fu-berlin.de/sites/gpo/pol_sys/politikfelder/Gesamtwirtschaftliche_betriebliche_und_tarifliche_Analysen/Tondorf.pdf (site consulté pour la dernière fois le 19.10.2016).

⁵³⁰ Disponible sous : https://www.unece.org/fileadmin/DAM/stats/publications/Developing_Gender_Statistics.pdf (site consulté pour la dernière fois le 20.10.2016).

⁵³¹ Disponible sous : http://unstats.un.org/unsd/gender/docs/Guidelines_Statistics_VAW.pdf (site consulté pour la dernière fois le 20.10.2016).

WEICHELBAUMER DORIS/WINTER-EBMER RUDOLF	The effects of competition and equal treatment laws on gender wage differentials, <i>Economic Policy</i> 22 (2007) No. 50, p. 235 ss.
WERDER CHRISTINA/GALLUSSEY DAVID/LAMPART DANIEL	Que faire pour instaurer l'égalité de salaire entre les sexes ? – Analyse des différences de salaire entre les femmes et les hommes et contre-mesures politiques, Dossier USS No. 104, 2014 ⁵³²
WILDHABER ISABELLE	Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz, DTA online 01/2014
WOLF ELKE/BEBLO MIRIAM/OHLERT CLEMENS	Gender and nationality pay gaps in light of organisational theories – A large-scale analysis within German establishments, <i>ZfB</i> 82 (2012) Supplement 2, p. 69 ss. ⁵³³
ZWICK THOMAS	Seniority wages and establishment characteristics, <i>Labour Economics</i> 18 (2011) No. 6, p. 853 ss. ⁵³⁴

⁵³² Disponible sous : http://www.uss.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Dossier/104f_CW-DG-DL_Egalite-salaire.pdf (site consulté pour la dernière fois le 20.10.2016).

⁵³³ Disponible sous : <http://link.springer.com/article/10.1007/s11573-011-0544-x> (site consulté pour la dernière fois le 24.02.2017).

⁵³⁴ Disponible sous : http://econpapers.repec.org/article/eee-labeco/v_3a18_3ay_3a2011_3ai_3a6_3ap_3a853-861.htm (site consulté pour la dernière fois le 24.02.2017).

Table des travaux préparatoires

Rapport du Conseil fédéral du 25 mai 2016 sur le droit à la protection contre la discrimination en réponse au postulat Naef 12.3543 (cité : Rapport droit à la protection contre la discrimination)

Rapport du Conseil fédéral du 18 novembre 2015 sur l'examen critique des méthodes statistiques de la Confédération appliquées à l'égalité salariale entre femmes et hommes en réponse au postulat 14.3388 Noser, FF 2016 2739 (cité : Rapport méthodes statistiques)

Rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité, LEg) de 2015 (cité : Rapport explicatif modification LEg)⁵³⁵

Message du 16 novembre 2011 concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale), FF 2011 8315 (cité : Message autorité parentale)

Rapport du Conseil fédéral du 15 février 2006 relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité en exécution de la motion Vreni Hubmann 02.3142, FF 2006 3061 (cité : Rapport efficacité LEg)

Message du 24 février 1993 concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale, FF 1993 I 1163 (cité : Message LEg)

Message du 30 octobre 1991 concernant la loi sur la statistique fédérale (LSF), FF 1992 I 353 (cité : Message LSF)

Égalité des salaires : Rapport final du groupe de travail « Égalité des salaires » institué par le Département fédéral de justice et police, Berne 1988

⁵³⁵ Disponible sous : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/lohngleichheit/vn-ber-f.pdf> (site consulté pour la dernière fois le 20.02.2017).

Table des abréviations

AELE	Association européenne de libre-échange
aff.	Affaire
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz de la République fédérale d'Allemagne du 14 août 2006, BGBl. I p. 1897
al.	Alinéa dans le sens de paragraphe
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, conclu le 21 juin 1999, entré en vigueur le 1 ^{er} juin 2002, RS 0.142.112.681
Art.	Article/Artikel
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral (Recueil officiel)
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz) vom 16. Dezember 2005, SR 142.20, voir également LEtr
BFEG	Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes
BGBl	Bundesgesetzblatt de la République fédérale d'Allemagne
BSK	Basler Kommentar
consid.	Considérant
CCT	Contrat collectif de travail
CDE	Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997, RS 0.107
CDPH	Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, entrée en vigueur pour la Suisse le 15 mai 2014, RS 0.109
CEDEF	Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997, RS 0.108
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974, RS 0.101
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme

CEE-ONU	Commission économique des Nations Unies pour l'Europe
cf.	Confer
CFR	Commission fédérale contre le racisme
Charte	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 12 décembre 2007, EUR-Lex 2012/C 326/02
CHSS	« Sécurité Sociale » CHSS est la plate-forme journalistique de l'Office fédéral des assurances sociales OFAS
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220
Comm.	Commentaire
CORSTAT	Conférence suisse des offices régionaux de statistique
CSDH	Centre suisse de compétence pour les droits humains
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
D	Directives de l'Union européenne, actes de droit dérivé
DTA	Revue de droit du travail et d'assurance-chômage
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies du 10 décembre 1948, Résolution de l'Assemblée générale A/RES/217 (III) A
éd.	Édité par
EEE	Espace économique européen
ENAR	European Network Against Racism
ESPA	Enquête suisse sur la population active
ESS	Enquête sur la structure des salaires
et al.	Et alii, en latin pour <i>et d'autres</i>
etc.	Et cetera
EUR-Lex	Système d'information juridique de l'Union européenne

EUROSTAT	Office statistique de l'Union européenne
FF	Feuille fédérale de la Confédération
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) vom 24. März 1995, RS 151.1, voir également LEg
ibid.	ibidem ce qui signifie « même endroit »
IIS	Institut international de statistique
JO	Journal officiel de l'Union européenne
LBR	Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft
LCMP	Loi du canton de Berne sur les marchés publics du 11 juin 2002, RSB 731.2
LDét	Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (Loi sur les travailleurs détachés), RS 823.20
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité) du 24 mars 1995, RS 151.1
LEtr	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, RS 142.20
LMP	Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics, RS 172.056.1
LSF	Loi du 9 octobre 1992 sur la statistique fédérale, RS 431.01.
MINT	Désignation résumant les disciplines d'études et les professions dans les domaines mathématiques, informatique, sciences naturelles et technique
n.	Note(s)
nbp	Note(s) de bas de page
no./n°	Numéro
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OASA	Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative, RS 142.201
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques

OCMP	Ordonnance du canton de Berne sur les marchés publics du 16 octobre 2002, RSB 731.21
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFS	Office fédéral de la statistique
OFJ	Office fédéral de la justice
OLS	Ordinary least squares, méthode des moindres carrés ordinaire
OIT	Organisation Internationale du Travail
OSF	Open Society Foundations
p.	Page
Pacte ONU I	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, entrée en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, RS 0.103.1.
Pacte ONU II	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, entrée en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, RS 0.103.2.
PJA	Pratique juridique actuelle
PK	Praxiskommentar
PME	Petites et moyennes entreprises
PNR 60	Programme national de recherche « Égalité entre hommes et femmes »
REAS	Responsabilité et Assurances
RMP	Règlement du canton de Fribourg sur les marchés publics du 28 avril 1998, RSF 122.91.11
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSAS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle
RSB	Recueil systématique des lois bernoises
RSF	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
s./ss.	Et suivant/s (pages, articles, etc.)

SECO	Secrétariat d'État à l'économie
SGK	St. Galler Kommentar
SEM	Secrétariat d'État aux migrations
T	Tribunal (tribunal de première instance des Communautés européennes)
TF	Tribunal fédéral
TFUE	Traité du 25 mars 1957 sur le fonctionnement de l'Union européenne, EUR-Lex 2012/C 326/01
TSO	Technicienne en salle d'opération
TUE	Traité sur l'Union européenne (version consolidée) du 26 octobre 2012, EUR-Lex 2012/C 326/16
UE	Union européenne
UN	United Nations, en anglais pour <i>Nations Unies</i>
UNECE	United Nations Economic Commission for Europe, en anglais pour <i>Commission économique des Nations Unies pour l'Europe</i> (CEE-ONU)
UPS	Union patronale suisse
USS	Union syndicale suisse
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

Table des tableaux

Tableau 1 : Les différents niveaux de l'égalité salariale.....	9
Tableau 2 : Les trois types d'obligations étatiques en vue de la diminution de l'inégalité salariale	26
Tableau 3 : Potentiel discriminatoire selon FELFE/TRAGESER/ITEN	49
Tableau 4 : Les facteurs explicatifs du modèle existant.....	50
Tableau 5 : Résumé des recommandations concernant les variables explicatives du modèle existant	89
Tableau 6 : Résumé des recommandations concernant les nouvelles variables envisageables pour le modèle	91

