

Editeur: Bureau fédéral de l'égalité entre
femmes et hommes BFEG
Graphisme: www.rapgraphics.ch, Berne
Photos: FFF Fotografie Franziska Frutiger, Bienne
Diffusion: Bureau fédéral de l'égalité entre
femmes et hommes BFEG
www.egalite-suisse.ch



Mémento sur les expertises judiciaires en matière de discrimination salariale

Mémento sur les expertises judiciaires

 Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

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

Le présent mémento a été élaboré par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes sur mandat du Conseil fédéral¹, avec le concours d'expert·e·s de la science du travail et des statistiques, de juges et d'avocat·e·s spécialisé·e·s dans les questions d'égalité salariale. Conçu avant tout à l'usage des tribunaux, son but est d'orienter les juges dans leur choix d'expertise en cas de plainte pour discrimination salariale². Une uniformisation des pratiques judiciaires dans ce domaine semble, en effet, susceptible de réduire la durée – et par là même le coût – de ces procédures.

1. QUAND UNE EXPERTISE EST-ELLE REQUISE ?

En vertu de la maxime inquisitoire, il incombe aux tribunaux d'établir d'office les faits en cas de plainte pour discrimination salariale.

Une expertise doit être ordonnée lorsqu'une partie en fait la demande ou lorsque des connaissances spécialisées particulières sont nécessaires pour répondre à la question de savoir s'il existe une différence de salaire entre les sexes qui ne repose sur aucun motif objectif. Selon le Tribunal fédéral: «Si l'équivalence entre les diverses fonctions d'une même entreprise ne saute pas aux yeux ou si elle n'est pas établie par d'autres modes de preuve, les tribunaux cantonaux doivent ordonner des expertises. Les experts doivent alors décider si ces fonctions sont comparables les unes aux autres et déterminer les critères permettant de mettre à jour un cas de discrimination.»³

2. A QUEL NIVEAU DU SALAIRE PEUT SE SITUER UNE DISCRIMINATION SALARIALE ?

Une discrimination salariale peut se situer à tous les niveaux du salaire⁴. La notion de «salaire» recouvre en effet divers éléments:

- > L'élément principal est le **salaire de base**, qui se compose d'une part liée à la fonction (salaire de fonction fixé pour un poste donné, indépendamment de la personne qui l'occupe) et d'une part liée à la personne (supplément selon la formation, l'expérience ou l'ancienneté). S'y ajoute parfois une part dite de différence qui intervient lorsqu'une personne est engagée, en raison de la situation sur le marché de l'emploi, avec un salaire de base trop élevé par rapport au reste de l'entreprise.
- > D'autres éléments du salaire peuvent être liés à la **performance** ou à une **participation aux résultats de l'entreprise**. De telles bonifications peuvent prendre la forme d'avantages en espèces, comme la mise à disposition d'une voiture de fonction

ou des stock-options. Selon la branche, elles sont susceptibles de représenter une proportion élevée du salaire.

- > Se rattachent en outre au salaire diverses **allocations** – c'est-à-dire des prestations prévues par la loi ou une convention collective de travail, mais aussi des paiements volontaires de l'entreprise.

¹ Mandat faisant suite au rapport du Conseil fédéral relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité du 15 février 2006 (FF 2006 3061).

² Pour des explications plus détaillées: MARIANNE SCHÄR MOSER, JÜRIG BAILLOD, *Discriminations salariales et instruments d'analyse. Un guide pour la pratique juridique*, Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Fédération suisse des avocats, Berne 2006; ainsi que le dépliant accompagnant cet ouvrage.

³ Arrêt du 3 juillet 2007, ATF 133 III 545, consid. 4.2. et les références.

⁴ Pour savoir où peuvent se trouver des discriminations pour chaque élément du salaire: SCHÄR MOSER/BAILLOD, op. cit., p. 23 ss.

3. QUEL TYPE D'EXPERTISE EST ADEQUAT, DANS QUELLE SITUATION?

Deux méthodes sont à disposition pour vérifier la présence ou non d'inégalités de salaires attribuables au sexe dans le cadre d'une plainte individuelle ou collective pour discrimination salariale.

D'un côté, **l'analyse statistique des salaires** permet de déterminer l'impact sur le salaire de divers facteurs liés à la personne (aspects liés au capital humain comme p. ex la formation) et à d'autres aspects liés à la fonction (p. ex niveau d'exigences requis pour un poste). La différence de salaires entre femmes et hommes qui ne peut pas s'expliquer par ces facteurs objectifs est interprétée comme étant liée au sexe. L'analyse statistique des salaires permet en principe d'étudier tous les éléments du salaire et de déterminer le montant correct du salaire.

De l'autre, **l'évaluation analytique du travail** permet de déterminer la valeur en points⁵ attribuée à une fonction donnée. Les exigences et charges objectives d'un poste de travail sont évaluées par rapport à d'autres postes de travail. La valeur en points attribuée à l'activité sert de base uniquement pour déterminer le salaire de fonction.

3.1. Analyse statistique des salaires

Pour effectuer une analyse statistique des salaires, une base de données suffisante est nécessaire. Idéalement, l'entreprise devrait avoir au moins entre 30 et 50 employé·e·s.

L'analyse statistique des salaires se limite en principe aux données internes à l'entreprise. Une comparaison avec le marché de référence⁶ peut se faire si la base de données interne à l'entreprise ne suffit pas. Tel peut être le cas:

- > si l'entreprise est trop petite (voir ci-dessus)
- > si la fonction en cause constitue une position unique en son genre au sein de l'entreprise (p. ex: cadre supérieur·e, fonction spécialisée rare, etc.)

Il s'agit en particulier de vérifier si le marché de référence n'est pas lui-même discriminatoire. Le cas échéant, il convient de renoncer à l'inclure. Faute de données suffisantes, il faudra alors donner la préférence à une évaluation analytique du travail.

3.2. Evaluation analytique du travail

Il existe divers systèmes d'évaluation analytique du travail⁷. La jurisprudence du Tribunal fédéral ne prescrit pas le recours à une méthode en particulier. Toutes les méthodes sont valables, pour autant que leur application concrète n'implique pas l'utilisation de caractéristiques et de critères discriminants.

Le recours à une évaluation analytique du salaire est toujours possible – pour autant que les personnes expertes puissent prendre connaissance de la nature des fonctions à apprécier. En principe, l'analyse est déjà possible avec une seule fonction de comparaison (du sexe opposé ou neutre). Pour accroître la validité et la fiabilité de la classification, trois à cinq fonctions de comparaison sont toutefois utiles.

L'utilisation de l'évaluation analytique du salaire est particulièrement utile dans les cas suivants:

- > quand le litige concerne une entreprise ayant un système de salaires reposant sur l'évaluation analytique du travail
- > dans tous les cas où il s'agit de déterminer directement la valeur du travail d'une fonction ou d'un groupe de fonctions par rapport à d'autres
- > dans tous les cas où l'analyse statistique n'est pas faisable (voir ci-dessus)

Dans tous les autres cas, le recours à l'analyse statistique des salaires s'impose.

3.3. Combinaison des deux méthodes

Dans certaines situations, une combinaison des deux méthodes peut s'avérer utile: on fait appel à l'évaluation analytique du travail pour déterminer la valeur d'une fonction et à l'analyse statistique pour chiffrer le niveau des salaires ou vérifier l'existence d'une différence de salaire sexospécifique sur les autres éléments du salaire.

3.4. Cas dans lesquels le recours à l'analyse statistique des salaires et/ou à l'évaluation analytique du travail n'est pas nécessaire

Lorsque le conflit porte uniquement sur la question de savoir si les critères, sur la base desquels une prime liée à la performance ou des allocations sont fixés, sont discriminatoires, le recours aux méthodes exposées ci-dessus ne sera pas forcément nécessaire. Il s'agira pour l'expert·e de déterminer, par exemple, si les conditions pour obtenir une prime sont plus difficiles à satisfaire dans les domaines d'activités typiquement féminins ou si, autre exemple, les réglementations sur les allocations contiennent des critères qui désavantagent un sexe. Afin de répondre à ces questions, diverses méthodes tirées de la science du travail peuvent être utilisées.

⁵ Dans les entreprises qui disposent d'un système salarial, il est possible de déterminer à partir de la valeur en points attribuée au travail le montant du salaire de fonction correct.

⁶ Le terme «marché de référence» vise toutes les entreprises sur le marché du travail avec lesquelles l'entreprise concernée est en concurrence.

⁷ Pour un aperçu des divers systèmes d'évaluation: SCHÄR MOSER/BAILLOD, op. cit., p. 35.

4. QUELLE PERSONNE MANDATER COMME EXPERTE?

A l'heure actuelle, rares sont les spécialistes en Suisse qui connaissent de manière approfondie les deux outils et qui sont capables de les utiliser. En conséquence, le choix des expert-e-s va en principe de pair avec le choix de la méthode. Pour permettre une combinaison des approches, il faut envisager de mandater des équipes de personnes expertes. Le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes donne des renseignements sur les personnes/institutions susceptibles d'effectuer une expertise.

5. QUELLES QUESTIONS POSER AUX PERSONNES EXPERTES?

Les expert-e-s peuvent être invité-e-s à se prononcer notamment sur les questions de fait suivantes⁸:

5.1. Dans le cas d'une évaluation analytique du travail

5.1.1. Question sur l'outil d'analyse

> Le choix des critères dans le système mis en place ou leur pondération ont-ils des répercussions sexospécifiques?⁹

5.1.2. Question sur l'influence de la variable sexe

> Comment apprécier la valeur du travail de la ou des fonctions examinées par rapport à celle de la ou des fonctions de comparaison?

5.1.3. Questions sur la détermination du salaire

> Dans les entreprises ayant déjà un système de salaire basé sur une évaluation analytique du travail: du point de vue de la science du travail, dans quelle classe de salaire convient-il de ranger la ou les fonctions examinées?

> Dans les entreprises ayant un système de salaire qui repose sur une autre base que l'évaluation analytique du travail: du point de vue de la science du travail, où, dans quelle fourchette devrait se situer le salaire de fonction de la fonction examinée à l'intérieur de la courbe existante des salaires?

5.2. Dans le cas d'une analyse statistique des salaires

5.2.1. Question sur l'outil d'analyse

> Les variables utilisées dans l'équation salariale ou leur mode d'opérationnalisation sont-ils susceptibles d'avoir des répercussions sexospécifiques?¹⁰

5.2.2. Question sur l'influence de la variable sexe

> Après prise en considération des facteurs objectifs, des différences de salaire entre les sexes peuvent-elles être constatées? De quel ordre de grandeur?

5.2.3. Question sur la détermination du salaire

> A quel niveau se situe le salaire auquel a ou ont droit les personnes concernées une fois éliminée la différence de salaire liée au sexe?

6. QU'EST-CE QUI REND UNE EXPERTISE FIABLE?

Pour avoir force probante, une expertise doit s'appuyer sur des considérations qui soient transparentes et plausibles. La personne experte doit avoir eu accès aux informations dont elle avait besoin (le nombre et la qualité des données doivent être suffisants) et avoir eu la possibilité de poser des questions complémentaires. Le rapport d'expertise doit être complet, compréhensible et convaincant. Lorsque la personne experte s'appuie sur des déclarations, elle doit préciser de qui elles émanent et quels éléments elle tient pour déterminants¹¹.

⁸ A ce sujet: SCHÄR MOSER/BAILLOD, *op. cit.*, p. 39 ss, 70 ss, ainsi que le tableau p. 94.

⁹ Une forte pondération des exigences et des charges liées à la force physique, par exemple, favorise un sexe par rapport à l'autre.

¹⁰ Des variables susceptibles d'être discriminatoires sont, par exemple, l'état civil, le taux d'occupation ou un supplément selon la loi du marché pour certaines fonctions.

¹¹ Voir un arrêt du Tribunal fédéral du 10 juillet 2007, 4A_771/2007, consid. 4.2.1, avec les références.