Zeitschrift: Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse
Herausgeber: Union syndicale suisse
Band: 69 (1977)
Heft: 5

Artikel: L'égalité des sexes en droit du travail
Autor: Berenstein, Alexandre
DOI: https://doi.org/10.5169/seals-385875

Nutzungsbedingungen
Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation
L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use
The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 15.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Organe mensuel de l'Union syndicale suisse

Revue syndicale suisse

N° 5 Mai 1977 69e année

L'égalité des sexes en droit du travail*

Par Alexandre Berenstein, juge fédéral, Lausanne

I. La révolution de l'égalité

En 1886, Mme Kempin-Spyri, étudiante en droit zurichoise, tenta vainement – en application de la loi zurichoise d'organisation judiciaire, qui permettait aux citoyens actifs de représenter les tiers en justice –, de représenter son mari dans un procès pendant devant les tribunaux de son canton. Le Tribunal fédéral, auquel elle finit par s'adresser, apprécia sévèrement sa prétention dans un arrêt du 29 janvier 1887:

«En tant que la recourante se fonde sur l'article 4 de la Constitution fédérale et paraît vouloir déduire de cette disposition que la constitution fédérale postule la pleine égalité juridique des sexes dans tous les domaines du droit public et du droit privé, la conception qui est la sienne est aussi nouvelle qu'audacieuse; on ne saurait néanmoins l'approuver. Il n'est pas besoin de beaucoup d'explications pour comprendre qu'en opérant une telle déduction on se mettrait en contradiction avec toutes les règles de l'interprétation historique. L'article 4 de la Constitution fédérale ne peut, ainsi que le Tribunal fédéral l'a toujours déclaré, être interprété dans un sens qui conduirait à des conséquences véritablement inadmissibles, à savoir que cette disposition interdirait absolument toute différenciation dans le traitement de différentes classes de personnes sur le plan juridique; cette disposition n'interdit que les différenciations juridiques qui, d'après les principes fondamentaux de l'ordre juridique et du droit public tels qu'ils sont généralement reconnus, apparaissent comme n'ayant pas de fondement intrinsèque et comme n'étant pas justifiées par de notables différences de fait. Or, d'après les conceptions juridiques qui, sans aucun doute, sont dominantes actuellement encore, le traitement différencié des sexes sur le plan du droit public, notamment en ce qui concerne le droit de participer à la vie publique, n'apparaît nullement dépourvu de fondement intrinsèque. Dès lors, la disposition d'une loi cantonale qui exclut les femmes du droit de représenter les parties en justice ne saurait en tout cas pas être considérée comme étant en contradiction avec l'article 4 de la Constitution fédérale[1].»

Bien que, quelques mois plus tard, Mme Kempin eût conquis, à l'Université de Zurich, le grade de docteur en droit *summa cum laude*, il lui fut interdit, sur la base de cet arrêt du Tribunal fédéral, d'exercer la profession d'avocat. Elle se tourna alors vers l'université et sollicita la *venia legendi*, soit le droit d'enseigner à la Faculté de droit en qualité de privat-docent. Mais, considérant qu'une femme ne pouvait être admise à enseigner à l'université, le sénat universitaire et l'au-

* Cette étude reproduit le texte d'une conférence donnée le 8 mars 1977 devant la Société genevoise de droit et de législation.

[1] *ATF* 13, page 4 (traduction).

torité politique, le conseil de l'éducation, rejetèrent sa requête. Finalement, quelques années plus tard, en 1891, contre le préavis négatif de l'université, le conseil de l'éducation accueillit une nouvelle demande de l'intéressée et l'autorisa à enseigner à titre de privat-docent le droit romain, ainsi que le droit anglo-saxon et le droit américain[2]. Il n'en fallut pas moins attendre longtemps encore pour qu'une chaire de professeur fût confiée en Suisse à une femme. Cependant, en 1898, le peuple zurichois accepta, par 21 000 voix contre 20 000 environ, une loi autorisant les femmes à accéder au barreau[3]. Zurich fut suivi par d'autres cantons. Mais c'est en 1923 seulement que le Tribunal fédéral, revenant sur l'arrêt Kempin, statua qu'une loi cantonale interdisant aux femmes d'exercer la profession d'avocat violait la Constitution fédérale. Une demoiselle Roeder, docteur en droit de l'Université de Zurich, désirait entreprendre un stage d'avocat à Fribourg. La décision du Conseil d'Etat de ce canton rejetant sa requête fut annulée par arrêt du 24 février 1923. Le Tribunal fédéral y déclara que l'idée dont s'inspirait l'arrêt Kempin n'était plus en harmonie avec les conditions actuelles:

«Par 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... Si les droits politiques continuent très généralement en Suisse à être refusés aux femmes, par contre dans la vie économique les mœurs et les lois qui en sont le reflet ont consacré l'égalité des sexes. La différence de sexe n'est donc plus en elle-même une raison suffisante pour refuser aux femmes l'accès à telle profession déterminée; on doit encore rechercher si les conditions particulières de cette profession rendent les femmes inaptes à l'exercer... L'aptitude à la profession d'avocat dépend beaucoup plus de la personnalité que du sexe et l'on ne saurait raisonnablement prétendre... que d'une façon générale la femme ne possède pas les qualités intellectuelles et morales qui sont indispensables pour l'exercer correctement. 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 de la liberté garantie par l'article 31 de la Constitution fédérale[4].»

Cet arrêt ne reçut cependant pas une approbation unanime. Un auteur aussi autorisé que Walther Burckhardt le critique encore en 1931, dans la dernière édition de son commentaire, en observant qu'il est, d'après lui, exagéré d'affirmer que l'exclusion des femmes du barreau repose sur des préjugés surannés et qu'elle est dès lors incompatible avec l'article 4 de la Constitution[5]. Le professeur Battelli, sans critiquer cet arrêt, déclare que les juges fédéraux semblaient être fortement en avance sur leurs concitoyens[6].

[2] Susanna *Woodtli*, Gleichberechtigung, Frauenfeld 1975, pages 94 et ss.
[3] Cf. M. *Battelli*, Le statut de la femme en droit public suisse, Recueil de travaux de la Faculté de droit de Genève, publié à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes, 1938, page 29.
[4] *ATF* 49 I 19.
[5] W. *Burckhardt*, Kommentar, 3e édition, Berne 1931, page 40.
[6] *Loc.cit.*, page 30.

Le talent n'a rien à voir avec le sexe

Qui donc, aujourd'hui, pourrait souscrire à la critique de Burckhardt? Il ne se trouve sans doute guère de juristes pour penser que l'on puisse, sans violer les principes fondamentaux de notre Etat, et particulièrement les articles 4 et 31 de la Constitution fédérale, exclure les femmes du barreau ou d'une autre activité professionnelle. L'accès de toutes les professions est en principe ouvert aux femmes. Elles sont avocates, et souvent avocates de talent, juges, fonctionnaires et professeurs, et l'on ne saurait prétendre que d'une façon générale elles n'atteignent pas un niveau équivalent à celui des hommes. De nombreux hommes comme de nombreuses femmes sont peut-être des avocats, des juges ou des professeurs médiocres, tout de même qu'hommes et femmes peuvent exercer ces mêmes fonctions d'une manière remarquable, voire éminente. La ligne de démarcation entre les uns et les autres ne passe pas par le sexe.
Si des progrès considérables ont ainsi été réalisés en Suisse à la fin du siècle dernier et au cours de ce siècle dans l'accession des femmes à l'égalité avec les hommes, cette accession est encore loin d'être assurée dans tous les domaines. Notre propos se limite à l'examen du problème de l'égalité des sexes dans le domaine du droit du travail. Nous ne parlerons donc pas de l'égalité des sexes dans la vie politique, qui, par l'établissement du suffrage féminin, a été presque entièrement réalisée en Suisse, sans toutefois l'être encore complètement, ni de l'égalité dans la famille – problème qui doit faire l'objet de la prochaine revision du droit du mariage – ni de l'égalité dans l'instruction, ni enfin du problème, combien complexe aussi, de l'égalité dans la sécurité sociale.

L'évolution récente

Il n'en demeure pas moins qu'on ne saurait passer sous silence le fait que si, après la Révolution française, le XIXe siècle a vu triompher dans les pays démocratiques le principe de l'égalité des citoyens devant la loi – et par citoyens il fallait entendre alors les citoyens mâles – le XXe siècle voit se réaliser la révolution de l'égalité des sexes dans les domaines les plus divers. Sans doute la Suisse est-elle demeurée encore quelque peu en marge de ce mouvement qui se développe dans tous les pays qui nous entourent, comme dans la communauté internationale en général. La Suisse a introduit tardivement le suffrage féminin sur le plan fédéral et dans la grande majorité des cantons et des communes. Elle n'a pour l'instant adopté aucune autre loi spéciale destinée à réaliser l'égalité des sexes.
L'égalité des hommes et des femmes est un des thèmes majeurs de l'action des Nations Unies, dans ses activités non politiques. Elle est proclamée par la Charte de San Francisco et par la Décla-

ration universelle des droits de l'homme; elle fait l'objet de plusieurs dispositions des Pactes internationaux de 1966, destinés à la mise en œuvre effective des droits de l'homme proclamés par la Déclaration de 1948, soit du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et du Pacte relatif aux droits civils et politiques. Elle doit être inscrite d'une façon plus précise dans la convention internationale, actuellement en voie d'élaboration, sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, qui doit constituer une suite à la Déclaration de 1967 sur le même sujet ainsi qu'à celle de Mexico de 1975. Il faut rappeler enfin la convention de 1953 sur les droits politiques de la femme. L'UNESCO, de son côté, a élaboré la convention de 1960 sur la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement. Quant à l'Organisation internationale du travail, elle a adopté dans le même domaine des instruments sur lesquels nous reviendrons plus amplement, car ils concernent directement le thème de notre exposé. En Allemagne, l'article 3 de la loi fondamentale proclame que les hommes et les femmes ont les mêmes droits et que nul ne doit être favorisé ou défavorisé en raison de son sexe. En Italie, la constitution pose à son article 3 le principe de l'égalité des sexes. La Constitution française actuelle se réfère, dans son préambule, au préambule de la Constitution de 1946, aux termes duquel la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme. Les dispositions légales sont, d'autre part, nombreuses. Des lois tendant à réaliser l'égalité des sexes dans tous les domaines ont en effet été adoptées dans maints pays, et nous aurons l'occasion de revenir sur certaines d'entre elles, qui touchent plus spécifiquement le droit du travail.

Même dans ce dernier domaine, le problème de l'égalité des sexes se présente sous de nombreux aspects. Il s'agit notamment de l'égalité dans l'accès à la vie professionnelle, dans la formation professionnelle, dans l'emploi et la promotion professionnelle, dans la rémunération. Si nous avons dit qu'en Suisse, l'accès de toutes les professions était en principe ouvert aux femmes – et encore cela n'est-il pas tout à fait exact, que l'on pense aux ecclésiastiques par exemple – cela signifie qu'il n'y a actuellement plus d'obstacle *juridique* pour qu'une femme embrasse une carrière professionnelle. Cela ne signifie pas nécessairement qu'elle puisse le faire sur pied d'égalité avec les hommes. Le principe d'égalité ne s'épuise pas dans une disposition interdisant aux pouvoirs publics d'effectuer des discriminations, telle que celle qui résulte de l'article 4 de la Constitution fédérale, garantissant l'égalité devant la loi. Il exige aussi, si on veut le promouvoir d'une façon conséquente, une action positive, celle qui consiste à mettre une personne en mesure d'atteindre effectivement cette égalité, qui lui est refusée par les mœurs, par la structure de la société ou par l'application de certaines mesures légales ou pratiques administratives.

II. La législation protectrice des travailleuses

De ce point de vue, il convient d'aborder un premier problème, celui de la législation protectrice des travailleuses. Depuis le siècle dernier, le législateur a pris des mesures spéciales de protection des ouvrières. En Angleterre, la loi de 1844 sur les fabriques a réglementé le travail des femmes dans ces établissements tout comme celui des enfants: durée journalière du travail de 12 heures au maximum et interdiction du travail de nuit, alors que de semblables limitations n'étaient pas imposées par la loi à l'égard des hommes adultes. En Suisse, la protection spéciale des femmes a été introduite par la loi fédérale sur le travail dans les fabriques de 1877 et a été maintenue dans la législation actuellement en vigueur, soit la loi sur le travail de 1964 et l'ordonnance d'exécution I de 1966. Ces derniers textes contiennent tout d'abord à l'égard des femmes des dispositions de caractère paternaliste. Non seulement l'employeur doit-il avoir des égards pour la santé des femmes, mais il doit aussi sauvegarder la moralité des femmes tout comme celle des jeunes gens. Les textes en vigueur contiennent ensuite trois catégories de dispositions protectrices.

Les unes s'adressent à l'ensemble des travailleuses visées par la loi; il s'agit des dispositions – d'ailleurs sujettes à de nombreuses exceptions selon les professions, en vertu de l'ordonnance II – qui interdisent aux femmes certains travaux, de celles qui se rapportent à la durée journalière de leur travail et de leur repos, et de celles qui restreignent leur travail nocturne et dominical.

D'autres dispositions sont destinées à la protection des femmes enceintes, de celles qui viennent d'accoucher et de celles qui allaitent: il s'agit donc de mesures de protection de la maternité. Enfin, la loi contient des dispositions destinées à la protection des femmes qui tiennent un ménage où elles vivent avec des proches: ces travailleuses ont droit à une pause plus longue et elles peuvent refuser d'effectuer des heures supplémentaires.

Parmi ces dispositions, certaines ne font l'objet d'aucune contestation quant à leur principe: ce sont celles qui tendent à protéger la maternité: interdiction de certains travaux pour les femmes enceintes et celles qui allaitent, interdiction d'occuper les femmes ayant accouché, et ce pendant six à huit semaines après l'accouchement, faculté pour les femmes enceintes et les mères qui allaitent de ne pas se rendre au travail, interdiction des heures supplémentaires pour les femmes enceintes, etc. Nul ne nie que de telles dispositions sont indispensables pour que puisse être assurée dans les meilleures conditions possibles la maternité et pour que soient sauvegardées la santé de la mère et celle de l'enfant. Mais ce qui est souvent regretté et à juste titre, c'est l'insuffisance de la protection, qui ne correspond pas aux normes internationales, celles-ci pré-

voyant un congé minimum de maternité de douze semaines (convention N° 103 de l'OIT et Charte sociale européenne); c'est aussi le fait qu'il n'existe pas en Suisse de véritable assurance-maternité et que la femme n'est que médiocrement protégée dans son emploi en cas de grossesse.

En revanche, on n'a pas manqué de critiquer, du point de vue de l'égalité des sexes, les dispositions légales qui, ne s'occupant pas spécialement de la protection de la maternité, tendent à protéger la femme comme telle dans la mesure où une semblable protection n'est pas prévue à l'égard de l'homme. Certes, à l'époque où elles ont été introduites, les dispositions de protection des ouvrières n'étaient combattues que par les adversaires de la législation protectrice en général, qui se recrutaient surtout parmi les fabricants. Elles étaient d'ailleurs amplement justifiées par l'exploitation sans frein dont les ouvriers et tout spécialement les ouvrières et les enfants étaient victimes dans les pays industriels, de sorte qu'il ne pouvait s'agir, pour les partisans de la protection des travailleurs, de s'opposer à la protection des ouvrières, particulièrement exposées aux abus et au surmenage, mais bien plutôt de la renforcer, avant de pouvoir l'étendre aux ouvriers. La protection spéciale des travailleuses a fait l'objet de plusieurs conventions internationales. L'une des deux premières conventions internationales du travail conclues à Berne en 1906 – donc avant même la création de l'Organisation internationale du travail – sur l'initiative du gouvernement suisse a été la convention internationale sur l'interdiction du travail de nuit des femmes employées dans l'industrie. L'Organisation internationale du travail a pris le relais du gouvernement suisse et sa Conférence a adopté trois conventions successives sur la même matière, la dernière étant celle de 1948 (convention N° 89), qui a été ratifiée par la Suisse et qui prévoit en principe l'obligation d'accorder aux femmes occupées dans les entreprises industrielles un repos d'au moins 11 heures consécutives pendant la nuit.

Cependant, la justification de ces mesures spéciales de protection du travail féminin en général a, au cours du siècle actuel, fait l'objet d'une contestation croissante, notamment de la part des milieux féminins. Déjà en 1919, lors de l'élaboration du Traité de Versailles qui allait donner naissance à l'Organisation internationale du travail, les représentantes des organisations féminines qui avaient été entendues par la commission de la Conférence des préliminaires de paix chargée de préparer le projet de constitution de l'OIT étaient intervenues pour que, dans le Préambule de la constitution, il ne fût pas question de la protection des femmes, mais seulement de celle de la maternité[7]. Cette proposition fut rejetée par la Commission. Mais le mouvement d'opposition à la protection spéciale des

[7] *BIT*, Bulletin officiel, volume I, 1923, page 166.

femmes se développa au cours des années suivantes, surtout dans les pays nordiques; ce fut tout spécialement ce qu'on appela le mouvement de l'*open door,* de la porte ouverte, qui fit campagne contre cette protection au nom de l'égalité des sexes. Ceci demande explication. On pourrait concevoir que la protection spéciale des femmes entraîne une atteinte au principe de l'égalité en ce sens que l'homme, moins bien protégé, est défavorisé par rapport à la femme. Mais c'est en réalité l'argument inverse que l'on fait valoir. La protection spéciale accordée à la femme peut avoir pour effet de la défavoriser sur le marché du travail.
Karl Marx rapportait déjà qu'à l'introduction de la loi anglaise de 1847 réduisant à 10 heures par jour la durée maximum du travail des femmes, les fabricants congédièrent une partie, parfois la moitié des femmes qu'ils occupaient[8]. En 1919 encore, lors de la Conférence des préliminaires de paix, des représentantes des organisations féminines affirmaient que certaines mesures prises en apparence dans l'intérêt des femmes avaient directement pour conséquence de léser les intérêts de celles-ci; certains travaux interdits aux femmes étaient moins insalubres et mieux payés que certains autres non défendus. Cette argumentation a actuellement plus de poids qu'elle n'en avait à l'époque, où la protection des travailleurs masculins était moins développée, et où le mouvement syndical n'avait généralement pas été en mesure d'obtenir une protection vraiment efficace par la voie de luttes et de négociations collectives. La justification d'une protection spécifique des travailleuses, si même elle n'a pas encore entièrement disparu, est en tout cas actuellement moins évidente qu'elle ne l'était il y a un siècle. Il est certain, en revanche, que cette protection se traduit, dans une certaine mesure, par une limitation des possibilités d'emploi et de promotion professionnelle de la femme et qu'elle sert souvent de prétexte à l'inégalité des salaires.

Le problème du travail de nuit

La question, sinon de la suppression, tout au moins de l'atténuation de la protection spéciale des travailleuses s'est posée récemment en Suisse d'une manière concrète. Le problème en cause était celui de l'interdiction du travail de nuit des femmes dans l'industrie. Non seulement notre pays est lié à cet égard par la convention internationale du travail N° 89, mais il est à l'origine, et est même dépositaire de la convention de 1906. Au moment où la convention N° 89 venait à échéance, il y a quelques années, le gouvernement fédéral s'est demandé s'il ne convenait pas de la dénoncer. Certes, 75 Etats sont encore liés par cette convention ou par celles qui l'ont précédée. Mais d'autres, comme la Grande-Bretagne, l'ont dénoncée. La

[8] Karl *Marx,* Le Capital, édition Costes, Paris 1924, tome II, page 156.

Suisse devait-elle à son tour dénoncer la convention, à défaut de quoi elle se trouvait liée pour une nouvelle période de 10 années, soit jusqu'en 1982? Après avoir consulté la Commission fédérale du travail, le Conseil fédéral a préféré demander au Conseil d'administration du BIT d'entreprendre la revision de la convention.
Il a fait valoir dans ce sens les arguments suivants: il convient de reconsidérer la question du travail de nuit selon une optique globale et de n'interdire ce travail que dans les cas où, en raison des conditions dans lesquelles il s'effectue ou de circonstances personnelles (femmes enceintes, femmes âgées, etc.), il entraîne véritablement des risques plus grands pour la santé de la femme que pour celle de l'homme, aucune distinction ne devant être faite, dans cette optique, entre les entreprises industrielles et non industrielles; d'autre part, la revision de la convention semble s'imposer du point de vue de la non-discrimination, car sur le plan pratique l'interdiction du travail de nuit peut conduire à des discriminations au désavantage des femmes; enfin, d'après l'autorité fédérale, l'évolution technique imposera de plus en plus le travail dans des secteurs auxquels on ne songeait naguère, de sorte qu'il se justifie de reviser la convention.
Saisi de cette proposition, le Conseil d'administration a chargé le BIT de lui présenter un rapport, dont il ressort que, dans les différents pays, les opinions sont très partagées sur ce problème[9]. Dans un certain nombre des pays les plus développés, on considère de plus en plus que des restrictions spéciales initialement destinées à protéger les femmes tendent plutôt actuellement à leur faire subir une discrimination et que, par conséquent, les mêmes normes de protection devraient, dans toute la mesure possible, s'appliquer indistinctement aux travailleurs et aux travailleuses. Il s'agit là d'un principe généralement accepté aux Etats-Unis, où la plupart du temps les lois visant à protéger les femmes par une limitation de leur travail sont considérées comme discriminatoires et contraires à la politique d'égalité de chances, de traitement et de promotion et où la plupart d'entre elles ont été abrogées. En Allemagne, un rapport officiel de 1972 recommande que les femmes soient efficacement protégées dans la mesure où cela continue à être nécessaire pour des raisons impératives de médecine professionnelle, mais il préconise l'abolition de toutes les interdictions et limitations qui ont perdu leur raison d'être. Des prises de position semblables sont notées en Finlande, au Canada, en Suède et au Danemark. En revanche, des mesures protectrices peuvent sans doute être considérées comme nécessaires dans les pays peu développés et notamment dans les pays où, d'une façon générale, la protection des tra-

[9] Cf. N. *Valticos*, Les effets des conventions internationales du travail en Suisse, *in* Mélanges offerts à la Société suisse des juristes, Genève 1976, page 341.

vailleurs n'a pas encore atteint un niveau suffisant[10]. Dans une résolution qu'elle a adoptée au cours de sa session de 1975, la Conférence internationale du travail s'est exprimée d'une façon très prudente sur ce problème. Elle a considéré que des mesures devraient être prises pour revoir, à la lumière des connaissances scientifiques les plus récentes et de l'évolution technique, toute la législation protectrice s'appliquant uniquement aux femmes et pour reviser, étendre à tous les travailleurs, compléter, maintenir ou abroger cette législation selon les besoins et les circonstances de chaque pays, ces mesures devant tendre à améliorer la qualité de la vie. D'autre part, une étude médicale, à laquelle a fait procéder le Bureau international du travail, a abouti à la conclusion qu'il n'existe pas de contre-indication générale, physiologique ou médicale, au travail des femmes pendant la nuit, le problème de la grossesse étant réservé, mais que le travail de nuit peut être nuisible d'une façon générale aux hommes comme aux femmes. Dans ces conditions, le problème de la revision de la convention interdisant le travail de nuit des femmes dans l'industrie n'est toujours pas résolu et demeure à l'étude.

III. L'égalité de rémunération

Mais parmi les problèmes qui, en cette matière de l'égalité des sexes dans le droit du travail, ont fait l'objet de l'attention la plus soutenue, il convient naturellement de citer tout spécialement celui de l'*égalité de rémunération*. On a vu, à l'occasion de l'examen de la législation protectrice des travailleuses, que l'existence de cette législation peut avoir aussi des incidences sur l'égalité des salaires. Dans aucun pays sans doute, actuellement encore, le travail de la femme n'est, dans l'ensemble, rémunéré au même niveau que celui de l'homme. Certes, dans beaucoup de pays, des progrès constants dans l'assimilation des sexes en matière de rémunération sont effectués, mais cette assimilation n'est pas entièrement réalisée. Cette disparité existe en Suisse comme ailleurs. Dans l'industrie, les gains moyens des femmes atteignent $^2/_3$ de ceux des hommes. Certaines conventions collectives font encore des différences entre les salaires masculins et les salaires féminins. Certaines législations cantonales aussi. Et alors même que la différence n'apparaît pas dans les textes, elle apparaît dans les faits.
Cependant, l'égalité des salaires est postulée par plusieurs instruments internationaux. C'est tout d'abord le Traité de Versailles, en 1919, qui a inscrit dans les principes généraux dont l'application était recommandée aux Etats membres de l'OIT «le principe du salaire égal, sans distinction de sexe, pour un travail de valeur

[10] Cf. *Conférence internationale du travail,* 60e session 1975. Rapport VIII: Egalité de chances et de traitement pour les travailleuses, Genève 1974, pages 51 ss.

égale», ce principe ayant été repris dans la constitution de l'OIT revisée en 1946. La Déclaration universelle des droits de l'homme a proclamé, à son article 23, que «tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal». La Conférence internationale du travail a adopté en 1951 la fameuse convention N° 100 sur l'égalité de rémunération, accompagnée d'une recommandation sur le même objet, et en 1958 la convention N° 111, consernant la discrimination dans l'emploi et la profession, également accompagnée d'une recommandation. La Suisse a ratifié les conventions 100 et 111 et est donc actuellement liée par elles. On se souvient d'ailleurs des péripéties par lesquelles a passé le problème de la ratification de la convention 100. Après avoir, sur la proposition du Conseil fédéral, été rejetée par les Chambres en 1963, c'est en 1972 seulement, après des prises de position diverses du gouvernement, et après un second refus du Conseil des Etats, que la ratification a finalement été votée par les deux Chambres.
Ainsi donc, il a fallu vingt années au Parlement fédéral pour admettre que notre pays se lie par cette convention, dont, cependant, la portée apparaît assez modeste. Pendant toute cette période, le problème a fait l'objet de vives discussions dans les milieux économiques et politiques, les organisations patronales s'étant prononcées contre la ratification, tandis que les organisations syndicales la prônaient. Les arguments les plus divers avaient été présentés contre le principe de l'égalité des salaires. C'est ainsi qu'en 1960 un économiste bien connu a publié une étude dans laquelle il était argumenté qu'une égalisation des salaires féminins aux salaires masculins serait susceptible d'entraîner des conséquences néfastes pour la société, car elle inciterait les femmes particulièrement capables à renoncer au mariage et à la maternité. D'autres femmes, qui seraient écartées de leur activité productive parce que leurs prestations seraient inférieures à celles des hommes, pourraient être disponibles pour le mariage, d'où il résulterait une baisse du «niveau de qualité» des femmes mariées et des mères, de sorte que la considération sociale due aux ménagères et aux mères de famille en serait atteinte et le patrimoine global de la population pourrait en subir à la longue les effets[11].
Mais, en cette matière comme dans celle de l'accès des femmes aux professions ou dans celle du suffrage féminin, l'évolution est irréversible. Aujourd'hui, en 1977, nul ne soutiendrait sans doute une argumentation de cette nature. S'il existe encore une vive opposition à l'adoption de mesures tendant à réaliser l'égalité des salaires, bien peu nombreux sont ceux qui aujourd'hui déclarent s'opposer au *principe* de cette égalité, dont le bien-fondé est actuellement admis dans le monde entier.

[11] Emil *Küng,* Gleicher Lohn für gleiche Leistung? *Wirtschaft und Recht* 1960, pages 235 et ss.

Quelles sont donc les obligations qui découlent pour la Suisse des conventions 100 et 111? La convention 100 s'occupe spécifiquement de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, et c'est là son seul objet, tandis que la convention 111 est destinée à combattre toute discrimination dans l'emploi et la profession, qu'il s'agisse d'une discrimination en matière de salaire ou dans la formation professionnelle, l'accès à la profession, l'emploi, etc., c'est-à-dire dans tout le domaine du droit du travail; de plus, elle ne s'applique pas seulement aux discriminations basées sur le sexe, mais aussi à celles basées sur la race, la couleur, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale. Il n'en demeure pas moins qu'elle joue un rôle particulièrement important dans la solution des problèmes touchant la discrimination basée sur le sexe.

L'objectif de la convention 100, nous l'avons dit, est modeste. L'engagement essentiel assumé par les Etats liés par elle est celui qui résulte de l'article 2, paragraphe 1er: «Chaque membre devra, par des moyens adaptés aux méthodes en vigueur pour la fixation des taux de rémunération, encourager et, dans la mesure où ceci est compatible avec lesdites méthodes, 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.» Donc, tout ce qu'on demande à l'Etat, c'est d'*encourager* l'application du principe par des moyens adaptés aux méthodes en vigueur, et dans la mesure seulement où ceci est compatible avec ces méthodes, d'*assurer* l'égalité. La convention 100 n'oblige dès lors l'Etat à assurer l'égalité des salaires que lorsque et dans la mesure où cet Etat a une influence déterminante sur cette fixation, ce qui – sauf naturellement pour les emplois publics – n'est guère le cas en Suisse[12]. La convention ajoute d'autre part que lorsque de telles mesures seront de nature à faciliter son application, des mesures doivent être prises pour encourager l'évaluation objective des emplois sur la base des travaux qu'ils comportent (art. 3).

En application de la convention 100, la Confédération doit donc réaliser, dans la mesure où cela n'aurait pas encore été effectué, l'égalité des salaires dans les emplois qui dépendent du pouvoir fédéral, c'est-à-dire notamment dans l'administration fédérale et les régies fédérales. Quant à l'application de la convention aux administrations cantonales, l'Etat fédéral devrait, aux termes de la constitution de l'OIT, dans la mesure où une législation fédérale à

[12] Voir sur cette convention: M. *Budiner,* Le droit de la femme à l'égalité de salaire et la convention N° 100 de l'OIT, Paris 1975.

ce sujet n'est pas possible ou pas appropriée[13], prendre contact avec les gouvernements cantonaux pour les inviter à soumettre la convention à leurs parlements respectifs et développer, en accord avec ces gouvernements cantonaux, une action coordonnée destinée à donner effet aux dispositions de la convention. Une telle démarche n'a pas été accomplie. Le Département fédéral de l'économie publique a cependant, par une circulaire du 13 septembre 1973, recommandé aux gouvernements cantonaux d'appliquer les principes de la convention. Enfin, en ce qui concerne l'économie privée, la Confédération n'a, dans l'état actuel de la législation, que des pouvoirs très limités. De tels pouvoirs existent seulement dans la mesure où il est demandé à l'autorité fédérale de prononcer l'extension d'une convention collective de travail; elle ne peut décréter une telle extension lorsque la convention collective en cause prévoit des salaires différents pour les hommes et pour les femmes. C'est ainsi que le Conseil fédéral a, sur la base déjà de la convention 111, qui a été ratifiée avant la convention 100, refusé d'étendre l'application d'une convention collective conclue dans la coiffure. De même, le Conseil fédéral, à qui il appartient d'approuver les décisions d'extension prises par les autorités cantonales, ne saurait donner son approbation à une décision étendant une convention cantonale comportant une inégalité des salaires. L'autorité fédérale ne peut non plus prévoir une telle inégalité dans un contrat-type de travail, ni, dans le travail à domicile, fixer des salaires inégaux. Pour le surplus, le gouvernement doit encourager l'application du principe de l'égalité de rémunération; toutefois, les méthodes en vigueur en Suisse ne le permettant pas, il ne peut l'imposer à l'économie privée mais seulement la recommander, ce qu'il a fait par une circulaire datée également du 13 septembre 1973.

Quant à la convention concernant la discrimination, elle est plus souple en un sens en ce qu'elle n'oblige pas les Etats qui y ont adhéré à supprimer immédiatement cette discrimination dans quelque domaine que ce soit. Elle est en revanche plus exigeante en un autre sens, car elle exige de la part de chaque Etat un certain dynamisme; il doit formuler et appliquer une politique nationale tendant à éliminer toutes discrimination, mais, tout comme dans la convention 100, cet engagement est assorti de réserves, la politique qu'il doit appliquer pouvant se servir de méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux.

Telles sont donc les deux conventions par lesquelles, dans le domaine qui nous intéresse, la Suisse est actuellement liée.

Le Traité de Rome

Mais ces instruments sont loin d'être les seuls en la matière, car dans toutes les organisations internationales le problème de l'égalité

[13] Article 19, paragraphe 7, lettre *b* de la constitution.

des salaires entre hommes et femmes est considéré comme l'un des problèmes essentiels qui se posent actuellement sur le plan social. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, auquel la Suisse a été invitée à adhérer, dispose notamment à son article 7 que les femmes doivent recevoir la même rémunération que les hommes pour un même travail.

Le problème de l'égalité des salaires préoccupe depuis de nombreuses années les organes de la Communauté économique européenne. L'une des rares dispositions du Traité de Rome, de 1957, touchant le plan social, l'article 119, dispose que chaque Etat membre assure au cours de la première étape et maintient par la suite l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail; il ajoute que cette égalité de rémunération implique que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure et que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail[14]. Cette disposition a fait l'objet de nombreuses difficultés. Il a été constaté à diverses reprises que, malgré les termes impératifs du traité, l'égalité réelle des salaires n'avait été réalisée dans aucun des Etats membres. D'autre part, il y avait lieu de résoudre des divergences d'interprétation.

En 1960, la commission de la Communauté adressa aux gouvernements des Etats membres une recommandation leur demandant d'assurer la réalisation de l'égalité de rémunération dans le secteur privé de l'économie nationale avant le 30 juin 1961 : le président de la commission ajoutait cependant, dans sa lettre de transmission, que le problème de la valeur égale de postes différents de travail restait en dehors du champ d'application de l'article 119.

Mais cette recommandation n'aboutit pas à des résultats tangibles, et le problème fut soumis à une «Conférence des Etats membres» de la CEE qui, le 30 décembre 1961, a décidé que chacun de ces Etats engagerait, avant le 31 décembre 1961 (soit le lendemain!), cette date étant l'échéance de la première étape prévue par le Traité de Rome, les procédures appropriées en vue d'assurer aux travailleurs féminins l'application du principe de l'égalité des rémunérations par rapport aux travailleurs masculins, de telle façon que ce principe soit susceptible d'être protégé par les tribunaux. Elle a fixé un calendrier d'après lequel toutes les discriminations devraient être complètement éliminées avant le 31 décembre 1964. La résolution donne ensuite l'exemple de toute une série de cas

[14] Voir B. *Knapp,* L'égalité de rémunération des travailleurs masculins et féminins dans la CEE et en Suisse, rapport N° 3 du Centre d'études juridiques européennes de Genève. Evelyne *Sullerot*, L'égalité de rémunération entre hommes et femmes dans les Etats d'Europe membres de la CEE, *Revue internationale du travail,* volume 112, 1975, pages 99 ss.

dans lesquels les différences de rémunération doivent être éliminées; les Etats membres reconnaissent en même temps que sont incompatibles avec le principe d'égalité de rémunération les pratiques qui consistent dans le déclassement systématique des travailleurs féminins, dans l'adoption de règles de qualification différentes pour les hommes et pour les femmes et dans une utilisation de critères d'évaluation des fonctions pour le classement des travailleurs, qui soit sans rapport avec les conditions objectives d'exercice desdites fonctions.

Enfin, le 10 février 1975, le Conseil des Communautés européennes a adopté une directive concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins.

Selon cette directive N° 75/117, qui a un caractère impératif, le principe de l'égalité des rémunérations implique, pour un même travail *ou pour un travail auquel est attribué une valeur égale,* l'élimination, dans l'ensemble des éléments et conditions de rémunération, de toute discrimination fondée sur le sexe. Les Etats membres doivent introduire dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à tout travailleur qui s'estime lésé par la non-application du principe de l'égalité des rémunérations de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle. Les Etats membres doivent aussi prendre les mesures nécessaires pour garantir l'application du principe et s'assurer de l'existence de moyens efficaces permettant de veiller à son respect.

Plus récemment encore, le 8 avril 1976, dans un arrêt Defrenne c. Sabena, à l'occasion d'un litige qui opposait à la Sabena une ancienne hôtesse de l'air se plaignant d'avoir été discriminée par rapport à ses collègues masculins, la Cour de justice des Communautés européennes a statué notamment que le principe de l'égalité des rémunérations résultant de l'article 119 du Traité de Rome peut être invoqué directement devant les juridictions nationales sur la seule base du Traité, en tout cas en ce qui concerne les discriminations qui ont directement leur source dans des dispositions législatives ou des conventions collectives de travail, ainsi que dans le cas d'une rémunération inégale de travailleurs féminins et de travailleurs masculins pour un même travail lorsque celui-ci est accompli dans un même établissement ou service, même lorsqu'elle résulte de contrats conclus entre particuliers.

La Charte sociale européenne

Autre instrument international qui postule la réalisation de l'égalité des salaires: la Charte sociale européenne, adoptée en 1961 par le Conseil de l'Europe, et intéressant directement notre pays, qui, en

sa qualité de membre du Conseil de l'Europe, a signé la Charte et se prépare à la ratifier. D'après l'article 4, paragraphe 3, de cet instrument, les parties contractantes s'engagent «à reconnaître le droit des travailleurs masculins et féminins à une rémunération égale pour un travail de valeur égale». Il est ajouté que l'exercice de ce droit doit être assuré soit par voie de conventions collectives librement conclues, soit par des méthodes légales de fixation des salaires, soit de toute autre manière appropriée aux conditions nationales.

Il existe ainsi, sur le plan mondial et sur le plan européen, plusieurs instruments internationaux qui n'ont pas exactement le même contenu, la même portée ni la même efficacité. La Charte sociale européenne, à l'instar de la convention N° 100, dont elle a repris les termes, parle comme elle de l'égalité de rémunération non pas seulement pour un même travail, mais pour un travail de valeur égale. Cette même formule, qui ne figure pas dans le traité de Rome, a été inscrite dans la directive N° 117 du 10 février 1975 du Conseil des Communautés européennes, de sorte que l'une des difficultés d'interprétation de l'article 119 du Traité de Rome qui existait auparavant a été éliminée.

Le comité d'experts indépendants, qui est chargé, en vertu de la Charte sociale, d'examiner les rapports présentés sur l'application de cet instrument par les différents Etats, a considéré que la disposition de l'article 4, paragraphe 3, oblige les Etats contractants qui l'ont acceptée à reconnaître non seulement en droit, mais également en fait le principe de l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale. La Charte sociale, a-t-il dit, va plus loin que la convention 100, car elle comporte expressément l'engagement de reconnaître un droit, et l'obligation d'assurer l'exercice de ce droit revêt dans la Charte un caractère absolu. Pour déterminer si le droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale est respecté, il y a lieu d'appliquer deux critères: le premier est celui de voir si en droit et en fait un salaire égal est garanti pour un travail égal, le second de voir si pour parvenir à l'égalisation des rémunérations pour des travaux de valeur comparable, l'Etat établit qu'il a pris des mesures adéquates dont la nature est laissée à l'appréciation de l'Etat concerné; mais lorsque, dans un secteur quelconque de l'économie, l'égalité n'est pas réalisée, il lui appartient de prendre des mesures juridiques pour imposer cette égalité et d'élaborer des critères objectifs destinés à être appliqués dans la détermination de la notion d'égalité de valeur du travail[15].

Certains Etats ont marqué leur désaccord avec cette interprétation, déclarant qu'ils ne voyaient pas pourquoi il faudrait donner à

[15] *Comité d'experts indépendants de la Charte sociale européenne*, Conclusions I, page 29; Conclusions II, page 18; Conclusions III, page 28.

l'article 4, paragraphe 3, de la Charte sociale une portée différente de celle de la convention 100. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a, en ce qui la concerne, donné raison au comité d'experts, affirmant que les dispositions de la Charte ne sont pas en principe une simple répétition d'engagements contenus dans d'autres instruments juridiques conventionnels appliqués dans un autre contexte, liant un groupe d'Etats différents et se plaçant dans des conditions politiques autres que celui formé par les Etats contractants de la Charte[16]. Le Comité des ministres, organe supérieur du Conseil de l'Europe, ne s'est jamais prononcé formellement à ce sujet, mais il est évident que l'interprétation du Comité d'experts indépendants apparaît juridiquement inattaquable.

La situation dans quelques pays

Si le principe de l'égalité de rémunération est posé par les différents instruments internationaux que nous avons passés en revue, il est aussi consacré dans le droit interne de nombreux Etats par des dispositions constitutionnelles ou législatives. On a vu que la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne proclame le principe de l'égalité des sexes, qui figure également au paragraphe 75 de la loi sur l'organisation des entreprises *(Betriebsverfassungsgesetz).* Les tribunaux ont eu maintes fois l'occasion d'appliquer le principe en matière d'égalité de rémunération. En vertu de l'article 1er, paragraphe 3, de la loi fondamentale, aux termes duquel les droits fondamentaux énoncés dans cette loi lient directement le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et les tribunaux, le Tribunal fédéral du travail a statué que le principe d'égalité des hommes et des femmes est une norme juridique qui englobe le principe de l'égalité de rémunération. Dès lors, tant dans les services publics que dans les normes fixées par les conventions collectives, toute discrimination de sexe est interdite (arrêt du 15 janvier 1955). En ce qui concerne l'application du même principe aux contrats individuels, la situation était jusqu'ici moins claire, la doctrine étant divisée. Cependant, en 1973, le Tribunal fédéral du travail a rendu un arrêt consécutif aux réclamations d'ouvrières turques qui recevaient toutes 20 pfennigs de moins à l'heure qu'un manœuvre masculin faisant le même travail; il a considéré, alors même que les parties n'étaient pas liées par convention collective, qu'il y avait discrimination, et il a accordé aux ouvrières la différence de salaire réclamée[17]. Dans un arrêt rendu en 1974, le même Tribunal a décidé qu'un employeur ne pouvait verser des allocations volontaires à une

[16] Avis de l'Assemblée N° 57 (1971).

[17] Cf. M. *Löwisch,* Welche rechtlichen Massnahmen sind vordringlich, um die tatsächliche Gleichstellung der Frauen mit den Männern im Arbeitsleben zu gewährleisten? *Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages* 1974, volume I, page D 73.

partie de son personnel en n'en versant aucune aux femmes[18]. Actuellement, la controverse apparaît dépassée à la suite de l'arrêt de 1976 de la Cour de justice des Communautés européennes.
En Italie, en vertu du principe de l'égalité des salaires proclamé à l'article 37 de la constitution, la Cour de cassation, dans un arrêt de 1960, confirmé depuis lors à de nombreuses reprises, a déclaré que ce principe était directement applicable aux rapports de droit privé, que le salaire soit fixé par une convention collective ou par un contrat individuel.
En France, c'est la loi du 22 décembre 1972 relative à l'égalité de rémunération, incorporée dans le code du travail aux articles L. 140–2 à L. 140–8, qui réglemente la matière. Selon ces dispositions, tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. Toute disposition figurant dans un contrat de travail, une convention collective, un accord de salaires, un règlement ou barème de salaires résultant d'une décision d'employeur ou d'un groupement d'employeurs et qui comporte une infraction à ce principe est nulle et la rémunération plus élevée dont bénéficient les travailleurs du sexe plus favorisé est substituée de plein droit à celle que comportait la disposition entachée de nullité. La femme (mais aussi, le cas échéant, l'homme) qui se sent discriminée peut s'adresser au délégué du personnel puis à l'inspecteur du travail, qui fait procéder à une enquête. Si un accord amiable ne peut être obtenu, l'intéressée peut s'adresser aux tribunaux. L'employeur fautif peut être condamné à l'amende et en cas de récidive à une peine d'emprisonnement (Code du travail, art. R. 154–0)[19].
Mais les pays qui nous entourent ont été devancés sur bien des points par les Etats-Unis d'Amérique, dont la loi sur l'égalité de rémunération *(Equal Pay Act)* de 1963 a servi de modèle aux autres pays. En vertu de cette loi, la Division des salaires et de la durée du travail du Département du travail procède d'elle-même à des enquêtes dans les entreprises ou donne suite aux plaintes qui lui sont adressées, même sur simple appel téléphonique. Elle peut agir directement en justice contre l'employeur qui a commis une discrimination selon le sexe en matière de salaire. Cet employeur pourra être condamné à payer la différence de salaire, même rétroactivement pour deux ou trois années, ainsi qu'une somme égale à titre de dommages-intérêts. Sont cependant exceptées de l'application de la loi un certain nombre de catégories de travailleurs, comme les employés de certains commerces, certains employés de maison, les babysitters, etc. D'autres moyens d'action sont ceux qu'offre la loi de 1964 sur les droits civils *(Civil Rights Act)*, qui interdit toute

[18] *Recht der Arbeit*, 1975, page 145.
[19] Cf. M. *Devaud*, Les obstacles à l'application de la loi sur l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, *Droit social*, 1976, N° 1, page S 39.

discrimination selon le sexe, non seulement quant au salaire, mais à tous points de vue (engagement, promotion, licenciement, etc.); elle ne concerne cependant, principalement, que les entreprises occupant au moins 15 employés; la Commission de l'égalité des chances dans l'emploi *(Equal Employment Opportunity Commission)* créée par la loi, peut aussi agir en justice en faveur du plaignant. Un décret de 1968 permet encore d'agir contre les entreprises bénéficiant de commandes du gouvernement fédéral et pratiquant une discrimination selon le sexe[20].

La Grande-Bretagne a adopté une législation analogue à celle des Etats-Unis. Cette législation comprend la loi de 1970 sur l'égalité de rémunération *(Equal Pay Act)* et la loi de 1975 sur la discrimination selon le sexe *(Sex Discrimination Act)*. La première de ces lois prévoit l'égalité de rémunération des travailleurs des deux sexes accomplissant un travail similaire ou d'une valeur équivalente; les réclamations sont soumises au tribunal du travail *(Industrial Tribunal)* par l'intéressé voire même, le cas échéant, par le ministère de l'emploi. La seconde loi assure l'égalité des sexes aux demandeurs d'emploi comme aux salariés, tout en interdisant les pratiques discriminatoires dans d'autres domaines (enseignement, logements, etc.) et crée une commission de l'égalité des chances *(Equal Opportunities Commission)*, qui peut procéder à des enquêtes, à des sommations, le cas échéant s'adresser à un tribunal pour qu'il prononce une injonction.

En Suisse

En Suisse, le principe d'égalité est proclamé par l'article 4 de la constitution: tous les Suisses sont égaux devant la loi. Mais l'égalité devant la loi ainsi proclamée s'étend-elle aussi à l'égalité des sexes, et dans quelle mesure s'y étend-elle? La première phrase de l'article 4, dont la teneur vient d'être rappelée, est suivie d'une deuxième, aux termes de laquelle il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles. Cette énumération ne comporte pas la mention du sexe. L'article 4 de la constitution de 1874 a été repris textuellement de celle de 1848; si les constituants n'ont pas parlé des privilèges du sexe, c'est qu'à l'époque il n'était pas question de les abolir. Il n'a certes pas été dit, mais il a été sous-entendu que l'égalité des droits, qui était conçue à l'époque comme une égalité avant tout politique, ne concernait que les hommes. Les femmes en étaient exclues[21], et c'est pourquoi le droit de vote leur était refusé. C'est pourquoi aussi il a été possible au Tribunal fédéral, en 1886, de justifier le traitement inégal des sexes. La situation, actuellement, n'est plus la même. L'article 4 de

[20] Cf. *United States Commission on Civil Rights*, A Guide to Federal Laws and Regulations prohibiting Sex Discrimination, Washington 1976.

[21] Cf. W. *Kägi*, Le droit de la femme suisse à l'égalité politique, Genève 1956, pp. 17 ss.

la Constitution fédérale est devenu un principe régissant l'ensemble des règles de droit. L'Etat de droit ne peut restreindre à une partie seulement des sujets de droit l'application du principe fondamental de l'égalité de droit et de l'interdiction du déni de justice formel et matériel qui en découle (*ATF* 93 I 3, arrêt du 15 mars 1967). C'est un principe qui s'impose aussi bien au législateur fédéral et cantonal qu'aux autorités chargées d'appliquer la loi. D'après la formule bien connue, la loi contrevient à l'article 4 Cst lorsqu'elle viole la règle selon laquelle ce qui est égal doit être traité d'une façon égale, et ce qui est inégal doit l'être d'une façon différente en fonction de l'inégalité constatée (*ATF* 94 I 654, 93 I 4, 90 I 162). Dans l'arrêt Roeder, le Tribunal fédéral a constaté que l'appartenance au sexe féminin ne pouvait plus être un motif d'exclusion du barreau. Et si le Tribunal fédéral, dans ses décisions relatives au droit de vote des femmes, a, en 1928 et en 1957, statué qu'il ne pouvait introduire le suffrage féminin par interprétation de la constitution, ce n'est pas qu'il ait encore considéré à l'époque qu'un tel droit ne pouvait être déduit de l'article 4 Cst, mais bien parce que la matière était régie par une autre disposition constitutionnelle, l'article 74, ou par des dispositions constitutionnelles cantonales, que le législateur historique avait conçues à l'intention des seuls hommes.
Quant au problème des salaires, la convention N° 100 ne fait en Suisse, en ce qui concerne la rémunération des travailleurs de la fonction publique, que confirmer ce qui résultait déjà de l'application de l'article 4 Cst, à savoir l'interdiction de toute discrimination entre hommes et femmes. Les arguments qui ont cependant été opposés à l'application du principe de l'égalité dans la rémunération ne résistent évidemment pas à l'examen.

Des hommes et des femmes

On a déclaré en effet qu'il existait en cette matière d'importantes différences entre les deux sexes, en ce sens que les femmes auraient un rendement inférieur à celui des hommes, qu'elles exigeraient une surveillance accrue, qu'elles ne peuvent être occupées à tous les postes de travail, qu'elles sont plus souvent absentes de leur travail et qu'elles quittent leur emploi au moment où elles se marient. A supposer même qu'en ce qui concerne la majorité des femmes, ces analyses soient exactes, cela ne saurait en tout cas justifier le paiement d'une rémunération moindre pour la femme que pour l'homme. A cet égard, comme en matière d'accès aux professions, il n'y a pas l'homme et la femme; il y a *des* hommes et *des* femmes. Nul ne prétendra que, nécessairement, toute femme a un rendement inférieur à celui de n'importe quel homme, que toute femme quitte la vie professionnelle plus vite que l'homme, que toute femme exige une surveillance accrue par rapport à n'importe quel homme. Il y a nombre de femmes qui ont un rendement supérieur à celui de

nombre d'hommes; il y a beaucoup de femmes célibataires, qui n'ont pas d'enfants et qui consacrent toute leur vie à un travail professionnel. Le Traité de travail italo-suisse conclu en 1964, comme le Traité de travail hispano-suisse conclu en 1961, prévoit que les travailleurs italiens et espagnols immigrés en Suisse doivent bénéficier des mêmes conditions de travail et de rémunération que les travailleurs suisses. Le traité conclu avec la France en 1946 prévoit quant à lui que les travailleurs immigrés doivent recevoir à travail égal une rémunération égale à celle des travailleurs de même catégorie employés dans la même entreprise ou, à défaut, la rémunération normale et courante des travailleurs de même catégorie dans la région. Dira-t-on que ces dispositions ne sont pas équitables si, par hypothèse, l'on s'aperçoit qu'en moyenne les travailleurs italiens, espagnols ou français auraient un rendement inférieur aux travailleurs suisses? On pourrait alors aussi faire la même recherche pour les travailleurs appenzellois ou tessinois, et les rémunérer le cas échéant à un tarif inférieur en raison de leur origine.
Aucune des considérations qui ont été émises pour justifier l'inégalité des salaires ne s'applique à toutes les femmes. Si les femmes sont souvent absentes de leur travail pour des raisons de santé, il y a aussi des hommes de santé déficiente, mais ils ne sont pas rémunérés à un tarif inférieur; si les femmes doivent s'absenter en raison de la maternité, les hommes doivent le faire tout autant pour remplir leurs obligations militaires. Si dès lors, l'on applique les critères que la jurisprudence a définis dans l'application de l'article 4 Cst, les barèmes différentiels de salaires pour les hommes et pour les femmes qui existent encore dans certains cantons et que l'on s'accorde à considérer comme étant le résultat de préjugés ancestraux[22] devraient être considérés comme constituant une inégalité de traitement contraire à l'article 4 Cst.

L'économie privée

Mais qu'en est-il de l'économie privée? Ni la convention 100, ni la convention 111, ni l'article 4 Cst ne peuvent être invoqués pour obtenir par le recours à une autorité judiciaire que les femmes reçoivent dans les entreprises privées une rémunération égale à celle qui est attribuée aux hommes. En effet, d'après la jurisprudence, les droits constitutionnels n'ont en principe pas d'effets horizontaux, c'est-à-dire qu'ils ne régissent que les rapports de l'individu avec l'Etat, mais non les rapports des individus entre eux[23]. Dans la mesure où les salaires sont fixés par une convention

[22] Cf. *Küng*, loc. cit., page 233.
[23] Un courant doctrinal important tend cependant à admettre que les droits constitutionnels peuvent exercer un effet réflexe sur les rapports entre particuliers; voir parmi d'autres L. *Wildhaber*, Gedanken zu Rassendiskriminierung, Rechtsgleichheit und Drittwirkung im schweizerischen Recht, *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung*, 1971, pages 466 et 467.

de droit privé, ils ne sont régis que par les règles du droit privé. Ces règles n'imposent pas à l'employeur l'obligation d'observer le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes. L'article 19 du code des obligations institue le principe de la liberté des contrats, qui n'est limité en principe que par les restrictions mentionnées à l'alinéa 2 de cet article 19, ainsi qu'aux articles 20 et 21, soit par les règles de droit strict, dont il n'existe aucune en l'espèce, par l'interdiction des clauses contractuelles contraires aux mœurs et par les règles applicables à la lésion. Sauf cas exceptionnels, le paiement de salaires différentiels ne tombe donc pas, d'après la jurisprudence actuelle, sous le coup de ces dispositions légales. Il en résulte que la Suisse ne connaît pas, contrairement à beaucoup d'autres pays, de dispositions interdisant le paiement de salaires inégaux dans l'économie privée lorsque l'inégalité est fondée sur le sexe. Tous les Etats membres du Marché commun ont introduit de telles dispositions dans leur législation, ce qu'ils étaient tenus de faire en vertu de l'article 119 du Traité de Rome et de la directive 75/117 du Conseil des Communautés[24]. Plusieurs autres Etats membres du Conseil de l'Europe ont accepté l'article 4, paragraphe 3, de la Charte sociale européenne. Des dispositions de cette nature devraient en Suisse être introduites dans la législation ou par la voie d'une revision constitutionnelle, comme le propose la commission d'experts pour la revision totale de la Constitution fédérale qui, dans l'article 7 du texte qu'elle a élaboré, prévoit que «les hommes et les femmes ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale» et qui a précisé, dans l'article 6 de ce même projet, que «les droits fondamentaux doivent être appliqués par analogie dans les rapports entre particuliers». Une disposition analogue figure dans l'initiative populaire pour l'égalité des droits entre hommes et femmes, déposée récemment en Chancellerie fédérale.

Mais poser le principe est une chose. Le réaliser en est une autre. Que signifie travail égal ou d'une valeur égale? Lorsque, dans une entreprise ou dans une convention collective, on prévoit des tarifs de salaires différents pour les hommes et les femmes qui accomplissent un même travail, il est facile de rectifier le salaire des femmes en leur allouant celui qui est attribué aux hommes. Il est plus difficile de résoudre le problème lorsqu'il s'agit de travaux différents. Pour faire disparaître la discrimination dans les salaires, on doit rechercher tout d'abord la cause des différences constatées dans les rémunérations: ces différences ne résident pas toutes dans le fait que, pour un travail de valeur égale, les femmes sont rémunérées à un tarif inférieur à celui des hommes. D'une façon générale, les femmes obtiennent plus difficilement que les hommes des postes

[24] *Communautés européennes,* Exposé sur l'évolution de la situation sociale dans les Communautés en 1976, Bruxelles-Luxembourg 1977, page 112.

de responsabilité et leur niveau de formation est souvent moindre que celui des hommes. Tout cela se traduit par une plus faible rémunération. On a d'autre part constaté en France que les salaires sont plus bas dans les branches et les postes à prédominance de main-d'œuvre féminine; dans les industries où les femmes sont majoritaires, les gains des femmes qualifiées ne parviennent parfois même pas au niveau des gains des non-qualifiées dans les industries où les hommes prédominent largement. A qualification égale, les salaires féminins sont plus élevés dans les branches mixtes et même dans les ateliers mélangeant hommes et femmes que dans les branches ou ateliers exclusivement féminins. Plus une branche se féminise, moins le salaire est élevé. De plus, la féminisation des spécialités va de pair avec un niveau moindre de rémunération à un niveau de diplôme égal[25].

Les remèdes

Quels sont dès lors les remèdes à cette situation? Ils sont de nature diverse. Il s'agit d'améliorer l'orientation scolaire et professionnelle ainsi que la formation professionnelle des femmes et d'éliminer les discriminations dans l'emploi. Mais il s'agit aussi d'établir des critères objectifs permettant de fixer l'échelle des rémunérations. Depuis avant la guerre déjà, aux Etats-Unis notamment, on a commencé à mettre au point des méthodes d'évaluation du travail *(job evaluation)* qui permettent, à l'aide de systèmes de coefficients ou de points, de prendre en considération les différentes caractéristiques d'un travail donné, un certain nombre de points étant par exemple attribués à chacune de ces caractéristiques, comme les conditions de travail, les risques d'accidents, la dextérité, la fatigue physique qu'entraîne le travail, le jugement, le degré de responsabilité, l'initiative, etc. C'est d'ailleurs un système qui est actuellement utilisé en Suisse, en vue notamment de la classification des emplois publics.

IV. Autres inégalités

L'examen du problème de l'égalité des salaires a permis de constater la liaison étroite qui existe entre les différents aspects du problème de l'égalité des sexes en droit du travail. On a vu que parmi les facteurs qui font obstacle à l'égalisation des salaires, il convient de citer les inégalités dans la *formation professionnelle,* dans l'*accès à l'emploi* et dans la *promotion dans l'emploi.* Ce sont là des problèmes importants qui doivent être résolus pour eux-mêmes, et non seulement pour la réalisation de l'égalité des salaires. En somme, la

[25] *Ministère du travail, Comité du travail féminin,* Bilan de l'application de la loi du 22 décembre 1972 sur l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, Paris 1976, page 17.

lutte pour la réalisation de l'égalité forme un tout: elle comporte différents éléments qui se conjuguent entre eux et dont la conjonction est nécessaire pour que l'on puisse parvenir à la réalisation du principe de l'égalité des sexes en droit du travail, principe dont la réalisation complète englobe tous les aspects qui viennent d'être mentionnés. C'est pourquoi, dans nombre de pays, des mesures juridiques sont-elles prises dans ces différents domaines. Si le Conseil des Communautés européennes a arrêté en 1975 une directive relative à l'égalité des rémunérations, il l'a complétée par une directive nouvelle, du 9 février 1976, N° 76/207, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. Selon cette directive, les Etats membres de la Communauté doivent, dans le délai de 30 mois, mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour mettre fin à toute discrimination dans ces différents domaines et pour introduire dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard du principe de l'égalité de traitement de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle. On a vu qu'une telle législation existe déjà aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne. En France, la loi du 11 juillet 1975 a introduit dans le code pénal, par modification de l'article 416, l'interdiction de la discrimination, notamment en matière d'embauchage et de licenciement, tant en raison du sexe que de l'origine, de la situation de famille, de l'appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

En Suède, l'application du principe de l'égalité s'est traduite encore par une autre mesure qui touche au domaine de la sécurité sociale, mais aussi au droit du travail: l'allocation pendant sept mois après la naissance d'un enfant, de prestations aux parents, versées au conjoint, père ou mère, qui s'occupe de l'enfant, ces prestations remplaçant celles de l'assurance-maternité.

On n'en est certes pas encore là en Suisse. La seule mesure qui ait été prise sur le plan législatif concerne la discrimination des femmes mariées. A la suite de la ratification de la convention 111, les Chambres fédérales ont modifié le 28 janvier 1972 la loi sur le statut des fonctionnaires; l'article 55 de cette loi disposait que le mariage d'un fonctionnaire de sexe féminin peut être considéré comme un juste motif de résiliation. Le nouvel article 55 ne fait plus allusion au sexe et se borne à prévoir que le mariage est considéré comme un juste motif de résiliation lorsque le fonctionnaire ne peut plus être occupé conformément aux exigences de sa fonction. Les dispositions discriminatoires de même nature ont été abolies aussi dans plusieurs cantons, comme à Genève, mais pas encore partout. Quant à l'article 167 du Code civil, qui interdit à la femme d'exercer

une activité professionnelle sans l'accord exprès ou tacite de son mari, il constitue aussi une disposition discriminatoire, qui doit disparaître lors de la prochaine revision du droit du mariage.

*

Un processus inéluctable

Pour conclure, nous devons constater que l'on assiste actuellement, dans la plupart des pays développés du monde, à la mise en œuvre d'un vaste mouvement tendant vers la réalisation de l'égalité des sexes. La Suisse demeure pour l'instant dans le peloton de queue, mais elle ne saurait se soustraire à l'évolution qui entraîne dans ce mouvement les autres pays.

Cette marche vers l'égalité ne pourra cependant atteindre pleinement son objectif par l'emploi des seules méthodes juridiques. L'égalité ne sera obtenue que dans la mesure où le rôle de la femme dans la société apparaîtra sous un jour nouveau, lorsqu'il sera admis communément, dans les mœurs, que la femme a le droit de poursuivre aussi bien une activité professionnelle que de s'occuper de son ménage et, en collaboration avec l'homme, de l'éducation des enfants. Cette transformation du rôle social de la femme va de pair avec l'adoption des mesures juridiques dont il a été question ci-dessus[26]. Si en effet de telles mesures juridiques sont actuellement adoptées dans maints pays, c'est que, précisément, elles ont été rendues nécessaires par la transformation du rôle social de la femme à laquelle nous assistons. Nous avons fait allusion à l'interaction des différentes mesures juridiques entre elles: les mesures tendant à l'égalisation des salaires n'auront leur plein effet que si elles sont accompagnées de mesures relatives notamment à la formation et à la promotion professionnelles. De même, si d'une part la transformation du rôle social de la femme a été à l'origine du déclenchement du processus législatif tendant à l'égalité des sexes, ce processus législatif contribue lui-même à la réalisation de cette transformation.

Le troisième facteur pouvant agir dans le même sens doit être recherché dans l'action des femmes elles-mêmes; le bas niveau de leurs salaires n'est pas sans rapport avec le faible taux de syndicalisation des travailleuses, qui de son côté est la résultante de certains préjugés et de certaines craintes séculaires, qui se manifestent dans le milieu ouvrier féminin. Le problème est ainsi particulièrement complexe, et sa solution nécessite une série d'actions de longue haleine. La voie est donc longue, mais elle sera inéluctablement parcourue, car elle est dans la ligne de l'évolution de la société moderne.

[26] Voir sur ce point Hélène *Thalmann-Antenen,* L'égalité de rémunération et la situation en Suisse, *Revue internationale du travail* 1971, volume 104, pages 303 ss., notamment 314.