

# Le droit public en mouvement

*Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /  
Vincent Martenet

# Le droit public en mouvement

*Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /  
Vincent Martenet

Citation suggérée de l'ouvrage: VERONIQUE BOILLET/ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET (édit.), *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, collection «Recherches juridiques lausannoises», Genève / Zurich 2020, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8739-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020  
[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Diffusion en France: Lextenso Éditions, Grande Arche – 1 Parvis de La Défense,  
92044 Paris La Défense Cedex  
[www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,  
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;  
courriel: [patrimoine@telenet.be](mailto:patrimoine@telenet.be)

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek  
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques

## Sommaire

Préface .....	V-VII
<b>Partie I – Droit public : questions choisies</b>	
LAURENT BIERI Le rendement des immeubles subventionnés – Commentaire de l’arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014.....	3-8
VÉRONIQUE BOILLET La libre-circulation des familles arc-en-ciel.....	9-20
JÉRÔME BÜRGISSER Quelques arrêts récents de la Cour de Justice et du Tribunal de l’Union européenne d’intérêt pour le droit fiscal suisse .....	21-44
DAVIDE CERUTTI / VERONICA FRIGERIO La prétendue pyramide ou le débordement <sup>3</sup> .....	45-65
ROBERT J. DANON The beneficial ownership requirement under art. 10 (dividends), 11 (interest) and 12 (royalties) of the OECD Model Tax Convention: the case of conduit companies.....	67-137
ALEX DÉPRAZ Changement de loi pendant la procédure de recours – <i>Lex Weber</i> et <i>Retour vers le futur</i> .....	139-152
GIOVANNI DISTEFANO Some Benevolent Remarks regarding the Theory of Historical Consolidation of Territorial Titles.....	153-165
NATHALIE DONGOIS / KASTRIOT LUBISHTANI Un droit pénal <i>publicisé</i> dans le contexte de la sécurité nationale à l’épreuve de la menace terroriste.....	167-189
CHRISTOPH ERRASS Rechtliche Probleme staatlicher Forschungsförderung .....	191-211
STEVE FAVEZ L’accueil collectif préscolaire .....	213-233
NOÉMIE GOFFLOT / AURÉLIEN VANDEBURIE L’impact du droit au respect des biens sur le domaine public.....	235-250
THIERRY LARGEY L’essor des autorités de régulation et le déclin du droit administratif général.....	251-275
ANDREAS LIENHARD / DANIEL KETTIGER Justizmanagement im Rechtsstaat.....	277-299
VINCENT MABILLARD / MARTIAL PASQUIER Transparence administrative et accès à l’information en Suisse et dans le monde .....	301-319
PIERRE MOOR Rationalité et subjectivité dans l’interprétation et l’application du droit.....	321-334
LAURENT MOREILLON / MATHILDE VON WURSTEMBERGER Réflexions sur l’art. 104 al. 2 CPP.....	335-345

ANOUK NEUENSCHWANDER Dommages consécutifs à l'exploitation ou la construction d'un ouvrage public : moyens de droit à disposition des voisins lésés.....	347-360
NATHANAËL PÉTERMANN La réglementation de l'espace aérien face au développement de l'usage des drones .....	361-376
DENIS PIOTET La succession des droits et obligations au décès de l'administré .....	377-384
DAVID RENDERS Qui du juge national ou européen contrôle l'acte préparatoire national d'un processus décisionnel menant à l'adoption d'un acte administratif décisoire européen ?.....	385-398
CHRISTINE SATTIVA SPRING L'égalité salariale en Suisse : une lente marche forcée ?.....	399-418
DENIS TAPPY Le remboursement de l'assistance judiciaire en matière civile dans le canton de Vaud entre procédure administrative et procédure civile.....	419-434
PETER UEBERSAX Die Respektierung der Werte der Bundesverfassung .....	435-465
<b>Partie II – L'État et les acteurs privés</b>	
MARTIN BEYELER Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen .....	469-504
DAVID BOULAZ La mise au concours des prestations de transport commandées .....	505-527
VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN / SÉVERINE BEURET Réseaux de chaleur et marchés publics .....	529-548
NICOLAS F. DIEBOLD / MARTIN LUDIN Die Quasi-in-house-Ausnahme .....	549-567
ANNE-CHRISTINE FAVRE / SARAH VITTOZ Les entités privées chargées d'assistance et d'hébergement : quelques problématiques .....	569-596
VALENTINA GIOMI Transfert de l'acte administratif : le nouveau marché des autorisations administratives en Italie – Le cas des taxis et des pharmacies.....	597-620
CLÉMENCE GRISEL RAPIN Une concession sans monopole ? L'exemple de la concession des maisons de jeu.....	621-632
ANDREAS HEINEMANN / FRANK STÜSSI Submissionkartelle .....	633-660
PIM HUISMAN / CHRIS JANSEN / FRANK VAN OMMEREN The Execution of Public Contracts and Third-Party Interests in the Netherlands .....	661-674
VINCENT MARTENET L'État en concurrence avec le secteur privé – Enjeux en matière d'égalité et de neutralité ...	675-688
ARIANE MORIN L'incidence du droit des marchés publics sur l'existence et la validité du contrat .....	689-695

PHILIPPE NANTERMOD Le transport de personnes par autocar longue distance en Suisse.....	697-709
TARCILA REIS JORDÃO Direct Agreement : facing the challenges of bankability in Concession projects and Public-Private Partnerships in Brazil .....	711-728
MARKUS SCHOTT / RAPHAEL WYSS Grenzfälle im Beschaffungsrecht .....	729-743
HANSJÖRG SEILER Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und staatlichen Unternehmen in Privatrechtsform...	745-765
ANTONY TAILLEFAIT Les contrats d’emplois des agents du secteur public en Europe .....	767-780
PIERRE TSCHANNEN Hoheitliches Handeln von Privaten.....	781-798
BERNHARD WALDMANN / MARTIN D. KÜNG Beleihung und Konzession – Unterschiede und Berührungspunkte .....	799-814
ANDREAS ZIEGLER / SILVIO DA SILVA L’importance de l’Accord de l’OMC sur les marchés publics pour le droit des marchés publics en Suisse.....	815-827
<b>Partie III – Droit du territoire, de l’énergie et de l’environnement</b>	
BENOÎT BOVAY SOS-ISOS – Balade jurisprudentielle dans les quartiers historiques de Lausanne et environs .....	831-843
VINCENT BRÜLHART Déploiement de la 5G en Suisse : quelles précautions ? Considérations sur le principe de précaution à l’exemple de la téléphonie mobile .....	845-860
ALEXANDRE FLÜCKIGER L’unification du droit de la construction en Suisse : le droit souple et les normes privées à l’assaut du fédéralisme.....	861-869
ETIENNE GRISEL La géothermie entre droit fédéral et cantonal.....	871-886
PETER HÄNNI Geothermie und Windenergie im Kontext der Raumplanung – Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung.....	887-903
ANDRÉ JOMINI Les plans en mouvement – Mesures conservatoires pour la révision des plans d’affectation.....	905-920
PETER M. KELLER Neues zu Wald und Raumplanung .....	921-933
GUILLAUME LAMMERS Le développement de la constitution environnementale.....	935-949

ARNOLD MARTI Die bewegte Geschichte des Schweizer Raumplanungsrechts .....	951-964
THOMAS MERKLI Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS).....	965-978
YVES NOËL Il pleut des taxes... Analyse de la nouvelle « taxe pluviale » lausannoise .....	979-990
ALEXANDER RUCH Regulierung der koordinativen Raumplanung im Untergrund .....	991-1005
ANDREAS STÖCKLI / LUKAS MARXER Rechtliche Grundlagen der Förderung erneuerbarer Energien unter besonderer Berücksichtigung des Einspeisevergütungssystems nach dem neuen Energiegesetz .....	1007-1034
THIERRY TANQUEREL Le contrôle des plans d'affectation par les tribunaux cantonaux.....	1035-1047
DANIELA THURNHERR Kostenfolgen der Einsprache im Raumplanungs- und Baurecht – der kantonalen Spielraum nach BGE 143 II 467 .....	1049-1075
JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY Le permis d'habiter : un acte « déclaratif » vis-à-vis du permis de construire .....	1077-1087
Liste des publications d'Etienne POLTIER.....	1089-1092
Liste des abréviations.....	1093-1104
Abkürzungsverzeichnis.....	1105-1121

# L'égalité salariale en Suisse : une lente marche forcée ?

## Sommaire

	Page
Introduction	399
I. L'égalité salariale entre femmes et hommes sous l'égide de la Constitution fédérale du 29 mai 1874	400
A. La femme dans le monde du travail au début du XXème siècle	400
B. L'évolution de l'égalité salariale en Suisse	401
1. Avant 1971	401
2. La modification de la Constitution de 1874	402
3. Les travaux menant à l'adoption de la LEg	403
4. Les constats de l'application jurisprudentielle de la LEg	405
II. La situation de l'égalité salariale sur la scène internationale	406
A. Les Conventions de l'Organisation internationale du travail	406
B. La situation en Europe	408
1. L'inégalité salariale dans l'Union européenne	408
2. Quelques solutions européennes à la discrimination salariale	409
III. La modification de la LEg du 14 décembre 2018	411
A. Les chiffres de la Suisse	411
B. Les travaux du Conseil fédéral	412
C. Les débats parlementaires	413
Conclusion	415
Bibliographie	416

## Introduction

Thème bien ancré dans les préoccupations de ce début du vingt-et-unième siècle, l'égalité salariale a occupé les parlements de maints États européens<sup>1</sup> récemment ; en

---

\* Chargée de cours à l'Université de Lausanne.

<sup>1</sup> Tel est en particulier le cas de l'Allemagne et de l'Islande.



Suisse, il figure au programme de la législature 2015-2019 et le Conseil fédéral a répété à répétition reprises qu'il fallait traiter le problème. La présente étude tend à retracer le parcours, manifestement semé d'embûches de l'égalité salariale pour s'imposer dans les textes légaux de droit interne.

## **I. L'égalité salariale entre femmes et hommes sous l'égide de la Constitution fédérale du 29 mai 1874**

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'égalité salariale n'est pas une préoccupation qui a émergé au tout début du vingtième siècle. La classe ouvrière née de la révolution industrielle se caractérisait par une extrême précarité, avec cette conséquence que tous les membres de la famille devaient travailler pour assurer leur subsistance ; ce n'est dès lors pas un hasard si des lois ont dû être promulguées pour interdire le travail des trop jeunes enfants et limiter leur activité quotidienne autorisée, autour des années 1850. Les femmes travaillaient à cette époque-là mais, alors déjà, les hommes gagnaient plus<sup>2</sup>. Quoi qu'il en soit, la représentation de la femme qui reste à la maison pour s'occuper de ses enfants alors que son mari travaille relève de l'histoire récente seulement.

### **A. La femme dans le monde du travail au début du XXème siècle**

A la fin du XIX<sup>e</sup> siècle comme au début du XX<sup>e</sup>, la femme n'est pas l'égal de l'homme sur le plan constitutionnel. En effet, l'article 4 aCst. stipulait une égalité entre hommes et non entre êtres humains, les femmes n'étant en particulier pas considérées comme capables d'agir dans de nombreux domaines<sup>3</sup>. Cette incapacité partielle des femmes et le traitement inégal des sexes qui en résulte, nullement dénué de tout fondement intrinsèque selon le TF<sup>4</sup>, a probablement eu des répercussions dans la législation, notamment au travers de la Loi sur les fabriques de 1877 qui restreint le pouvoir des employeurs au détriment des travailleurs et des travailleuses, protégeant en particulier les femmes et les enfants. Diverses limitations ont été promulguées pour garantir aux femmes le temps de

---

<sup>2</sup> Il y aurait lieu de mettre ici en évidence une discrimination à la promotion, les femmes étant cantonnées dans les activités simples et répétitives.

<sup>3</sup> Ainsi dans l'arrêt Emilie KEMPIN, le Tribunal fédéral a relevé que l'interprétation de la recourante, qui paraît vouloir inférer de l'article 4 que la Constitution fédérale garantit l'égalité absolue des sexes tant au point de vue du droit public qu'à celui du droit privé, constitue une interprétation aussi nouvelle que hardie, qui ne saurait être adoptée (Arrêt du TF du 29 janvier 1887, RO 13 p. 16).

<sup>4</sup> Arrêt KEMPIN précité.

s'occuper de leur foyer, par exemple un allègement de la journée de travail du samedi ; quelque louables qu'elles apparaissent, ces initiatives se sont avérées fortement pénalisantes pour les femmes, sur le plan financier en particulier<sup>5</sup>.

Elles témoignaient quoi qu'il en soit d'une considération peu élevée pour les femmes dans le monde professionnel ; ainsi, lorsque la jeune Marie Vöglin<sup>6</sup> entre à l'Université de Zurich, cette admission suscitera une vague d'indignation : les femmes étaient alors jugées trop faibles physiquement pour ce type d'études.

L'égalité professionnelle, étape importante vers l'égalité salariale, nécessitera donc elle aussi du temps ; ainsi, il faudra attendre 1925 et l'arrêt Roeder pour prendre le contre-pied de l'affaire Kempin et accepter qu'une femme puisse avoir accès à la profession d'avocat. Le TF a eu l'occasion de mentionner que *« [P]ar suite des transformations d'ordre économique et social qui se sont produites au cours des dernières décades, les femmes ont été obligées d'étendre leur activité à des domaines qui autrefois paraissaient réservés aux hommes et elles y sont mieux que par le passé préparées par leur éducation et leur instruction qui tendent à se rapprocher de celles que reçoivent les hommes. La différence de sexe n'est donc plus en elle-même une raison suffisante pour refuser aux femmes l'accès à telle profession déterminée. Seuls des préjugés et des conceptions surannées motivant ainsi l'exclusion des femmes qui résulte de la loi fribourgeoise, elle apparaît comme une restriction inadmissible [...] »*<sup>7</sup>

## **B. L'évolution de l'égalité salariale en Suisse**

### **1. Avant 1971**

Si l'article 4 aCst. n'englobait initialement pas les Suissesses, ce n'était pas la seule disposition de la Constitution fédérale à les exclure. En effet, l'article 74 relatif au droit de vote ne conférerait cette prérogative qu'aux seuls hommes. Diverses tentatives de conférer aux femmes les droits politiques n'ont pas amené le succès escompté et même la votation constitutionnelle du 1<sup>er</sup> février 1959<sup>8</sup> ne permettra pas d'inscrire les femmes au nombre des électrices.

---

<sup>5</sup> Le Conseil fédéral le reconnaît d'ailleurs dans son Message de 1979 (FF 1980 I 73, 78) en ces termes : *« les dispositions qui protègent la femme dans le droit du travail, si elles la ménagent particulièrement, affaiblissent sa position sur le marché de l'emploi ».*

<sup>6</sup> Marie Heim-Vöglin, née le 7 octobre 1845 à Bözen et décédée le 7 novembre 1916 à Zurich, sera la première femme médecin suisse. Elle devra toutefois aller se spécialiser en Allemagne.

<sup>7</sup> Arrêt du 24 février 1932, ATF 49 I 14.

<sup>8</sup> FF 1959 I 374.

Dépourvues des droits civiques, et dès lors absentes des organes dirigeants de l'État, qu'il s'agisse du législatif ou de l'exécutif, les femmes n'ont pu se prononcer sur la ratification des textes internationaux conclus à l'issue de la seconde guerre mondiale sous l'égide de l'Organisation internationale du travail, en particulier sur les conventions n<sup>os</sup> 100 et 111 de l'OIT.

Il faudra attendre le 7 février 1971 pour que les Suissesses obtiennent le droit de vote au plan fédéral. Ce jour marque un premier pas vers l'égalité des sexes.

## 2. La modification de la Constitution de 1874

A compter du moment où elles ont eu la possibilité d'entrer en politique, les femmes se sont fait entendre.

Elles sont ainsi à l'origine de l'initiative populaire « pour l'égalité de droits entre femmes et hommes », déposée le 15 décembre 1976, qui exige en particulier un salaire égal pour un travail de nature égale. Cette initiative, qui a connu un succès rapide, visait à compléter la constitution par un article 4<sup>bis</sup> dont la teneur était la suivante<sup>9</sup> :

**Art. 4<sup>bis</sup>**

<sup>1</sup> *L'homme et la femme sont égaux en droits.*

<sup>2</sup> *L'homme et la femme ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans la famille.*

<sup>3</sup> *L'homme et la femme ont droit à une rémunération égale pour un travail égal ou de valeur égale.*

<sup>4</sup> *L'égalité des chances et de traitement est assurée à l'homme et à la femme en matière d'éducation et de formation professionnelle, ainsi que pour l'accès à l'emploi et à l'exercice de la profession.*

**Disposition transitoire**

*La loi instituera dans les cinq ans dès l'entrée en vigueur de l'article 4bis les mesures propres à en assurer l'exécution tant dans les relations entre citoyens et l'État que dans les relations entre particuliers.*

Tout en reconnaissant la nécessité de prévoir expressément dans la Constitution fédérale le principe de l'égalité des sexes et en jugeant bien-fondées les prétentions des initiants en tant qu'elles prônaient l'égalité dans la famille, le travail et la formation, le Conseil fédéral a considéré que la disposition transitoire était difficilement réalisable, impliquant ainsi le danger d'une inefficacité partielle<sup>10</sup>.

Il lui a donc préféré le texte d'un contre-projet, repris de l'article 9 alinéa 3 du projet des experts qui s'étaient penchés à l'époque sur la révision totale de la Constitution fédérale, texte dont la teneur est la suivante<sup>11</sup> :

---

<sup>9</sup> FF 1980 I 76.

<sup>10</sup> FF 1980 I 73.

<sup>11</sup> FF 1980 I 122.

**Art. 4, 2<sup>e</sup> al.**

<sup>2</sup> *L'homme et la femme sont égaux en droits. La loi pourvoit à l'égalité, en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail. Les hommes et les femmes ont droit à un salaire égale pour un travail de valeur égale.*

Soumettre cette disposition au constituant relève d'un changement de paradigme important de la part des autorités ; le Message du Conseil fédéral en lien avec l'initiative montre combien la Suisse est à la traîne par rapport aux États européens, notamment dans le passage suivant : « *Il est clair que la Suisse n'atteint pas le niveau du standard du droit international, tel qu'il se dégage des nombreux accords, déclarations, recommandations et résolutions des organisations universelles et européennes. (...), une décision de principe au niveau constitutionnel consacrant l'égalité entre les sexes ne constitue en aucun cas une modernisation inutile de la constitution.* »<sup>12</sup>

Aux Chambres, il n'y aura pas d'opposition de principe sur l'entrée en matière<sup>13</sup> et, au vu des problèmes potentiels que susciterait l'adoption de l'initiative, le contre-projet prend vite le pas. Malgré une participation d'un tiers seulement du constituant, la nouvelle disposition a facilement passé la rampe, avec 60.3 % des suffrages ainsi que 14 cantons et 3 demi-cantons. L'égalité salariale était en marche, très timidement.

### **3. Les travaux menant à l'adoption de la LEG**

Constatant deux ans plus tard que le principe d'égalité des salaires n'existait pour ainsi dire que sur papier, la parlementaire vaudoise Yvette Jaggi a déposé, le 12 décembre 1983 un postulat « *Egalité des salaires. Application du principe* » et ses suites<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> FF 1980 I 113. Le Conseil fédéral a constaté que de nombreux États européens avaient alors déjà inscrits l'égalité des droits des hommes et des femmes dans leur Constitution (Allemagne, Autriche, Italie, France, Suède notamment), et la respectaient également en raison de leur soumission à un droit international, formé notamment des Conventions 100 ou 111 de l'OIT, de la CEDH, de l'art. 119 du Traité de Rome et de la Directive n° 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins.

<sup>13</sup> BO (CN) 1980 649, 677, 1277 et (CE) 1980 545, 594

<sup>14</sup> BO (CN) 1985 1809 ss, Postulat 83.962 : « *Le Conseil fédéral est prié de se prononcer sur l'opportunité de légiférer en vue de permettre la réalisation du principe de l'égalité des salaires versés aux hommes et aux femmes pour un travail de valeur égale. À cette fin, le législateur devrait notamment préciser les critères applicables pour la détermination de la valeur du travail, les personnes et organisations ayant qualité pour agir ainsi que les responsabilités pour l'administration des preuves. En clarifiant les différents points, la loi permettrait de réaliser le principe du salaire égal pour un travail de valeur égale, inscrit depuis le 14 juin 1981 dans la constitution, et dont l'application se heurte manifestement à de graves difficultés, particulièrement en raison des lacunes précitées.* »

Accepté, il a conduit à la mise sur pied, le 12 juin 1986, du groupe de travail pour l'égalité salariale hommes/femmes, dont les rapports ont été remis en octobre 1988 et présentés largement par le département de justice et police le 8 novembre 1988. Compte tenu des constatations auxquelles était parvenu le groupe de travail, ses réflexions ont fait l'objet d'une vaste procédure de consultation, dont les résultats positifs ont convaincu le gouvernement de concrétiser les travaux du groupe d'experts. C'est ainsi qu'un avant-projet centré sur la problématique de l'égalité salariale a été élaboré, avec quatre axes principaux : l'interdiction générale des discriminations directes et indirectes, la simplification de la procédure permettant de faire valoir la discrimination salariale, des mesures d'encouragement et un renforcement des compétences du Bureau fédéral de l'égalité. Deux variantes ont été mises en consultation : l'élaboration d'une législation spécifique ou l'adaptation des lois existantes en matière fédérale (CO, Lfonc) ; semblables dans leur contenu, elles différaient essentiellement dans leur portée et l'idée d'une réglementation uniforme l'a rapidement emporté.

Le 24 février 1993, le Conseil fédéral présentera un projet de loi accompagné d'un message<sup>15</sup> très bien documenté sur l'état de l'inégalité salariale alors existante. Il expliquait notamment que la disparité salariale corrigée en fonction du taux d'activité et du travail réellement effectué par les femmes était de l'ordre de 14 %, en relevant qu'il n'était « *pas certain que les femmes sans activité lucrative mais avec un potentiel salarial de haut niveau en raison d'une bonne formation trouvent effectivement du travail à ces conditions. Il est en outre douteux que les femmes choisissent en toute liberté de se tenir à l'écart du marché du travail [...]. Un niveau de formation des femmes aussi élevé que celui des hommes ne garantit pas un revenu égal. Si l'on considère la situation de l'emploi des nouveaux diplômés universitaires en 1989, on constate que la différence de revenu entre hommes et femmes titulaires d'un premier diplôme est de 5000 francs par an entre diplômés célibataires et de 8000 francs par an entre diplômés mariés.* »<sup>16</sup>

Fortement inspiré des résultats de la consultation sur l'avant-projet, le texte soumis aux Chambres étendait le champ d'application de toutes les mesures à l'ensemble des litiges relatifs à l'égalité entre femmes et hommes dans l'emploi<sup>17</sup>. L'exécutif en a profité pour inscrire dans la loi proposée l'interdiction du harcèlement sexuel au lieu de travail, disposition qui fera couler beaucoup d'encre au Parlement. Enfin, le projet s'inscrivait très nettement dans la nécessité de l'eurocompatibilité<sup>18</sup> et le souci de pouvoir ratifier plusieurs conventions internationales, en particulier la Convention des Nations Unies du 18 décembre 1989 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des

---

<sup>15</sup> FF 1993 I 1163 ss.

<sup>16</sup> FF 1993 I 1168.

<sup>17</sup> On rappelle qu'initialement, seule l'égalité salariale était visée par le postulat Jaggi.

<sup>18</sup> Cet objectif a été rappelé par le Conseiller fédéral Arnold Koller, BO (CE) 1994, p. 815.

femmes<sup>19</sup>. Au Conseil National, prioritaire dans l'examen du projet de loi, l'entrée en matière sera vivement débattue<sup>20</sup>. On relèvera 70 propositions de modifications pour 18 articles<sup>21</sup>.

La loi sera votée le 24 mars 1995 et aucun référendum n'entravera son entrée en vigueur, fixée au 1<sup>er</sup> juillet 1996. Un grand pas paraît alors franchi.

#### **4. Les constats de l'application jurisprudentielle de la LEg**

Une première étude relative à l'efficacité de la LEg a été commandée par l'Office fédéral de la Justice en 2003 pour faire suite à une motion parlementaire<sup>22</sup>; elle a fait l'objet d'un rapport de synthèse de la communauté de travail mandatée<sup>23</sup>, puis d'un rapport du Conseil fédéral en 2006<sup>24</sup>.

Dans les constats faits par les consultants, on relève en particulier, au chapitre de l'égalité salariale, que les jugements concernant la LEg ont eu des conséquences pour quantités de personnes surtout dans le secteur public et tout particulièrement en ce qui concerne les professions typiquement féminines de la santé et de l'enseignement. L'étude montre que les différentes personnes interrogées, tant du côté des travailleurs que des employeurs, n'ont pas vu d'évolution positive dans la mise en œuvre de l'égalité entre femmes et hommes<sup>25</sup>. Les consultants pointent du doigt le manque de transparence au niveau des salaires, avec cette conséquence que les procédures judiciaires en sont considérablement allongées.

De son côté, le Conseil fédéral relève à l'attention du parlement qu'entre 1996 et le printemps 2004, 269 décisions ont été prononcées par les tribunaux, qu'ils soient civils ou de droit public et concernent 176 cas dont plusieurs sont passés par différents niveaux d'instance. Si la grande majorité (59 %) des discriminations invoquées relevaient de l'inégalité salariale, en particulier dans le secteur public qui recense plus de la moitié des cas de saisine des tribunaux pour faire appliquer la LEg, il est frappant de constater qu'en Suisse romande, c'est le harcèlement sexuel dans l'économie privée qui a constitué le thème clé porté devant les tribunaux. Sans surprise, on constate qu'à nouveau les personnes discriminées attendent la fin des rapports de travail pour lancer une procédure, même au stade de la conciliation seulement. Les résultats montrent qu'il s'agit là sans

---

<sup>19</sup> Ci-après CEDEF, RS 0.108.

<sup>20</sup> BO (CN) 1994, pp. 228, 247.

<sup>21</sup> BO (CN) 1994, pp. 228, 247, 480, 495, 509 ; 1995 pp. 185, 761, 1008 ; BO (CE) 1994, pp. 808 ; 1995, pp. 317, 439.

<sup>22</sup> Motion 02.3142 déposée par Vreni Hubmann et transmise par le Conseil national sous forme de postulat le 21 juin 2002.

<sup>23</sup> Évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, Rapport de synthèse, Berne et Binningen, avril 2005, de la communauté de travail formée par le bureau BASS, le bureau a&o ainsi que l'avocate Elisabeth FREIVOGEL (ci-après Évaluation).

<sup>24</sup> Rapport du 15 février 2006, FF 2006 3061.

<sup>25</sup> Évaluation, p. 123.

doute d'une position sage des revendicateurs ou plutôt des revendicatrices : en égalité salariale, 11,5 % des décisions rendues par les tribunaux étaient entièrement favorables aux plaignantes, 46 % leur étaient partiellement favorables ; elles n'ont donc eu aucun succès dans 42,5 % des cas.

En se fondant sur les résultats de l'évaluation, le Conseil fédéral a conclu ne pas voir d'urgence à réviser la loi sur l'égalité, tout en relevant la nécessité de mieux informer et de sensibiliser l'économie de façon plus ciblée, et d'inviter les universités, avocats et tribunaux à promouvoir l'information ciblée et le perfectionnement en relation avec la loi sur l'égalité. Il s'est également déclaré prêt à examiner la mise en place d'un organe doté de compétences en matière d'investigation et d'intervention ainsi qu'un soutien aux entreprises par des incitations telles que l'introduction d'un système de certification ou d'un label égalité<sup>26</sup>.

Une deuxième étude relative à l'impact de la LEg a analysé la jurisprudence cantonale entre 2004 et 2015<sup>27</sup>. Il s'agissait de vérifier si la situation avait changé depuis 2006. Les conclusions ne diffèrent pas fondamentalement de celles du rapport de 2005 : en particulier, il est frappant de constater que les actions pour discrimination salariale échouent dans près de 70 % des cas. L'analyse relève que les différences de rémunération ne sont plus l'objet de la quasi-totalité des actions introduites, le grief de licenciement discriminatoire étant invoqué dans plus de 30 % des causes<sup>28</sup>.

## **II. La situation de l'égalité salariale sur la scène internationale**

### **A. Les Conventions de l'Organisation internationale du travail**

L'idée de réglementer le travail sur le plan international n'avait pas attendu le premier grand conflit du XX<sup>e</sup> siècle pour faire son chemin, mais elle s'est imposée à la faveur du traité de Paix de 1919, qui a institué l'Organisation internationale du Travail (ci-après

---

<sup>26</sup> FF 2006 3098.

<sup>27</sup> LEMPEN/VOLODER/BFEG, p. 27. Le 14 juin 2012 déjà, le Conseil national avait accepté un postulat 12.3443 de Martin Naef sur le droit à la protection contre la discrimination ; le Conseil fédéral avait alors chargé le Centre suisse de compétence pour les droits humains de réaliser l'étude de base, sur laquelle il s'est fondé pour proposer, dans son rapport du 25 mai 2016, d'examiner l'opportunité d'étendre notamment le droit d'action des organisations prévu par l'art. 7 LEg ; <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2016/2016-05-25/ber-br-f.pdf>.

<sup>28</sup> LEMPEN/VOLODER/BFEG, p. 27

OIT)<sup>29</sup>. L'objectif principal de l'organisation est de promouvoir la justice sociale ainsi que de faire respecter les droits de l'homme dans le monde du travail, au travers en particulier de l'élaboration de conventions internationales réglant différentes problématiques particulières.

Les questions salariales ont rapidement préoccupé l'OIT, dans la mesure où il fallait s'assurer que l'employeur n'abuse pas de sa position dominante notamment pour payer la rémunération autrement qu'en espèces ayant cours légal et sans utiliser à son profit une partie du gain de ses collaborateurs<sup>30</sup>. À peu près à la même époque, probablement du fait que les femmes ont été souvent très actives pendant les guerres, la Conférence générale de l'organisation internationale du travail a adopté le 29 juin 1951 la convention sur l'égalité de rémunération, entrée en vigueur le 23 mai 1953. Cette convention, très succincte, postule que chaque État membre doit assurer l'application à tous les travailleurs du principe de l'égalité de rémunération entre la main d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale, soit par des moyens relevant de la législation nationale, un système de fixation de rémunération établi ou reconnu par la législation, des conventions collectives entre employeurs et travailleurs ou encore une combinaison de ces moyens.

Si le Conseil fédéral paraissait dans un premier temps prompt à faire ratifier le texte par les Chambres, c'est qu'il n'avait probablement pas pris la mesure de l'opposition qu'allait manifester le Parlement, fondée en particulier sur la nécessité de sauvegarder l'autonomie des entreprises, garantie par la constitution fédérale sous l'angle de la liberté du commerce et de l'industrie, et de respecter la souveraineté cantonale et la répartition des compétences entre confédération et cantons. De manière très schématique, le principe de l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale a paru trop difficile à mettre en œuvre dans les années 50, la question étant revenue en discussion à répétitions reprises sans trouver d'issue favorable à une ratification du texte international, la question des salaires étant toujours un sujet très délicat en Suisse.

En conséquence, la convention n° 100 n'a été ratifiée que près de 20 ans plus tard, le 25 avril 1972 ; elle est donc entrée en vigueur le 25 avril 1973 seulement<sup>31</sup>. À l'époque, le gouvernement avait relevé que la ratification ne donnerait lieu qu'à des corrections de salaires insignifiantes ; il n'avait que trop raison, alors même que les disparités salariales étaient alors supérieures à 30 %.

---

<sup>29</sup> Le traité de Versailles du 28 juin 1919 pose le fondement de l'OIT à ses articles 387 à 427 et lui assigne un fonctionnement d'emblée voulu tripartite.

<sup>30</sup> Convention (n° 95) sur la protection du salaire, de 1949, entrée en vigueur le 24 septembre 1952, mais non ratifiée par la Suisse.

<sup>31</sup> RS 0.822.720.0.



Le sort de la convention n° 111 relative à l'interdiction de la discrimination dans l'emploi et la profession a été plus heureux et plus rapide. Adoptée le 25 juin 1958 et entrée en vigueur le 15 juin 1960 sur le plan international, la convention a fait l'objet de discussions aux Chambres en 1960 déjà. Même si son article 3 stipule que les membres doivent, par des méthodes adaptées, en particulier sous l'angle législatif, assurer l'application d'une politique d'égalité de chance et de traitement en matière d'emploi et de profession, le caractère antidiscriminatoire général de la convention a fait dire au Conseil fédéral qu'elle visait des objectifs d'ordre humanitaire qu'il approuvait ; il s'agissait principalement d'éliminer toute distinction, exclusion ou préférence fondée notamment sur le sexe, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances<sup>32</sup> ou de traitement en matière d'emploi ou de profession<sup>33</sup>.

Pour certaines organisations, la ratification de la Convention n° 111 a permis d'introduire l'égalité salariale dès le 13 juillet 1962, date de l'entrée en vigueur du texte international<sup>34</sup>. On rappelle pourtant que cet accord, tout comme la Convention n° 100, est une norme programme qui nécessite la prise de mesures, législatives notamment, dans le droit interne des États liés, sans effets directs et horizontaux qui seraient directement justiciables. Il s'en suit que depuis longtemps avant l'introduction de l'article 4 alinéa 2 aCst., parlement et gouvernement se devaient d'introduire l'égalité salariale pour un travail de valeur semblable en Suisse. Or, la disposition constitutionnelle n'a été soumise au vote et d'ailleurs plébiscitée par le peuple et les cantons que le 14 juin 1981.

## **B. La situation en Europe**

### **1. L'inégalité salariale dans l'Union européenne**

En Europe, l'écart moyen de rémunération mesuré en comparant le revenu horaire brut moyen des femmes et celui des hommes, rapporté au salaire horaire brut moyen des hommes salariés, est encore légèrement supérieur à 16 %. La situation varie toutefois de manière importante, entre des extrêmes très égalitaires que paraissent être la Roumanie (différence de 3,5 %), le Luxembourg (5 %), l'Italie (5,3 % en 2016), la Belgique (6 %), la Pologne (7,2 %) et la Slovénie (8 %). À l'inverse les pays dans lesquels l'écart est le

---

<sup>32</sup> Quand bien même cet élément n'a pas été relevé par le gouvernement dans son rapport, on constate l'avancée importante dans la lutte contre les discriminations que l'OIT cherche à imposer par l'égalité des chances, qui va largement au-delà de l'égalité de traitement en droit.

<sup>33</sup> Pour permettre une application plus uniforme de la convention, celle-ci a été complétée d'une Recommandation (n° 111) en matière d'emploi et de profession, qui contient diverses définitions et précise les mesures que les États parties devraient prendre pour éliminer les discriminations.

<sup>34</sup> Réponse de l'Union des Villes suisses, FF 1971 II 1554.

plus important sont l'Estonie (25,6 %), la République tchèque (21,1 %), l'Allemagne (21 %), le Royaume-Uni (20,8 %) et l'Autriche (19,9 %).

Cette moyenne<sup>35</sup>, calculée à partir des salaires dans l'ensemble des secteurs économiques, doit cependant être interprétée avec précaution ; elle comprend également la partie explicable et expliquée de la différence, justifiée notamment sur la formation, les responsabilités et l'expérience. Que les États connaissent un salaire minimum mensuel brut fixé par les autorités ou que soient institués des salaires minimaux par branches, résultant par exemple de négociations avec les partenaires sociaux ne paraît pas encore déterminant, en termes de chiffres bruts, pour combattre les inégalités salariales.

Pourtant, l'Europe s'est assez rapidement dotée de bases juridiques permettant de combattre les inégalités salariales fondées sur le sexe. L'article 2 du Traité de Rome prône l'égalité des sexes et l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne l'égalité salariale. Dès 1975, une directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, sera émise sur le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins ; elle sera l'objet d'une refonte dans le texte actuellement en vigueur, la 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<sup>36</sup>.

Le sujet préoccupe aussi la Commission, qui a élaboré un plan d'action de l'Union européenne 2017-2019 pour éliminer l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes, mettant l'accent sur le mécanisme de formation des salaires, la transparence et les sanctions minimales pour punir les contrevenants au principe d'égalité des rémunérations.

## **2. Quelques solutions européennes à la discrimination salariale**

Les chiffres relatifs à la discrimination salariale dans les États européens ne font pas réagir uniquement les autorités communes, mais préoccupent également à l'intérieur de chaque pays.

Les solutions préconisées – ou tout simplement adoptées – diffèrent considérablement et on ne peut dire, en 2019, que l'un ou l'autre doit avoir le pas. Il est toutefois certain que les États ont pris la peine de légiférer, ne laissant pas la porte ouverte à une issue pure-

---

<sup>35</sup> Chiffres de 2017, tirés de l'étude « Les inégalités salariales entre les femmes et les hommes en Europe ».

<sup>36</sup> C'est l'art. 4 de cette directive qui prévoit le principe du salaire égal pour un travail égal ou de valeur égale.

ment privée entre des partenaires sociaux, dont le poids est parfois pourtant beaucoup plus considérable qu'en Suisse.

Quoi qu'il en soit, on constate que bon nombre de législateurs ont pris exemple sur le Canada, dont certaines provinces ont institutionnalisé de longue date un contrôle de l'égalité salariale différencié selon la grandeur de l'entreprise. Ainsi au Québec, l'obligation de l'employeur de réaliser un exercice d'équité salariale dès que son entreprise compte dix salariés en moyenne annuelle, ses obligations variant selon que le nombre de collaborateurs se situe entre 10 et 49, 50 et 99, ou supérieur à 100. Lors de l'exercice, l'employeur doit notamment comparer les emplois féminins aux emplois masculins et en informer toutes les personnes salariées de son entreprise en procédant à un affichage des résultats. Il est ensuite tenu de réévaluer le maintien de l'équité salariale dans l'entreprise tous les 5 ans et procéder à l'affichage des résultats et, tous les ans, il produira la Déclaration en matière d'équité salariale en ligne<sup>37</sup>.

On mentionnera ici à titre d'exemple le cas de la Belgique et celui de l'Allemagne.

Ainsi, la Belgique s'est dotée depuis 2007 d'une loi générale antidiscrimination<sup>38</sup>, complétée par la loi du 12 avril 2012<sup>39</sup>, qui prévoit en particulier la publication des écarts salariaux et leur intégration dans les bilans sociaux annuels, ainsi que l'analyse comparative de la structure de rémunération des travailleurs, tous les deux ans, dans les structures occupant plus de 50 collaborateurs. Si cette analyse fait apparaître des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, l'entreprise devra élaborer un plan d'action. Enfin, les femmes qui s'estiment victimes de discrimination peuvent s'adresser au médiateur de l'entreprise, qui établira s'il existe réellement un écart salarial et, le cas échéant, tentera de trouver un compromis avec l'employeur.

L'Allemagne a été longtemps très mauvais élève, malgré l'existence d'une loi relative à l'égalité de traitement générale<sup>40</sup>. Les choses pourraient toutefois changer avec l'adoption, en juin 2017, de la loi sur la transparence des rémunérations<sup>41</sup>, entrée en vigueur le 6 juillet 2017 et qui prévoit qu'à compter du 6 janvier 2018, les employés ont un droit à obtenir des informations sur les niveaux de salaire dans l'entreprise. Pour la

---

<sup>37</sup> E-12.001 - Loi sur l'équité salariale de 1996, modifiée en dernier lieu en 2019 ; la province d'Ontario connaît une législation comparable, exposée par le Conseil fédéral dans son Message du 5 juillet 2017, FF 2017 5197-8.

<sup>38</sup> Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, publiée au Moniteur Belge du 30 mai 2007, pp. 29031-2943.

<sup>39</sup> Loi du 22 avril 2012 visant à lutter contre l'écart salarial entre hommes et femmes, publiée au Moniteur Belge du 22 août 2012, pp. 51020-51024, art. 4, 6 à 8 et 11.

<sup>40</sup> *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, du 14 août 2006, publiée au *Bundesgesetzblatt* du 17 août 2006, pp. 1897-1919.

<sup>41</sup> *Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen (Entgelttransparenzgesetz)*, du 30 juin 2017, publiée au *Bundesgesetzblatt* du 5 juillet 2017, pp. 2152-2158.

mise en œuvre du droit individuel<sup>42</sup>, la loi pose la condition d'un nombre de collaborateurs de 200 au moins, et l'exigence supplémentaire de trouver six postes de comparaison dans l'entreprise<sup>43</sup>. Par ailleurs, la transparence est renforcée sur le plan collectif également notamment par la publication, dans les entreprises comptant ordinairement plus de 500 employés, en marge du rapport annuel, des mesures permettant de lutter contre la discrimination ou d'établir l'égalité des sexes<sup>44</sup>. Enfin, la loi a prévu une obligation de contrôle périodique de l'égalité salariale pour les entreprises comptant plus de 500 collaborateurs, doublée de l'obligation de prendre des mesures si des discriminations sont constatées et de celle d'informer les collaborateurs dans tous les cas du résultat du contrôle<sup>45</sup>.

### III. La modification de la LEg du 14 décembre 2018

#### A. Les chiffres de la Suisse

En Suisse, l'inégalité salariale entre les sexes se montait, en 2016, à 18,3 %, soit un chiffre supérieur à la moyenne européenne. Dans notre pays, la situation des femmes dans le monde du travail diffère de celle des hommes entre autres par le taux d'occupation, mais aussi par la position occupée dans la profession, en particulier par une faible représentation dans les activités avec fonction dirigeante<sup>46</sup>, alors qu'elles sont majoritaires dans les postes à bas salaire<sup>47</sup>. Les dernières statistiques de l'Office fédéral de la statistique ne portent pas un message optimiste : la part inexplicée de la différence salariale a augmenté dans le secteur public entre 2014 et 2016, quand bien même les inégalités salariales entre femmes et hommes mesurées au niveau du pays sont stables. En bref, la discrimination salariale des femmes a augmenté dans certains secteurs, même si de grandes structures ont apporté des correctifs à leur système de rémunération notamment à la suite de mesures internes telles que la démarche de certification *equal salary*. L'une des explications plausibles tient à la part croissante des femmes sur le marché du travail, en particulier à un niveau élevé de compétences où elles se heurtent à ce qu'on appelle communément le plafond de verre. Quoi qu'il en soit, la part inexplic

---

42 §§ 10 à 16 de la loi.

43 § 12 de la loi.

44 §§ 21 et 22 de la loi.

45 §§ 17 à 20 de la loi.

46 Elles n'y sont représentées qu'à hauteur de 38 % contre 55 % des hommes.

47 Selon les chiffres de l'OFS de 2015, les postes de travail rémunérés à moins de 4000 francs par mois sont occupés par 63,4 % de femmes.

quée de l'inégalité salariale, secteurs privé et public confondus se monte, en 2016, à 44 %, soit une moyenne de 642 fr. par mois.

## **B. Les travaux du Conseil fédéral**

Fondé sur les constats des différentes études relatives à l'impact effectif de la LEg dans le monde judiciaire et du travail, le gouvernement a dû constater que le maintien de la loi dans sa teneur votée en 1995 n'était guère concevable. En effet, la situation en Suisse ne correspondait toujours pas à l'obligation constitutionnelle introduite en 1981 et différentes instances externes, en particulier le comité CEDEF ne s'étaient pas fait faute de le rappeler<sup>48</sup>. Dans son dernier rapport sur la mise en œuvre de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>49</sup>, le Conseil fédéral relève qu'il a décidé, le 22 octobre 2014, de prendre de nouvelles mesures pour lutter contre la discrimination salariale en proposant d'obliger les employeurs à pratiquer régulièrement une analyse des salaires et à faire contrôler son exécution par des tiers, selon projet de loi à élaborer et mettre en consultation pour la mi-2015.

Datée du 12 octobre 2016, la synthèse des résultats de la procédure de consultation ne met en évidence aucune tendance de revenir sur le principe de l'égalité salariale, et même ceux qui s'opposent totalement au projet relèvent qu'ils soutiennent l'exigence constitutionnelle, mais sont convaincus que les employeurs assument leurs responsabilités, constat qui mène au refus de toute régulation au niveau étatique. Quoi qu'il en soit, sur cette question sensible, les résultats de la consultation sont fortement tranchés entre ceux qui estiment inappropriée toute intervention de l'État et ceux que le projet déçoit parce qu'il ne va pas assez loin. Prenant la mesure de tous ces mécontents, et pour éviter une déconfiture totale à la modification voulue par le Conseil fédéral, le texte qui sera finalement soumis aux Chambres sera épuré des propositions les plus controversées. Publiée dans la Feuille Fédérale du 22 août 2017, la modification était ainsi très mesurée ; elle ne reprenait, de l'avant-projet de 2016, que les dispositions qui avaient reçu un large soutien, tant professionnel qu'associatif et cantonal, en écartant en particulier toutes les propositions relatives à d'éventuelles sanctions.

---

<sup>48</sup> Quatrième et cinquième rapport de la Suisse sur la mise en œuvre de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), de décembre 2014, p. 2.

<sup>49</sup> Quatrième et cinquième rapport de la Suisse sur la mise en œuvre de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), de décembre 2014, p. 43.

## C. Les débats parlementaires

Dans les années 90, l'adoption de la loi sur l'égalité avait occupé le parlement de manière inversement proportionnelle à sa longueur. Il en ira de même en 2018, lorsque les Chambres se sont penchées sur le projet de révision partielle du Conseil fédéral.

Compte tenu du caractère mesuré du projet publié, on aurait pu croire la partie gagnée d'avance, mais il n'en sera rien. Chambre prioritaire, le Conseil des États a vu sa commission lui proposer l'entrée en matière à 7 voix seulement contre 6 : le thème était donc sensible et complexe, comme en témoignent les 18 interventions parlementaires qui ont précédé l'acceptation de cette entrée en matière<sup>50</sup>.

Il est frappant de constater que les arguments évoqués de part et d'autres sont pratiquement les mêmes que trente-cinq ans auparavant : à ceux qui rappellent le principe constitutionnel et le caractère inacceptable des écarts salariaux non objectivables, les opposants aux modifications rétorquent qu'on ne saurait faire une loi pour une minorité de personnes discriminées et opposent tant la liberté individuelle que la conscience des employeurs de leurs responsabilités et les risques économiques de leur imposer une contrainte administrative supplémentaire.

A peine le principe voté, le 28 février 2018, le projet a d'ailleurs été renvoyé en commission, pour examiner notamment s'il ne fallait pas revenir à un système de volontariat et d'autodéclaration<sup>51</sup>, ce d'autant que le projet de 2017 ne concernait, selon les termes de l'article 13d alinéa 1 que les employeurs soumis au Code des obligations et paraissait dès lors exclure de tout contrôle le secteur public, dans lequel les différences de salaire entre les sexes avaient quelque peu augmenté au cours de années précédentes.

La commission a dès lors revu le projet d'amendement, en particulier sous l'angle de l'autodétermination, hypothèse qu'elle a écartée. Pour répondre aux critiques adressée le 28 février, elle a expressément prévu que le secteur public devrait également procéder à une vérification de l'analyse de l'égalité des salaires, l'obligation étant étendue à tous les employeurs d'une certaine taille.

Le Conseil des États a donc repris son travail le 29 mai 2018, en relevant à l'attention des parlementaires que la loi devait être vue aussi comme un outil posant des critères identiques à disposition des entreprises permettant de savoir si elles respectent l'égalité salariale. La majorité de la commission a proposé, dans l'idée de tenir compte des réticences manifestées, de revoir la copie du Conseil fédéral sous l'angle du nombre minimum d'emplois à compter duquel l'analyse des salaires devrait être effectuée : la propo-

---

<sup>50</sup> BO (CE) 2018, 28 février 2018, pp. 53-65.

<sup>51</sup> Proposition Graber Konrad, BO (CE) 2018, 28 février 2018, p.65 ; BO (CE) 2018, 29 mai 2018, p. 287.

sition initiale de 50, chiffre permettant de procéder à une analyse de régression et qui correspond au seuil fixé dans la loi sur la participation<sup>52</sup> pour imposer une représentation des travailleurs, paraissait pourtant cohérente. Elle tenait compte du tissu économique de la Suisse, composé en majorité de PME, et concernait certes une majorité des travailleurs<sup>53</sup> mais seulement 2 % des entreprises. Ce sera désormais, pour la Chambre des cantons, un nombre minimal de 100 travailleurs que l'entreprise devra compter pour être soumise à une obligation de contrôle de l'égalité salariale.

S'il y a lieu de se féliciter que la proposition de la minorité de la commission relative à l'introduction d'un système de déclaration autonome sur le respect de l'égalité des salaires n'ait pas été retenu dans ce domaine, on ne saurait passer sous silence une des dispositions de ce projet, qui aurait pu être ajoutée au paquet proposé par la majorité et qui tendait à permettre à 10 % des travailleurs d'exiger la vérification du respect de l'égalité salariale par un tiers<sup>54</sup>: cette mesure aurait complété utilement le dispositif voté, du fait qu'il dispense de toute nouvelle analyse l'entreprise qui a passé avec succès un contrôle d'égalité salariale.

Saisi le 24 septembre 2018 du texte adopté par la chambre des cantons, le Conseil national avait dans ses rangs des détracteurs jugeant que les progrès réalisés sur le thème de l'égalité rendaient inutile la modification législative et des partisans relevant le caractère raisonnable d'un projet faisant la part belle à la responsabilité et à l'indépendance des entreprises. Le vote d'entrée en matière sera serré, le nombre de collaborateurs nécessaires pour être soumis au contrôle fera l'objet de propositions diverses et les propositions de minorités seront nombreuses et parfois peu pertinentes, en particulier celle consistant à prévoir dans le cadre de la modification de la LEg le relèvement de l'âge de la retraite pour les femmes<sup>55</sup>. Le projet de la Chambre du peuple se distinguera finalement de celui du Conseil des États sur deux points ayant trait au champ d'application : il ne s'agirait de contrôler l'égalité salariale que pour les entreprises ayant au moins 100 collaborateurs à temps plein et les apprentis ne devraient quoi qu'il en soit pas être comptés. La Chambre des cantons a admis cette deuxième modification mais s'en est tenue à la nécessité de parler de travailleurs et non de collaborateurs à plein temps. Le Conseil National s'est finalement rallié à cette version<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (Loi sur la participation), du 17 décembre 1993, RS 822.14.

<sup>53</sup> 54 % des travailleurs auraient été concernés.

<sup>54</sup> Art. 13j al. 1, BO (CE) 2018 p. 305.

<sup>55</sup> BO (CN) 2018 p. 1583.

<sup>56</sup> Les arguments de la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga et ses interventions empreintes de bon sens n'y sont pas étrangers.

En tout état de cause, il ne s'agit que d'une loi « provisoire » dans la mesure où sa validité est limitée à 12 ans. Votée par les deux conseils le 14 décembre 2018, et publiée dans la Feuille fédérale du 28 décembre 2018, la loi n'a pas déchaîné de commentaires passionnés dans le public ; le délai référendaire se terminait le 8 avril 2019 et n'as pas été mis à profit pour obtenir la signature d'un referendum ; il faut dire qu'il serait mal vu de s'opposer ouvertement à l'égalité salariale.

La mise en vigueur de la modification est attendue pour 2020 ou 2021 : l'avancée n'est pas considérable et il faut du temps pour la mettre en œuvre.

## Conclusion

Les travaux parlementaires et la procédure de consultation sur l'avant-projet montrent que les mentalités relatives à l'égalité homme-femme, notamment sur le plan salarial, ont peu évoluées en 35 ans. Les partisans de la liberté individuelle s'opposent toujours à l'intervention de l'État, considérant que les entreprises doivent pouvoir décider qui elles engagent et à quelles conditions.

Or, les entreprises qui ont fait réaliser des études sont souvent étonnées d'apprendre qu'elles discriminent lorsque le résultat des évaluations leur est communiqué ; alors qu'elles étaient persuadées de réaliser pleinement l'égalité salariale dans les rangs des collaborateurs, il apparaît qu'elles n'étaient pas sensibilisées aux différents biais dont la conséquence est de créer des discriminations. Il ne suffit donc pas que les entreprises soient de bonne foi et persuadées de faire au mieux : il faut encore pouvoir s'assurer qu'objectivement les salaires correspondent à l'obligation constitutionnelle d'égalité de l'art. 8 al. 3. En effet, l'intention ou la volonté de discriminer n'est pas un élément capital dans l'égalité entre les sexes, particulièrement en matière de rémunération ; aucun employeur n'oserait d'ailleurs prétendre, sous nos latitudes, qu'il discrimine sciemment et volontairement selon le genre.

Il serait faux de croire que l'égalité salariale forcée a pour effet de se priver de collaborateurs exceptionnellement qualifiés pour des postes où toutes leurs compétences ne sont pas requises : cela signifierait que les employés ne sont retenus que par des salaires extrêmement intéressants. En 2019, les collaborateurs travaillent non seulement par nécessité financière, mais également par intérêt : ce n'est d'ailleurs pas un hasard si les plus jeunes réduisent leur temps de travail à 80 % dans de nombreuses situations. Imposer l'égalité salariale devrait permettre à chacun, homme et femme, de bénéficier de tels aménagements au profit d'une meilleure conciliation de la vie privée et professionnelle.



C'est la raison pour laquelle l'intervention du législateur était et reste nécessaire, afin de réaliser le mandat que le peuple et les cantons ont voulu inscrire déjà en 1981 dans la loi fondamentale.

Les déçus de la modification législative relèvent qu'elle laisse une large marge de manœuvre aux entreprises. Les opposants craignent le surplus de travail administratif et les embûches liées au contrôle de l'égalité salariale. L'employeur précautionneux qui n'a pas encore fait réaliser une analyse de la situation dans son entreprise devrait dès à présent redéfinir les fonctions des personnes qu'il engage ou a embauchées, attribuer des fourchettes de salaire objectives aux dites fonctions, en tenant compte, en particulier, des forces connues de ses collaborateurs, tels les diplômés et l'expérience, et en mesurant les contraintes liées à l'activité ainsi que les responsabilités attachées à chaque poste<sup>57</sup>. L'existence d'échelles salariales fondées sur des motifs non discriminatoires lui sera d'une aide notable et lui permettra ensuite de résister à des négociations salariales qui ne sont pas toujours en sa faveur.

On ne répétera jamais assez que l'égalité salariale garantit une concurrence saine entre les entreprises et permet d'éviter de faire porter à l'entier de la collectivité les lacunes générées par des rémunérations insuffisantes en matière d'assurances sociales, en particulier sous l'angle de l'AVS et de la prévoyance professionnelle. L'égalité salariale permettrait en particulier de redoter les caisses de l'AVS et d'éviter le versement de prestations complémentaires à des femmes à la retraite ayant toujours eu de bas salaires : l'État qui paie ces prestations est clairement habilité à légiférer de manière peu contraignante pour éviter la multiplication de ces situations.

Il est préférable que la Suisse prenne des mesures adaptées aux habitudes et aux besoins des entreprises plutôt que de se faire imposer notamment par des organisations telle l'OIT de mieux respecter les engagements internationaux signés de longue date. À défaut, le Tribunal fédéral pourrait, comme il l'a fait dans l'arrêt du 6 septembre 2017<sup>58</sup>, ouvrir la porte aux conventions de l'OIT et leur donner une portée directe en droit suisse.

## Bibliographie

BUREAU BASS / BUREAU A&O / FREIVOGEL Elisabeth, Évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, Rapport de synthèse, Berne et Binningen, avril 2005, consulté le 18 mai 2019 sur le site internet du bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (Cité : *Évaluation*).

---

<sup>57</sup> Les échelles salariales peuvent se fonder sur les critères de différentes méthodes : GFO, Abakaba, méthode simplifiée des fonctions ou tout autre système objectif, neutre sous l'angle du genre.

<sup>58</sup> TF, 2C\_499/2015.

- COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, Plan d'action de l'Union européenne 2017-2019 : Éliminer l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes, Bruxelles, le 20 novembre 2017.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité en exécution de la motion Vreni Hubmann 02.3142, transmise par le Conseil national sous forme de postulat le 21 juin 2002 du 15 février 2006, FF 2006 3061.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message à l'Assemblée fédérale sur le résultat de la votation populaire du 1<sup>er</sup> février 1959 concernant l'institution du suffrage féminin en matière fédérale du 28 février 1959, FF 1959 I 374.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message sur l'initiative populaire « Pour l'égalité des droits entre hommes et femmes » du 14 novembre 1979, FF 1980 I 73.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message 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 du 24 février 1993, FF 1993 I 1163.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message sur la modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg) du 5 juillet 2017, FF 2017 I 5169.
- TOUTE L'EUROPE, « Les inégalités salariales entre les femmes et les hommes en Europe », <https://www.touteurope.eu/actualite/les-inegalites-salariales-entre-les-femmes-et-les-hommes-en-europe.html> (consulté le 27 mai 2019).
- FREIVOGEL Elisabeth, Art. 3 GIG, in : Kaufmann/Steiger-Sackmann (édit), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2<sup>e</sup> éd. Bâle 2009, pp. 48-113.
- LEMPEN Karine, La discrimination salariale au regard de la jurisprudence récente (2011-2015), in : Dunand/Lempen/Mahon (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt*, Genève/Zurich 2016, pp. 135-157.
- LEMPEN Karine / BINDER Andrea, Umsetzung von Art. 11 in der Schweiz, in : Schläppi/Ulrich/Wytenbach (édit.), *CEDAW Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*, Berne 2015, pp. 799-844.
- LEMPEN Karine / VOLODER Aner / BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE HOMMES ET FEMMES (BFEG), Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre hommes et femmes (2004-2015), [https://www.unige.ch/droit/files/7215/0169/2406/analyse-LEg\\_2017-lempen.pdf](https://www.unige.ch/droit/files/7215/0169/2406/analyse-LEg_2017-lempen.pdf) (consulté le 25 mai 2019).
- MARTI WHITEBREAD Claudio, Égalité salariale entre femmes et hommes : état des lieux, in : Dunand/Lempen/Mahon (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt*, Genève/Zurich 2016, pp. 223-237.
- ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, Histoire de l'OIT, <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--fr/index.htm>, et Normes du travail, [www.ilo.org/global/standards/lang--fr/index.htm](http://www.ilo.org/global/standards/lang--fr/index.htm), (consulté le 17 mars 2019).
- RAPPORT CEDEF, Quatrième et cinquième rapport de la Suisse sur la mise en œuvre de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), de

décembre 2014, <https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/conventions-onu/femme/rapport-2014/>, (consulté le 25 mai 2019).

TOUTE L'EUROPE, « Les inégalités salariales entre les femmes et les hommes en Europe », <https://www.touteurope.eu/actualite/les-inegalites-salariales-entre-les-femmes-et-les-hommes-en-europe.html> (consulté le 27 mai 2019).