

Instruments étatiques de contrôle et de mise en application permettant de réaliser l'égalité des salaires

Résumé à l'intention de l'Office fédéral de la justice (OFJ) et du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG)

Lucerne, le 24 octobre 2013

Interface Politikstudien Forschung Beratung
Franziska Müller (direction du projet)
mueller@interface-politikstudien.ch

Ariane Itin
itin@interface-politikstudien.ch

Christof Schwenkel
schwenkel@interface-politikstudien.ch

Universität de Berne
Judith Wyttenbach, professeure (expertises juridiques)
judith.wyttenbach@oefre.unibe.ch

Adrian Ritz, professeur (expertises relatives à la gestion du personnel)
adrian.ritz@kpm.unibe.ch

RÉSUMÉ

Situation de départ

L'écart moyen de salaire entre hommes et femmes s'élève à 23,6 pourcent dans le secteur privé (en 2010),¹ dont 37,6 pourcent ne peuvent être expliqués de manière objective et sont donc discriminatoires. La discrimination salariale se monte par conséquent à 8,7 pourcent en moyenne. La différence salariale incriminée ne s'est que peu réduite au cours des dernières années.

Le principe qui veut que les femmes et les hommes aient droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale est inscrit dans la Constitution depuis 1981. La loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg), entrée en vigueur en 1996, entend faciliter la concrétisation du droit à un salaire égal (art. 5 LEg). A l'heure actuelle, la réalisation de l'égalité des salaires dépend de la disposition des victimes, respectivement des associations de travailleurs, à intenter une action en justice. Certes, quelques « procès pilote » ont eu des résultats positifs, mais ils ont pour la plupart été menés à l'encontre d'employeurs publics. Malgré une protection contre les licenciements, l'allègement du fardeau de la preuve et la maxime inquisitoire, le système actuel est considéré comme insuffisant, notamment lorsque la discrimination salariale est le fait d'employeurs privés. L'effet préventif sur l'économie privée est faible, les entreprises sont trop peu incitées à structurer leurs salaires de manière non discriminatoire. La réalisation de l'égalité des salaires repose entièrement sur les lésés, qui renoncent souvent à intenter une action. Hormis dans le domaine des marchés publics, aucune autorité en Suisse ne dispose de compétences de contrôle et de mise en application en matière d'égalité des salaires.

La présente étude met en évidence les instruments étatiques de contrôle et de mise en application qui pourraient être utilisés en Suisse en vue de réaliser l'égalité des salaires. Conformément au mandat reçu, l'étude s'est concentrée sur les rapports de travail privés. La question de savoir sous quelle forme les mesures proposées peuvent être transposées dans le secteur public (Confédération, cantons et communes) devrait faire l'objet d'une analyse complémentaire approfondie.

Pour effectuer la présente analyse, nous avons tout d'abord réuni des informations relatives aux instruments d'application suisses dans des domaines autres que celui de l'égalité des salaires. Les quatre cas étudiés concernent la Surveillance des prix, la Commission fédérale des maisons de jeu, l'exécution des mesures d'accompagnement à la liberté de circulation des personnes et la lutte contre le blanchiment d'argent. Ensuite, nous avons examiné les instruments étatiques de réalisation de l'égalité des salaires existant en Suède, en Autriche et dans la province de l'Ontario. Outre l'analyse des documents à notre disposition, nous avons complété notre enquête par des entretiens avec des experts, afin, dans la mesure du possible, d'exprimer l'efficacité des modèles étudiés au moyen d'indicateurs quantifiables (indications du nombre et du type d'adaptations que les entreprises ont effectuées à la suite des contrôles). Mais nous ne

¹ Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (2013) : Vers l'égalité des salaires ! Faits et tendances. Berne

dispositions que partiellement de telles indications quantitatives, raison pour laquelle, en règle générale, nous avons dû nous fier aux estimations des experts interrogés, respectivement à leur évaluation qualitative. Finalement, nous avons établi une synthèse des résultats obtenus et élaboré des variantes d'un contrôle et d'une application de l'égalité des salaires entre femmes et hommes en Suisse dans le cadre de rapports de travail privés.

Cas étudiés en Suisse

Il existe en Suisse des modèles de contrôle et d'application étatiques dans plusieurs domaines. Quatre d'entre eux ont fait l'objet d'un examen approfondi pour les besoins de la présente étude. Il s'agit de la Surveillance des prix, de la Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ), de l'exécution des mesures d'accompagnement à la liberté de circulation des personnes et de la lutte contre le blanchiment d'argent.

Dans deux modèles, l'exécution des dispositions de droit fédéral est appliquée par une autorité fédérale (Surveillant des prix, CFMJ). Dans le modèle des mesures d'accompagnement l'exécution incombe aux offices cantonaux et aux partenaires sociaux. En ce qui concerne la lutte contre le blanchiment d'argent, il s'agit en grande partie d'un système d'autorégulation sous l'égide de la loi et de l'administration, dans lequel le contrôle de la majorité des entreprises est assuré par l'un des organismes d'autorégulation reconnus (p. ex. surveillance des sociétés fiduciaires, conseillers en placement, notaires), respectivement agréés par la FINMA.

Dans les modèles du Surveillant des prix et de la CFMJ comme dans celui des mesures d'accompagnement, les investigations et les contrôles sont effectués d'office ou sur communication. Le Surveillant des prix et les autorités chargées des mesures d'accompagnement procèdent à des contrôles par sondage. Dans le deuxième cas, l'exécution est divisée en deux : les commissions tripartites cantonales sont compétentes pour les contrôles dans les branches sans convention collective de travail déclarée de force obligatoire (CCT non DFO) et, pour les branches disposant d'une convention collective de travail déclarée de force obligatoire (CCT DFO), cette compétence est assumée par les commissions paritaires. L'exécution des contrôles est en partie confiée à des associations de contrôle du marché du travail sur la base de conventions de prestations. Comparé à d'autres modèles, la CFMJ se caractérise par un contrôle strict, fortement réglementé par la loi, qui prévoit des inspections annuelles automatiques (dans certains cas avec le concours d'organes cantonaux) dans *toutes* les maisons de jeu et qui impose une obligation de déclarer ainsi que le recours à des sociétés d'audit spécialisées pour la révision des comptes. Le modèle des organismes d'autorégulation (OAR) instauré dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent table sur une surveillance assurée par les branches elles-mêmes. Ils sont toutefois à leur tour soumis à un contrôle administratif et à une autorisation de la Confédération. Les règlements des OAR précisent de quelle manière leurs membres doivent répondre à leurs obligations et en contrôlent en général chaque année l'observation. Les intermédiaires financiers sont en outre soumis à un contrôle annuel effectué par une société d'audit externe agréée.

Dans les modèles du Surveillant des prix, de la CFMJ et des mesures d'accompagnement dans les domaines des CCT DFO, les autorités disposent de larges

compétences de contrôle et d'application. Si aucun accord amiable n'est atteint, le Surveillant des prix peut imposer la réduction ou le report de l'augmentation de prix par voie de décision. La voie de recours mène au Tribunal administratif fédéral (TAF). Ont qualité pour agir les entreprises touchées et les organisations de consommateurs. Par crainte de nuire à leur réputation, les entreprises ne laissent que très rarement la situation aboutir à une décision. D'une manière générale, on reconnaît à ce modèle un effet préventif important du fait qu'il est assorti de relations publiques actives et que les solutions amiables ainsi que les décisions sont publiées. Quant à la CFMJ, ses compétences d'application s'étendent des décisions spécifiques (p. ex. modification de l'offre de jeu) jusqu'au retrait de la concession. Compte tenu du contrôle de l'ensemble des entreprises concernées, ce modèle est efficace, mais son champ d'application restreint (21 maisons de jeu) le rend toutefois peu transposable dans d'autres domaines. Il génère par ailleurs une charge de travail importante. Les mesures d'accompagnement présentent, dans les branches avec CCT DFO, une coexistence de procédures de droit civil et de droit administratif, puisque l'autorité compétente peut prononcer des sanctions administratives en cas de violation des dispositions sur les salaires minimaux. Elle n'est en revanche pas habilitée à rendre une décision sur des rattrapages de salaire, qui doivent faire l'objet d'une action auprès d'un tribunal civil, respectivement être revendiqués conformément aux mécanismes prévus dans la CCT. Dans le domaine des CCT non DFO, l'autorité ne dispose par contre que de compétences d'application restreintes. Elle n'a que le pouvoir d'enjoindre l'entreprise à respecter les conditions salariales usuelles dans la branche et la région. Dans la lutte contre le blanchiment d'argent, les OAR peuvent engager une procédure de sanction et avoir recours aux services d'un chargé d'enquête. Les sanctions consistent en un avertissement, une peine pécuniaire ou l'exclusion de l'intermédiaire financier. Les litiges sont d'ordinaire tranchés par un tribunal arbitral. Les OAR sont eux-mêmes soumis à la surveillance de la FINMA. Ces deux organes avisent le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent s'il existe des raisons de soupçonner une infraction à la législation sur le blanchiment d'argent. Le système d'autorégulation visant à assurer le contrôle du respect de la législation en matière de blanchiment d'argent est bien accepté par les intermédiaires financiers, entre autres parce que les OAR sont adaptés aux spécificités de la branche. Cette solution a l'avantage de garantir la proximité avec les marchés. En outre, les coûts primaires des contrôles sont externalisés.

Cas étrangers étudiés

L'Ontario, l'Autriche et la Suède ont été examinés car ils disposent d'instruments étatiques destinés à réaliser l'égalité des salaires entre les hommes et les femmes. Tandis qu'en Suède et en Autriche il s'agit à la fois de salaire égal pour un travail égal ou de même valeur (quoique la notion de travail de même valeur est appliquée différemment), nous nous sommes concentrés dans le cas de l'Ontario sur la notion de travail de même valeur en raison de la différence historique entre *equal pay* et *pay equity*.

Ces modèles ont tous en commun d'imposer à une partie des employeurs (généralement en fonction du nombre de personnes employées) l'analyse de leurs salaires sous l'angle des différences discriminatoires existant entre les femmes et les hommes et d'établir un rapport (obligation d'analyse interne à l'entreprise). Cette transparence est un élément fondamental pour permettre de constater dans quelle mesure les femmes reçoivent moins de salaire au sein d'une organisation donnée et dans quelle proportion cette

différence est à mettre sur le compte du sexe. En Ontario et en Suède, un organe étatique (*Pay Equity Office*, bureau de la médiation) est en outre chargé de procéder à des contrôles d'office auprès des entreprises et de vérifier à cette occasion si elles se plient à leurs obligations légales. Il en découle un effet préventif non des moindres, qui dépend toutefois fortement de l'intensité de la mise en œuvre par les organes étatiques et des potentielles sanctions que les employeurs ont à craindre.

Dans l'ensemble, les organes étatiques de l'Ontario disposent des bases légales et de la mise en œuvre la plus marquée. Leurs compétences vont, contrairement à celles observées en Suède et en Autriche, au-delà de l'application de l'obligation de déclarer et des obligations de transmettre et de collaborer. L'autorité peut en effet prononcer des décisions afin de faire appliquer l'égalité des salaires, respectivement d'éliminer la discrimination salariale. La Suède se situe à mi-chemin. Outre des compétences d'application en matière d'obligation de procéder à une analyse interne à l'entreprise et de collaborer lors des contrôles, l'autorité peut, avec le consentement de la personne lésée, intenter elle-même une action devant le tribunal du travail lorsqu'aucune solution amiable n'a pu être trouvée. L'Autriche peut être considérée comme le modèle le moins progressiste. Les syndicats doivent intenter une action lorsque les employeurs ne suivent pas les injonctions de l'autorité les engageant à éliminer la discrimination salariale. L'inconvénient de ce système réside dans le fait que l'obtention des prétentions incombe finalement aux victimes de la discrimination et qu'elle reste généralement limitée aux cas individuels. A cet égard, il ressort du modèle de l'Ontario qu'il est le plus efficace pour éliminer les différences de salaire entre les femmes et les hommes. Mais même dans ce cas, il n'est pas non plus possible de déterminer clairement dans quelle mesure les instruments d'application étatiques ont contribué à la réduction de la différence de salaire.

Hormis les obligations proactives des employeurs et les compétences de contrôle et d'application administratives, des facteurs mous contribuent dans les trois cas étudiés à réduire la discrimination salariale fondée sur le sexe. On peut citer la collaboration constructive entre les travailleurs et organes étatiques d'un côté et les employeurs de l'autre. De plus, la sensibilisation au thème de l'égalité des salaires, qui découle aussi bien des mesures proactives que des activités complémentaires (information et conseils, développement d'outils et de guides d'analyse des salaires) peut être considérée comme un facteur de succès dans ces trois pays.

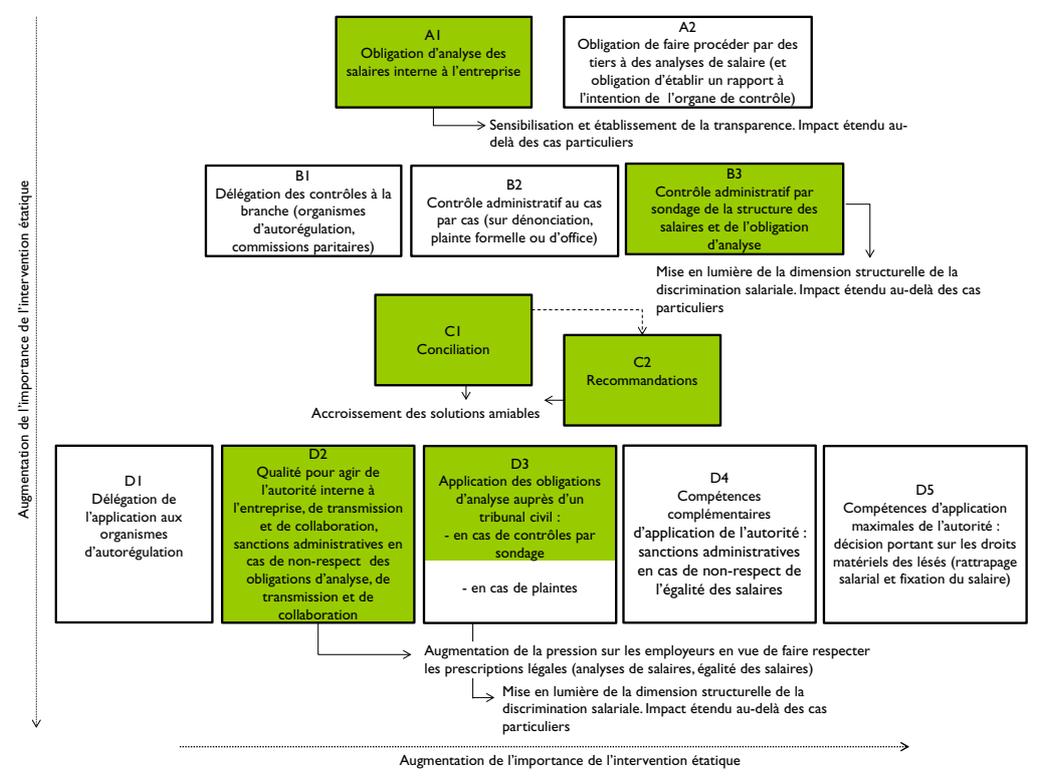
Synthèse et recommandations

Les cas suisses et étrangers étudiés ont fait l'objet d'une synthèse. Il importe de constater que les trois pays examinés continuent à être confrontés au problème du non-respect de l'égalité des salaires. Dans ces conditions, il n'est pas possible de présenter un « modèle idéal » qui permettrait la réalisation de l'égalité des salaires. En revanche, les trois modèles présentent des aspects (ayant fait leurs preuves) susceptibles de contribuer à prévenir, à identifier et à éliminer la discrimination salariale en Suisse. Les études de cas suisses présentent aussi des aspects intéressants. Elles ne peuvent toutefois que partiellement être comparées et transposées aux modèles d'application de l'égalité des salaires, puisque, à l'exception du régime de sanctions des mesures d'accompagnement dans le domaine des CCT DFO, il ne s'agit pas de faire valoir les droits de particuliers lésés.

Pour effectuer la synthèse, nous avons distingué plusieurs étapes du contrôle étatique et de l'application de l'égalité des salaires : en amont du contrôle et de l'application étatiques, nous définissons l'analyse interne à l'entreprise (A) qui exige des entreprises qu'elles prennent des mesures proactives. Nous prenons en considération en deuxième lieu les mesures de contrôle administratives (B). Après les contrôles, intervient la phase de la conciliation et des recommandations (C) et, finalement, la phase de l'application (D).

Ces différentes variantes sont représentées dans le tableau ci-après. Celles que nous recommandons sont marquées en vert, y compris l'impact qui en est attendu (flèches).

Aperçu des variantes conceptuelles



En vert : variantes recommandées ; flèches : impact attendu.

Les cas étudiés et les conditions légales prévalant en Suisse nous ont amenés à formuler six recommandations concernant la forme que pourrait revêtir un modèle suisse de contrôle et de mise en application de l'égalité des salaires. Cependant, il est envisageable de ne mettre en œuvre que certaines de ces variantes. L'impact attendu en serait toutefois amoindri.

Nous recommandons à titre principal de restreindre la compétence de l'autorité administrative en ce qui concerne les contrôles, la conciliation et la mise en œuvre à des contrôles par sondage et à ne pas l'étendre au traitement des plaintes individuelles. Cette mesure permettrait à l'autorité administrative de contrôler certaines branches et d'examiner, au moyen des analyses de salaires à établir par les entreprises, la structure des salaires globale de l'entreprise considérée. On pourrait ainsi éviter un recouplement

avec les actions de droit civil engagées par des lésés et avec la procédure de conciliation qui la précède. La solution des contrôles par sondage permet en outre de contribuer, au-delà du cas de discrimination considéré, à mettre en lumière et à éliminer des problèmes structurels à l'origine d'une discrimination.

Conformément au mandat reçu, les recommandations concernent en outre avant tout la réalisation de l'égalité des salaires dans les entreprises privées. Une transposition dans le secteur public devrait faire l'objet d'une analyse complémentaire approfondie.

- 1 *Introduction d'une obligation d'analyse interne des salaires de l'entreprise*: les chiffres relatifs à l'écart discriminatoire des salaires entre femmes et hommes, qui ne s'est que très peu réduit depuis des années, suggèrent que les travailleurs autant que les employeurs ne sont souvent pas conscients de l'existence d'une discrimination salariale. Considérée sous cet angle, l'introduction d'une obligation d'analyse des salaires interne à l'entreprise semble constituer une condition majeure pour sensibiliser les entreprises et assurer la transparence (variante A1 dans le tableau ci-avant). Cet élément est la force motrice de ces mesures proactives. L'application observée dans les cas étrangers présente pourtant de grandes lacunes, ce qui implique que l'introduction d'une obligation d'analyse interne à l'entreprise doit impérativement être accompagnée de mesures de contrôle (cf. recommandation 2) et de sanctions en cas de violation de l'obligation d'analyse. Sur la base de dispositions légales claires (cf. recommandation 6), les entreprises comptant au minimum 50 collaborateurs devraient être tenues de vérifier leurs salaires à intervalles réguliers (p. ex. tous les trois ans) et d'établir un rapport interne ainsi que, en cas de besoin, de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'égalité des salaires.
- 2 *Introduction d'un contrôle administratif par sondage*: au vu des bases légales existantes, l'égalité des salaires entre femmes et hommes doit être appliquée dans toutes les entreprises de Suisse. La législation ne concerne par conséquent pas qu'une sélection (restreinte) d'entreprises ou de branches. Sous cet angle, il apparaît pertinent de mettre en place un contrôle administratif par sondage (variante B3 dans le tableau ci-avant). Les cas étudiés ont révélé que les entreprises sont largement disposées à coopérer lors des contrôles administratifs – notamment lorsque des instruments d'application complémentaires existent – et que, par conséquent, elles prennent fréquemment elles-mêmes des mesures pour satisfaire aux obligations légales. Le contrôle par sondage devrait se limiter au respect de l'obligation d'établir une analyse des salaires et à celle d'observer l'égalité des salaires. Les obligations de collaborer des entreprises et les compétences de contrôle de l'autorité qui en sont les corrélatifs doivent être fixées dans la loi. L'autorité devrait avoir le pouvoir de sanctionner le non-respect de l'obligation de déclarer.
- 3 *Conseils et conciliation*: l'analyse de la situation sur le plan de l'égalité des salaires, notamment des cas étrangers, a révélé qu'on pouvait dans de nombreuses occasions parvenir à une solution amiable entre les parties (soit entre les employeurs et les travailleurs, soit entre les employeurs et l'autorité administrative) et qu'on en arrivait rarement à de réelles mesures d'exécution ou à une contrainte imposée par l'administration. L'autorité devrait dès lors avoir la tâche et la compétence de conseiller les entreprises et de chercher, dans le cadre des contrôles par sondage et avec les employeurs, une solution amiable qui permette d'éliminer la

discrimination salariale (variante C1 dans le tableau ci-avant). Habilitier l'autorité à négocier des *rattrapages de salaire* dans le cadre des contrôles par sondage serait encore plus utile. La participation des employeurs à ces séances de conciliation devrait être déclarée obligatoire.

- 4 *Recommandations administratives et qualité pour agir donnée à l'autorité* : si les parties ne parvenaient pas à trouver une solution à l'amiable dans le cadre de la conciliation, l'autorité pourrait, dans un premier temps, être dotée de la *compétence d'adresser une recommandation à l'entreprise en vue d'éliminer la discrimination salariale* (variante C2 dans le tableau ci-avant). De la même manière que la proposition faite ci-avant en matière de conseils et de conciliation, cette recommandation pourrait s'étendre au paiement d'un rattrapage salarial pouvant remonter jusqu'à cinq ans au maximum. De cette façon, l'objet de la recommandation correspondrait à la prétention maximale que les lésés peuvent faire valoir devant les tribunaux civils. Si la firme dispose d'une représentation des travailleurs, la recommandation doit aussi lui être communiquée.

Pour améliorer la concrétisation du droit au salaire sur un plan plus large, l'autorité devrait être dotée de compétences complémentaires. Dans la mesure où les demandes salariales et les rattrapages de salaire sont en principe des prétentions de droit civil entre parties privées, la voie purement administrative voulant qu'une décision portant sur d'éventuels rattrapages de salaire soit rendue par une autorité administrative (comme c'est le cas en Ontario) est incompatible avec le droit suisse. Il y a lieu d'y préférer, pour les contrôles par sondages, la solution prévoyant la dotation à l'autorité de la qualité pour agir, comme dans le cas suédois et de manière analogue à la conception de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (variante D3 dans le tableau ci-avant). Comme le montrent les cas étudiés, l'éventualité d'une action intentée par l'autorité incite plus fortement les entreprises à rechercher des solutions à l'amiable et accroît leur motivation à suivre les recommandations. C'est pourquoi nous suggérons d'inscrire dans la loi un droit de l'autorité à intenter une action qui ne remplacerait pas les compétences d'ester en justice préexistantes des lésés, des organisations et des syndicats mais qui les *compléterait*. Les victimes de discrimination salariale auraient toujours la possibilité d'intenter une action conformément à l'article 5 LEg. Par ailleurs, les organisations et les syndicats continueraient à disposer de la qualité pour agir en leur propre nom en vue de faire constater une discrimination, lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail (cf. art. 7 LEg).

- 5 *Instauration d'un modèle d'autorité avec commission sur le plan fédéral* : le fait que, en Suisse, de grandes firmes possèdent des filiales au-delà des frontières cantonales nous amène à recommander la mise en place d'une autorité sur le plan fédéral pour effectuer les contrôles par sondage. L'harmonisation de l'exécution de ces investigations parle aussi en faveur d'une concentration au niveau fédéral. Une solution réalisable et pragmatique pourrait être d'intégrer le secrétariat à une autorité existante telle que le Bureau de l'égalité entre femmes et hommes et de lui rattacher une commission. Deux modèles sont envisageables : une représentation des partenaires sociaux siège dans la commission. Nous trouvons ce modèle de commission comprenant des partenaires sociaux dans les trois cas étrangers exa-

minés ainsi que dans les offices cantonaux de conciliation au sens de la loi sur l'égalité. Il importe toutefois d'observer que, lorsqu'on est en présence d'une discrimination salariale individuelle, les aspects objectifs priment et qu'il est moins question d'un objet à négocier sur le plan politique. Cet argument serait plutôt favorable à l'établissement d'une commission composée d'experts indépendants des partenaires sociaux.

- 6 *Adjonctions aux bases légales* : l'introduction d'une obligation d'analyse interne à l'entreprise aussi bien que celle de compétences élargies de l'autorité nécessitent une base légale formelle. Nous recommandons de procéder aux adjonctions nécessaires dans les bases légales, en particulier dans la loi sur l'égalité.

IMPRESSUM

INFORMATIONS COMPLÉMENTAIRES

INTERFACE

Politikstudien Forschung Beratung

Seidenhofstr. 12

CH-6003 Lucerne

Tél. +41 (0)41 226 04 26

www.interface-politikstudien.ch

RÉFÉRENCES DU PROJET

Lucerne, le 24 octobre 2013

Numéro de projet : P13-13