

Conférence Suisse des offices de conciliation au sens de la loi sur l'égalité (COC)

Salaire de marché et situation conjoncturelle
comme motifs de justification de différences
salariales entre hommes et femmes,
en vertu de l'art. 3 al. 2 LEg

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

I. Bases

II. Jurisprudence

III. Critères d'admissibilité de la prise en compte des salaires de marché

IV. Conséquence

I. Bases

1. Bases légales

- **Art. 8 CF**
- **Art. 3 LEg**

2. Discriminations directe et indirecte

- **Discrimination directe: extrêmement rare**
- **Discrimination indirecte: le problème**

I. Bases

3. Problématique 1

- **Comparabilité du travail**
 - **Analyse des postes de travail**
 - **En principe pas l'objet de cette conférence**

- **Justification d'un salaire différent**
 - **Quels critères ont effectivement été pris en considération?**
 - **Quels critères peuvent être pris en considération?**
 - **Quels critères sont discriminatoires?**

I. Bases

3. Problématique 2

- **Ce qui justifie un salaire plus élevé relève toujours d'une convention sociale**
 - **Sont admis ici tous les critères qui – statistiquement – n'entraînent pas la préférence d'un sexe.**
 - **Source du problème: tous les critères qui – statistiquement – favorisent un sexe!**

3. Problématique 3

- **Le seul critère économique objectif serait une plus grande efficacité de l'employé concrètement au poste de travail. Cependant, la plupart du temps, il n'en est tenu compte que de manière limitée.**
- **Et le marché du travail!**

3. Problématique 4

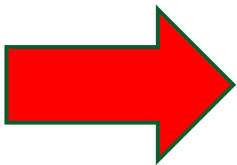
➤ Le marché peut aboutir à des différences de salaires de deux façons:

➤ Décalage dans le temps

- L'engagement a eu lieu à deux moments différents
- Situations de marché différentes
- Discrimination directe?

➤ Différences simultanées

- Deux professions comparables se situent dans deux environnements différents du marché du travail
- **Le marché est-il discriminatoire?**
- **L'employeur peut-il s'adapter au marché?**



II. Juridiction

I. Moment/contexte d'embauche différents

- **L'employeur doit prouver la situation de marché différente.**
 - **La remplaçante peut être rémunérée comme l'actrice qu'elle remplace puisqu'il y a demande à court terme et que le **cadre budgétaire** doit être respecté.** (113 la 107 comédienne).
- **L'employeur doit compenser l'inégalité dans un délai convenable** (ATF 125 III 368; rédactrice).

II. Juridiction

II. Marché du travail différent pour professions différentes 1

- L'employeur doit prouver la situation conjoncturelle différente.
- Les **considérations d'ordre budgétaire** ne suffisent pas à justifier des inégalités (125 | 71;

infirmières).

- Situation délicate puisque des entreprises qui externalisent certaines activités obtiennent ainsi une avance concurrentielle.
- Probablement différence entre secteur privé et secteur public.

II. Juridiction

II. Marché du travail différent pour professions différentes 2

- **Un canton a le droit de définir son système salarial par rapport à un marché plus grand et aux salaires de celui-ci.**
- **Pour autant qu'une profession typiquement féminine ne soit pas, d'une manière objectivement injustifiable et contrairement à l'évaluation du poste de travail, nettement sous-payée** (125 I 71 E. 4d aa; 131 II 393).
- **Une tension salariale peut néanmoins jusqu'à un certain point être prise en compte** (Tribunal administratif de Berne, arrêt no 19952U; 2000 infirmières/policiers).

II. Marché du travail différent pour professions différentes 3

On en est donc toujours au même point:

- **Le marché ne doit pas être pris en compte s'il discrimine.**
- **Il doit donc seulement être pris en compte s'il ne discrimine pas.**
Or, dans ce cas, il n'y a pas de discrimination à éliminer!

II. Juridiction

II. Marché du travail différent pour professions différentes 4

- **Le canton peut tenir compte des coûts globaux inhérents à une tâche déterminée** (ATF 126 II 217; enseignante d'école de soins infirmiers psychiatriques/enseignants d'école professionnelle)!
- A mon avis, impossible de prouver qu'une meilleure position des étudiants justifie une position défavorisée des membres du corps enseignant.
- **La situation de marché concernant d'autres emplois peut être prise en compte** (ATF 126 II 217).
- A mon avis, juste! Mais la règle devrait aussi s'appliquer à d'autres professions (131 II 393)! Or, le canton ne fait pas la différence pour les enseignants d'écoles professionnelles!

II. Marché du travail différent pour professions différentes 5

- **A prendre en compte:**
 - forte position individuelle pour négocier le salaire
 - situation conjoncturelle.
- **Si importante influence sur résultat du travail et la rémunération de celui-ci,**
- **la proportionnalité est donnée.**
- **Dans l'intérêt de l'entreprise** (TF 4A_261/2011, consid. 3.2.).
- **Si le marché est pris en considération, cela doit être fait correctement et dans l'ensemble du système salarial** (cf. Tribunal administratif du canton d'Argovie, WBE.2013.151 consid.7)

III. Critères d'admissibilité de la prise en compte des salaires de marché

1. Différents moments d'engagement

- **La prise en considération est admissible**
- **L'employeur doit prouver les différences de marchés**
- **Une adaptation dans les meilleurs délais possibles est indispensable**

III. Critères d'admissibilité de la prise en compte des salaires de marché

2. Différentes activités:

- **La prise en considération n'est admissible que si le marché lui-même n'est pas discriminatoire.**
 - **Il convient de comparer seulement des professions au sein d'une même entreprise. Lorsqu'une profession est représentée une seule fois dans l'entreprise, il est possible de verser un salaire de marché (discriminatoire)!**
- **L'employeur doit prouver les différences sur le marché.**
- **Le marché doit être défini correctement.**
- **La différence de marché doit se répercuter d'une façon ou d'une autre au niveau du travail!**

IV. Conséquence

- **Juridiction peu cohérente**
- **Il convient de distinguer entre secteur privé et secteur public.**
- **En économie privé, le marché doit être pris en considération par rapport à la concurrence.**
- **En économie, seulement si le marché n'est pas discriminatoire lui-même. Bei der öffentlichen Hand nur, wenn Markt selber nicht diskriminierend.**
- **Mais: il est toujours décisif que**
 - **le critère du marché soit appliqué correctement et**
 - **à tout le système salarial.**