

Résumé

**Loi sur l'égalité et jurisprudence du Tribunal fédéral:
faits et principes de procédure**

I.- Introduction

Contrairement aux offices de conciliation au sens de la loi fédérale sur l'égalité (LEg), qui jouent en quelque sorte le rôle de première instance dans les litiges en rapport avec l'égalité, le Tribunal fédéral ne peut arbitrer ni conseiller ; il doit, dans les limites de la LEg, vider les litiges qui découlent des rapports de travail. A ce titre, il se prononce en dernière instance sur l'interprétation de l'article 8, alinéa 3 de la Constitution (art. 4, al. 2 cst. jusqu'en 2000) et de la LEg. Il doit donc définir des principes formels et matériels concernant la procédure dans les cantons.

II.- Par qui les actions en discrimination ont-elles été formées?

Depuis 1977 (ATF 103 Ia 517: traitement des instituteurs et des institutrices), donc avant même 1981, le Tribunal fédéral a été saisi à diverses reprises de la question de l'*égalité salariale*. Depuis l'entrée en vigueur de la LEg le 1^{er} juillet 1996, il a rendu une vingtaine d'arrêtés publiés et quelques autres non publiés concernant eux aussi la problématique de l'égalité salariale, même si la LEg admet d'autres motifs de discrimination dans le monde du travail.

Les actions en cause ont toutes été formées par des femmes: les maîtresses de jardin d'enfant, les maîtresses de travaux à l'aiguille et les maîtresses d'économie familiale bâloises (117 Ia 262; 120 Ia 95; 125 I 14), les conseillères en orientation professionnelle soleuroises (118 Ia 35), une logopédiste bernoise (123 I 1); les maîtresses de jardin d'enfant soleuroises (124 I 223), les maîtresses de travaux à l'aiguille zurichoises (124 II 409); les maîtresses de jardin d'enfant soleuroises (124 II 436), les assistantes sociales soleuroises (124 II 529), les infirmières bernoises (125 I 71); les physiothérapeutes soleuroises (125 II 385), les maîtresses de jardin d'enfant zurichoises (125 II 530; 125 II 541); les enseignantes saint-galloises en soins infirmiers psychiatriques (126 II 217). Quelques litiges portent sur le secteur privé et concernent une journaliste (125 III 216), une juriste (127 III 207) et une cadre de la finance (130 III 145). Les divers arrêts non publiés concernent principalement les maîtresses de jardin d'enfant thurgoviennes et schwyzoises.

III. – Bases légales des actions en discrimination

1.- Principe constitutionnel: art. 8, al. 3, 3^e phrase cst. (jusqu'au 1.1.2000: art. 4, al. 2, 3^e phrase)

- a) Le principe constitutionnel de l'égalité des sexes permettait d'actionner en justice uniquement contre les *discriminations salariales* et pas contre les autres types de discrimination.
- b) Les litiges salariaux pouvaient relever du *droit public comme du droit privé*, mais ils ne pouvaient être motivés que par la discrimination à l'égard des *femmes* (ou des hommes).
- c) Les cantons étaient contraints par le droit fédéral de prévoir une *procédure judiciaire* pour les actions en discrimination salariale. Cette obligation était et est valable non seulement pour les actions individuelles, mais aussi pour les actions collectives formées parce que le classement d'une profession dans la grille des salaires est discriminatoire (p. ex. les maîtresses de jardin d'enfant ou les infirmières).
- d) Le principe constitutionnel « à travail égal, salaire égal » interdit les discriminations, *directes et indirectes*. *Discrimination directe* : le salaire de la femme est inférieur à celui de l'homme pour un travail égal ou équivalent, sans qu'il existe de motif justificatif (ATF 130 III 145). *Discrimination indirecte* : formellement, les conditions de travail ne sont pas discriminatoires, mais certaines catégories de femmes (p. ex. maîtresses de travaux à l'aiguille, maîtresses de jardin d'enfant) sont en définitive moins bien traitées que d'autres catégories professionnelles à dominante masculine ou non marquées. La discrimination indirecte est plus difficile à prouver ; la catégorie discriminée par rapport à la catégorie de référence de l'autre sexe doit être relativement importante.
- e) S'il y a discrimination, l'intention ou la *culpabilité* de l'employeur ne joue aucun rôle. La discrimination salariale peut être invoquée même si l'employeur n'avait aucune intention de moins bien rétribuer les salariées que les hommes (p. ex. ATF 125 III 368; 127 III 207).
- f) La disposition constitutionnelle ne permet d'actionner qu'en *discrimination salariale*; les autres types de discrimination dans les conditions de travail ne peuvent être portées en justice. Le salaire est entendu au sens large et englobe toutes les prestations en relation directe avec le travail (salaire, allocations familiales, prestations pour le congé maternité, bonus, gratifications).
- g) S'il s'agit de *comparer des emplois différents*, le Tribunal fédéral se montre très souple: il admet la comparaison entre des activités radicalement différentes, à condition toutefois qu'elles puissent être qualifiées d'*équivalentes* (p. ex. agent de la police sanitaire ou caporal de police et infirmière). On parle d'*équivalence* lorsque les exigences, la responsabilité et les prestations induisent un travail comparable.
- h) L'appréciation et l'évaluation des professions sont en général menées au moyen d'instruments de sciences du travail et en particulier de l'évaluation simplifiée des fonctions (Vereinfachte Funktionsanalyse). Cette méthode présente toutefois le risque, vu l'évaluation généreuse des qualités dites masculines et la sous-évaluation de celles attribuées aux femmes, d'occulter les préjugés traditionnels à l'égard des professions féminines et donc de perpétuer les évaluations discriminatoires.
- i) Qu'est-ce qu'une *profession typiquement féminine*? La jurisprudence répond à cette question en se référant à l'expérience générale (l'enseignement au cycle primaire est p. ex. considéré comme une profession non marquée même si elle est exercée par environ 70% de femmes; le métier de maîtresse de jardin d'enfant est par contre considé-

ré comme féminin), à l'évolution historique (p. ex. assistantes sociales, maîtresses de travaux à l'aiguille) ou à des études scientifiques (p. ex. physiothérapeutes).

2.- Loi sur l'égalité

- a) La LEg concrétise le principe constitutionnel « à travail égal, salaire égal ». Les principes développés en interprétation de l'article 4, alinéa 2 cst. conservent leur validité même en régime LEg. Celle-ci va pourtant plus loin que l'article constitutionnel puisqu'elle s'applique à d'autres états de fait que le salaire: l'embauche, l'attribution des tâches, l'aménagement des conditions de travail, la rémunération, la formation et le perfectionnement professionnels (art. 3, al. 2). La loi traite également la question du harcèlement sexuel (art. 4; ATF 126 III 395).
- b) Les questions liées à la *discrimination salariale* prédominent toutefois dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Aucun arrêt ou presque n'a été rendu sur des actions formées pour refus discriminatoire d'embauche. Ce qui s'explique vraisemblablement par le fait que, dans ce cas, l'allègement du fardeau de la preuve prévu par l'article 6 LEg ne s'applique pas. La discrimination à la *promotion* a toutefois donné lieu récemment à quelques arrêts, p. ex. ATF 130 III 145.
- c) Tout comme la disposition constitutionnelle, la *LEg a pour objet* les litiges relevant du *droit privé comme du droit public*, dans la mesure où ils résultent d'une discrimination à raison du sexe. La loi cite d'autres états de fait soumis à l'interdiction de discrimination: l'état civil, la situation familiale et la grossesse.
- d) *Conditions assortissant l'introduction des actions au sens de la LEg :*
La salariée doit fournir la *preuve* qu'elle est victime d'une *discrimination à raison du sexe*. Elle n'a pas à prouver les faits (art. 8 CCS), mais simplement à rendre la discrimination « vraisemblable ». L'employeur doit par contre prouver qu'il n'a pas agi de manière discriminatoire ou qu'il existe des *motifs justificatifs* à l'inégalité de traitement.
- e) A l'origine, les seuls *motifs justificatifs* retenus concernaient ce qui fait la valeur du travail, soit, par exemple, la formation, l'expérience, les qualifications, les exigences particulières, ou encore ce qui se justifie du point de vue social, comme les obligations familiales ou l'âge. Aujourd'hui, on admet quasiment tous les motifs, pour autant qu'ils soient raisonnables: p. ex. la situation économique, la conjoncture ou même, la capacité de mieux se vendre dans le monde du travail!
- f) Le principe fondamental du *droit d'être entendu-e* s'appliquait déjà sous l'emprise de la disposition constitutionnelle et imposait donc au tribunal une stricte *obligation d'établir les faits*. En régime LEg également, la *maxime inquisitoire* prévaut : le tribunal, comme les parties, doit se conformer à son obligation d'élucider les faits; il doit administrer toutes les preuves pertinentes, ordonner des expertises d'office ou réunir d'autres preuves sans être tenu par les conclusions des parties.
- g) S'agissant de la constatation de la discrimination, on ne peut exiger du Tribunal fédéral qu'il définisse ce qu'il faut à l'avenir considérer comme étant un salaire non discriminatoire. Mais l'employeur devra en tout cas payer la *différence entre le salaire perçu et celui considéré comme non discriminatoire* et ce, dans la limite du *délai de prescription de cinq ans* et indépendamment du fait que la salariée ait pu ou non remarquer la différence de salaire au moment de son engagement. Quant à savoir si à l'avenir les employeurs réviseront les salaires à la baisse ou s'ils verseront aux demanderessees l'intégralité du salaire non discriminatoire, le Tribunal fédéral estime que ces questions relèvent de la liberté de choix des employeurs.
- h) En guise de simplification des opérations, la LEg accorde aux *organisations* la qualité d'agir pour faire constater la discrimination. Le Tribunal fédéral interprète très large-

ment les conditions définies à l'article 7 LEg concernant *l'action intentée par les organisations*. Ces dernières sont toutefois relativement peu nombreuses à avoir intenté une action, les rares cas enregistrés émanant principalement des syndicats de maîtresses de jardin d'enfant et d'infirmières. Les organisations ne pouvant former qu'une *action en constatation de la discrimination*, il vaut en général la peine que certaines des personnes directement concernées agissent également en qualité de partie, car dans ce cas, une *action en paiement du salaire dû* peut également être formée.

- i) L'article 12 LEg en relation avec l'article 343 CO impose le principe de la *gratuité*, de la *rapidité* et de la *simplicité* de la procédure. En pratique, la seule règle qui soit respectée est celle de la gratuité (qui s'applique d'ailleurs uniquement aux frais judiciaires et non aux frais des parties). La procédure peut prendre quatre, six ou même dix ans et il ne saurait être question de simplicité quand les preuves à administrer sont complexes et qu'il faut p. ex. ordonner des expertises en sciences du travail. Celles-ci ralentissent la procédure et déstabilisent les parties, le Tribunal fédéral jouissant alors d'un très large pouvoir d'appréciation, que ce soit concernant le choix de la méthode, les critères retenus, l'appréciation et l'évaluation des conclusions de l'expertise.
- j) *Voies de droit*: En droit public comme en droit privé, *recours de droit public* peut être formé au Tribunal fédéral pour violation de la Constitution (lorsque le litige relève exclusivement du droit cantonal (du personnel) ou que la valeur litigieuse est trop basse) une fois terminée la procédure devant les instances cantonales. En droit public, si le litige porte sur la violation du droit fédéral (et éventuellement du droit cantonal connexe), soit donc principalement de la LEg, la voie du *recours de droit administratif* est ouverte. En droit privé, il est possible de former un *recours en réforme* si la valeur litigieuse atteint (pour l'instant) au moins 8000 francs.