



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP
Office fédéral de la justice OFJ

Rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité, LEg)

Table des matières

1	Présentation du projet	3
1.1	Contexte.....	3
1.1.1	Règlementation en vigueur.....	3
1.1.1.1	Principe du salaire égal pour un travail de valeur égale.....	3
1.1.1.2	Statistiques sur les différences salariales.....	3
1.1.1.3	Discrimination salariale.....	4
1.1.2	Evaluation de la loi sur l'égalité.....	4
1.1.3	Dialogue sur l'égalité des salaires.....	5
1.1.4	Décision du Conseil fédéral du 22 octobre 2014.....	5
1.1.5	Analyse d'impact de la réglementation.....	6
1.1.5.1	Contexte et but de l'analyse d'impact de la réglementation.....	6
1.1.5.2	Objet de l'analyse.....	6
1.1.5.3	Méthode et origine des données.....	7
1.1.5.4	Sélection de résultats issus des analyses.....	7
1.1.6	Méthodes d'analyse des salaires dans l'entreprise.....	9
1.1.6.1	Modèle standard d'analyse de la Confédération (Logib).....	9
1.1.6.2	Postulat Noser (14.3388) : évaluation de Logib.....	10
1.2	Grandes lignes de la réglementation proposée.....	10
1.2.1	Décision du Conseil fédéral du 22 octobre 2014.....	10
1.2.2	Champ d'application.....	11
1.2.3	Analyse des salaires de l'entreprise.....	11
1.2.4	Contrôle de l'analyse.....	11
2	Commentaire des dispositions.....	11
2.1	Modification de la loi sur l'égalité.....	11
2.1.1	Art. 13a Obligation d'effectuer une analyse des salaires.....	12
2.1.2	Art. 13b Méthode d'analyse des salaires.....	12
2.1.3	Art. 13c Contrôle de l'analyse des salaires.....	13
2.1.4	Art. 13d Organes de contrôle externes.....	13
2.1.5	Art. 13e Rapport de contrôle.....	13
2.1.6	Art. 13f Collaboration avec une organisation.....	14
2.1.7	Art. 13g Information des travailleurs.....	15
2.1.8	Art. 17a Disposition transitoire.....	15
2.1.9	Préambule.....	15
2.2	Modification du code des obligations.....	15
3	Classement d'interventions parlementaires.....	15
4	Comparaison avec le droit étranger.....	16
4.1	Union européenne.....	16
4.2	Etats particuliers.....	17
4.2.1	Canada (Ontario).....	17
4.2.2	Autriche.....	18
4.2.3	Suède.....	18
5	Conséquences.....	19
5.1	Conséquences pour la Confédération.....	19
5.2	Conséquences économiques.....	19
5.3	Conséquences pour les cantons et les communes.....	19
6	Relation avec le programme de la législature.....	19
7	Aspects juridiques.....	19
7.1	Constitutionnalité et légalité.....	19
7.2	Compatibilité avec les obligations internationales.....	20

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Règlementation en vigueur

1.1.1.1 Principe du salaire égal pour un travail de valeur égale

Le principe du salaire égal pour un travail de valeur égale est inscrit depuis 1981 à l'art. 8, al. 3, 3^e phrase, de la Constitution (Cst.)¹. La loi du 24 mars 1995 sur l'égalité (LEg)², en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1996, interdit la discrimination à raison du sexe dans le cadre professionnel, notamment en matière de rémunération (art. 3). Cette interdiction vaut pour les rapports de travail de droits public et privé.

Lorsque, dans une même entreprise, pour un travail égal ou de valeur égale, les hommes et les femmes ne reçoivent pas la même rémunération, il y a discrimination salariale à raison du sexe, si l'employeur ne peut démontrer que la différence est justifiée par des motifs objectifs³. La LEg propose différents instruments pour faciliter la réalisation du principe de l'égalité : droit de recours individuel (art. 5), allègement du fardeau de la preuve (art. 6), interdiction du congé à titre de représailles (art. 10) et la qualité pour agir des organisations (art. 7).

Ni la Cst. (art. 8, al. 3) ni la LEg ne définissent la notion de salaire. La jurisprudence du Tribunal fédéral définit le salaire au sens de l'article constitutionnel comme toutes les prestations que le travailleur reçoit en contrepartie de son travail⁴, à savoir le salaire de base (rémunération du travail effectué) et les composantes sociales du salaire, comme les allocations familiales, les allocations de résidence et pour enfants, les compensations du renchérissement, les gratifications, les bonus, etc.⁵ Un lien étroit doit toutefois exister entre le travail fourni et les prestations accordées⁶.

1.1.1.2 Statistiques sur les différences salariales

Plus de 30 ans après son inscription dans la Cst., l'égalité salariale entre hommes et femmes n'est toujours pas atteinte. Toutefois les écarts se réduisent petit à petit. D'après l'enquête sur la structure des salaires (ESS) de 2012, la différence correspond à 21,3 % dans le privé (25 % en 2008 et 23,6 % en 2010)⁷. En raison des modifications apportées à l'ESS en 2012 (nouvelles catégories de salariés et remplacement du niveau d'exigence du poste par le niveau de compétence associé à la profession), les résultats actuels ne peuvent pas être directement comparés à ceux des années précédentes.

Dans le secteur public, l'écart est moins grand que dans le privé. Il s'élevait à 16,5 % en 2012.

¹ RS 101

² RS 151.1

³ Pour les raisons objectives, voir point 1.1.1.3

⁴ ATF 129 I 265; ATF 126 II 217, consid. 8a; ATF 109 Ib 81, consid. 4c.

⁵ Margrith Bigler-Eggenberger/Regula Kägi-Diener, St. Galler Kommentar (2014) ad art. 8, n° 125; Margrith Bigler-Eggenberger, *Justitias Waage – wagemutige Justitia?*; Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gleichstellung von Frau und Mann, Bâle 2003, n° 535; Georg Müller, *Kommentar aBV*, Bâle 1996, n° 142 ad art. 4.

⁶ Une rente de veuve n'est dès lors pas considérée comme une composante du salaire au sens de l'art. 8, al. 3, 3^e phrase, Cst. ; voir ATF 116 V 198, consid. 2a, ou ATF 109 1b 81, consid. 4c.

⁷ Pour réaliser l'ESS, l'Office fédéral de la statistique reprend les normes internationales. Les composantes salariales suivantes sont prises en compte : le salaire brut au moins d'octobre (y compris prestations en nature), les parts de primes, de chiffre d'affaires ou de provisions versées régulièrement, les indemnités pour travail en équipe, de nuit et le dimanche, $\frac{1}{12}$ du 13^e salaire et $\frac{1}{12}$ des versements annuels extraordinaires. Les résultats sont présentés en salaires mensuels bruts standardisés (durée de travail unifiée de 4 $\frac{1}{3}$ semaines de 40 heures) ou en salaires mensuels nets (montants effectivement versés, y compris paiement des heures supplémentaires).

1.1.1.3 Discrimination salariale

Les différences salariales entre hommes et femmes peuvent s'expliquer par des motifs objectifs comme, d'une part, l'âge, la formation et les années de services (critères liés à la personne), d'autre part, par le poste et l'activité au sein de l'entreprise (critères liés au poste). Les différences s'expliquent aussi par le fait que les femmes sont plus nombreuses que les hommes dans les professions à bas salaires ou qu'elles ont dû interrompre leur carrière pour des raisons familiales. La part de la différence salariale qui ne s'explique pas par des motifs objectifs est considérée comme de la discrimination salariale à raison du sexe.

Une discrimination salariale à raison du sexe peut résulter autant d'une répartition particulière des fonctions entre les sexes qui se reflète dans le système salarial ou tarifaire, que de la volonté de rémunérer moins bien une certaine personne par rapport à celles de l'autre sexe. Dans les deux cas, cela peut être dû à une appréciation du travail fondée sur des critères directement ou indirectement discriminants. Une étude réalisée dans le cadre du programme national de recherche 60 « Egalité entre hommes et femmes » montre que les différences salariales entre sexes ne sont pas que le résultat de choix de carrière différents. Déjà au moment d'entrer dans la vie active, à qualifications égales et pour le même travail, les femmes reçoivent des salaires moins élevés que les hommes⁸.

D'après les chiffres de l'ESS 2012, la part de différence salariale inexplicable est restée stable pour cette année-là, soit 40,9 % (678 francs par mois) dans le secteur privé.

1.1.2 Evaluation de la loi sur l'égalité

Dix ans après l'entrée en vigueur de la LEg, ses effets ont été évalués⁹. Il en est ressorti que les instruments mis à disposition par le texte en vue d'atteindre l'égalité salariale fonctionnent dans l'ensemble. Le nombre de cas ayant fait l'objet d'un recours a fortement augmenté depuis l'entrée en vigueur de la loi. Cent-cinquante-trois jugements ont été rendus en la matière ces dix dernières années, alors qu'auparavant seuls quinze recours avaient été déposés sur la base de l'article constitutionnel. L'évaluation a permis de constater que de nombreux travailleurs renoncent à recourir contre une supposée discrimination salariale de peur d'être licenciés et exposés ou en raison de la difficulté d'obtenir des informations. Autre frein : seuls les travailleurs, et dans certaines conditions des organisations privées (art. 7 LEg), peuvent agir pour demander l'application de la loi. La loi ne prévoit en effet pas que les autorités veillent à l'application de la disposition constitutionnelle. Les employeurs pratiquant la discrimination salariale ne sont donc que rarement tenus de rendre des comptes pour leur non-respect de la Cst. et de la loi. Par ailleurs, les sanctions prévues sont relativement légères, de sorte que certains employeurs ne sont pas intimidés par l'idée d'être traduits devant les autorités judiciaires ou administratives.

Les marchés publics font exception et se distinguent de cette conception axée sur le droit privé : conformément à la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP)¹⁰, la Confédération ne peut adjudger de marchés qu'à des soumissionnaires garantissant l'égalité de traitement entre femmes et hommes (art. 8, al. 1, let. c). Elle peut effectuer des contrôles pour vérifier que cette condition est remplie, exiger des mesures correctives et prononcer des sanctions. Aujourd'hui, la Confédération, le canton de Berne et, depuis 2014, celui de Genève effectuent des contrôles du respect de l'égalité salariale auprès des entreprises. Quoiqu'en augmentation, notamment de la part de la Confédération, ces contrôles sont encore très sporadiques.

Dans son rapport du 15 février 2006¹¹, le Conseil fédéral reconnaissait que, bien qu'efficace, la LEg ne permettrait pas à elle seule d'atteindre l'égalité dans les rapports de travail. En plus de modifier les conditions-cadre, il fallait selon lui responsabiliser massivement les em-

⁸ PNR 60 : BELODIS – Entrée dans la vie professionnelle et discrimination salariale, Michael Marti et Kathrin Bertschy, Eco-plan, Berne 2013.

⁹ <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gleichstellung/syntheseber-gleichstellung-f.pdf>

¹⁰ RS 172.056.1

¹¹ <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2006/3061.pdf>

ployeurs. Il estimait que l'information et la sensibilisation sur le thème de l'égalité, et en particulier en matière de salaires, n'étaient pas suffisantes et qu'il convenait d'étudier attentivement différents modèles d'autorités dotées de compétences de contrôle et d'exécution.

1.1.3 Dialogue sur l'égalité des salaires

En automne 2007, la Confédération a organisé une consultation sur les instruments à disposition des autorités pour réaliser l'égalité salariale. A cette occasion, les associations faitières des travailleurs et des employeurs ont décidé d'essayer de parvenir à l'égalité salariale aussi vite que possible sans que l'Etat n'ait à prendre de mesures. Le Conseil fédéral a accepté de donner une chance à ce projet, mais a précisé clairement que, s'il ne permettait pas d'atteindre les résultats escomptés, il envisagerait des mesures supplémentaires¹². Le projet « Dialogue sur l'égalité des salaires » a été lancé au printemps 2009 par les partenaires sociaux avec le soutien de la Confédération. Il visait à ce que les employeurs réalisent volontairement des analyses de salaires en vue de remédier aussi rapidement que possible à la discrimination salariale envers les femmes dans leur entreprise.

Le Conseil fédéral s'est imposé un moratoire pour les cinq ans impartis à ce projet. Il s'est engagé à ne pas prendre de mesures pour réaliser l'égalité, si ce n'est de soutenir le projet¹³.

Le dialogue n'a toutefois pas permis d'atteindre les objectifs fixés. Alors que l'on espérait qu'une centaine d'entreprises y participeraient, seules 51 ont accepté de le faire, dont la moitié d'entre elles appartenaient à l'Etat ou en étaient proches. L'évaluation a permis de constater qu'un dialogue sur une base volontaire n'était pas un outil suffisant pour réaliser l'égalité salariale¹⁴.

1.1.4 Décision du Conseil fédéral du 22 octobre 2014

Malgré l'exigence inscrite dans la Cst. il y a plus de 30 ans et malgré tous les efforts entrepris pour y satisfaire, la discrimination salariale à raison du sexe est encore une réalité. Comme de plus les employeurs ne semblent pas disposés à veiller eux-mêmes au respect de l'égalité salariale dans leur entreprise, le Conseil fédéral estime que des mesures étatiques supplémentaires sont nécessaires¹⁵. Le mandat constitutionnel est clair, or les mesures volontaires n'ont pas permis de le remplir. Autrement dit, le marché a échoué. Le Conseil fédéral a donc décidé le 22 octobre 2014 qu'il prendrait de nouvelles mesures.

Le Conseil fédéral prévoit d'obliger les employeurs à procéder régulièrement à une analyse des salaires de leurs entreprises. Des tiers indépendants mandatés par les employeurs devront contrôler que les analyses sont effectuées correctement. Ce contrôle pourra être confié au choix aux partenaires sociaux, à des réviseurs ou à des organismes d'autorégulation (OAR) reconnus par l'Etat. Les employeurs devront ensuite publier des informations sur le résultat du contrôle. Le Conseil fédéral prévoyait en outre d'étudier dans quelle mesure les organes de contrôle devraient être tenus de signaler les cas où l'employeur n'a pas pris de mesures pour remédier à la discrimination salariale.

¹² Par ex. dans ses avis en réponse à la motion 10.3934 Simoneschi-Cortesi « Parité salariale. Mécanismes de contrôle » (acceptée par le Conseil national puis suspendue) ou à la motion 11.3517 Schenker « Pour la transparence des salaires » (rejetée par le Conseil national le 17 avril 2013).

¹³ En plus de la mise à disposition de ressources financières et personnelles, les trois conseillers fédéraux concernés (Simonetta Sommaruga, Alain Berset et Johann Schneider-Ammann) ont invité certaines grandes entreprises à jouer un rôle de modèle en participant au dialogue.

¹⁴ Evaluation finale de Thomazine von Witzleben pour le compte de l'Office fédéral de la justice « Le dialogue sur l'égalité des salaires. Un projet des partenaires sociaux et de la Confédération », rapport du 30 juin 2014 à l'intention de l'organisme responsable du dialogue sur l'égalité des salaires : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gleichstellung/lohngleichheitsdialog/2014-06-30/ber-f.pdf>

¹⁵ Le Conseil fédéral s'appuie sur deux études qu'il avait fait réaliser dans ce contexte. L'étude de l'Institut suisse de droit comparé portait sur les instruments de lutte contre la discrimination salariale dans quatorze pays (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gleichstellung/ber-sir-f.pdf>). L'étude du groupe de chercheurs Interface/Universität Bern visait à identifier quels instruments étatiques de mise en œuvre issus d'autres domaines pourraient être utilisés dans le cadre de la lutte contre la discrimination salariale. L'étude présentait aussi trois modèles étrangers visant à réaliser l'égalité salariale, ainsi que des recommandations de mise en œuvre adaptées au contexte suisse (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gleichstellung/ber-interface-d.pdf>).

Cette solution permettra de réaliser l'égalité salariale dans les entreprises sans que l'Etat n'ait à effectuer de contrôles lui-même. L'objectif est d'éliminer la discrimination, ou du moins de la réduire significativement par rapport à aujourd'hui. Les mesures étatiques supplémentaires doivent permettre d'améliorer nettement la situation. Une analyse d'impact de la réglementation (AIR) a permis d'étudier les répercussions que les mesures pourraient avoir sur l'économie.

1.1.5 Analyse d'impact de la réglementation

En décembre 2014, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a chargé INFRAS de réaliser une AIR sur les mesures étatiques supplémentaires visant à éliminer la discrimination salariale. Le rapport final lui a été présenté le 7 septembre 2015¹⁶. Ses résultats sont synthétisés dans les points suivants.

1.1.5.1 Contexte et but de l'analyse d'impact de la réglementation

Les AIR servent en premier lieu à présenter de manière transparente les conséquences économiques des objets fédéraux. L'AIR réalisé sur les mesures de lutte contre la discrimination salariale devait permettre d'évaluer les conséquences de celles-ci pour les entreprises et l'économie, et d'identifier les éventuelles difficultés de mise en œuvre et les améliorations possibles.

1.1.5.2 Objet de l'analyse

Au moment où l'AIR a été réalisée (d'avril à juin 2015), deux options principales étaient envisagées. La première prévoyait une analyse obligatoire des salaires avec une simple obligation d'informer de la part des entreprises. La seconde prévoyait une obligation des organes de contrôle d'informer les autorités compétentes et des sanctions. Deux autres options ont été étudiées dans le cadre de l'AIR : renforcement de l'encouragement à effectuer des analyses de salaires sur une base volontaire, d'une part, et statu quo d'autre part.

Options étudiées	Contenus
A1) Mesure étatique avec obligation d'informer les travailleurs	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Les employeurs doivent effectuer une analyse des salaires et la faire contrôler par des tiers. ▪ Les employeurs informent les travailleurs et d'autres cercles sur l'analyse (éventuellement sur les conclusions de l'analyse). ▪ Les travailleurs ou les associations les représentant prennent si nécessaire des mesures (par ex. négociations des salaires ou recours auprès des autorités).
A2) Mesure étatique avec obligation des organes de contrôle d'informer l'autorité compétente et sanctions	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Les employeurs doivent effectuer une analyse des salaires et la faire contrôler par des tiers. ▪ Les organes de contrôle informent l'autorité compétente lorsqu'une analyse n'est pas correctement effectuée ou qu'un cas de discrimination salariale est constaté. ▪ L'autorité fixe un délai pour des mesures correctives. ▪ L'autorité peut prononcer des sanctions (par ex. inscription sur une liste noire).
B) Renforcement de l'encouragement à effectuer des analyses sur une base volontaire	<p>Instruments supplémentaires pour encourager les analyses sur une base volontaire, par ex. :</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Incitatifs pour amener les entreprises à se faire certifier. ▪ Renforcement de la promotion de Logib et de la hotline

¹⁶ INFRAS a collaboré avec la Fachhochschule Nordwestschweiz (FHNW), Hochschule für Wirtschaft. Auteurs : Susanne Stern (cheffe de projet, INFRAS), Judith Trageser (INFRAS), Bettina Rügge (INFRAS), Andrea Schultheiss (INFRAS) et Rolf Iten (INFRAS). Co-auteurs : Nathalie Amstutz (FHNW) et Erhard Lüthi (FHNW). L'OFJ publiera l'AIR sur son site Internet.

	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Elargissement et financement des services de conseil aux entreprises en matière de systèmes salariaux et d'égalité. ▪ Campagnes de sensibilisation à l'intention des cadres et des RH.
C) Statu quo	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Diverses mesures de soutien pour les entreprises qui aimeraient effectuer une analyse de salaires, cofinancement de la certification « equal salary ».

1.1.5.3 Méthode et origine des données

La méthode d'analyse des conséquences a été élaborée à partir de plusieurs méthodes de recherche. Elle se fonde essentiellement sur un sondage en ligne et sur des entretiens qualitatifs menés avec différents experts et acteurs concernés, surtout des entreprises. En tout, 1305 entreprises ont participé au sondage en ligne, 50 entretiens ont été menés avec des entreprises, et 26 avec des experts. Les résultats obtenus ont été complétés d'analyses de publications et de données.

1.1.5.4 Sélection de résultats issus des analyses

- *Réception de l'objet par les entreprises et les experts*

Sur le fond, les mesures proposées ont été bien acceptées par la majorité des participants. Deux tiers des entreprises interrogées trouvent qu'il est pertinent de mettre en place des mesures étatiques en vue de l'égalité salariale. Les principales réticences des entreprises portent sur les surcharges administratives. Le modèle d'analyse proposé par la Confédération (Logib) est également bien accepté par la plupart des entreprises, en particulier pour sa simplicité. Certaines critiques portent sur un étalonnage trop flou des fonctions et le fait que l'aspect performance ne soit pas pris en compte. De nombreux experts trouveraient bon qu'il soit possible de choisir entre plusieurs méthodes d'analyse.

L'instauration d'un seuil, fixé à 50 travailleurs, à partir duquel l'analyse devient obligatoire ne fait pas l'unanimité des experts. Certains le trouvent juste, d'autre trop bas. Seuls quelques experts et entreprises se sont exprimés sur les mesures de mise en œuvre envisagées, car, au moment où l'AIR a été réalisée, peu d'informations concrètes étaient disponibles à leur sujet. Certains experts trouvent qu'il est délicat d'exiger la publication des résultats des analyses de salaires. Ils estiment que les organes de révisions sont les mieux placés pour effectuer les contrôles. L'idée d'ouvrir la fonction de contrôleur à d'autres entités comme des bureaux de conseil ou des OAR n'a pas été abordée lors des entretiens.

- *Charges pour les entreprises, les organes de contrôle et les autorités*

Les entreprises ayant utilisé Logib estiment qu'il faudrait compter deux jours de travail pour une entreprise moyenne (50 à 249 travailleurs), trois jours pour une grande entreprise (250 à 999 travailleurs) et huit jours pour une très grosse entreprise (plus de 1000 travailleurs). Pour toutes les entreprises de plus de 50 travailleurs, les charges de mise en œuvre s'élèveraient à 18 millions de francs. Le montant par entreprise dépendrait fortement de différentes caractéristiques, par exemple du fait qu'elle dispose d'une politique salariale clairement établie ou de la quantité et de la qualité des données personnelles qu'elle recense. Le plus gros travail consisterait à traiter les données et à interpréter les résultats. Pour la deuxième analyse, les frais pourraient déjà être divisés par deux (9 millions).

Pour la vérification des analyses, les organes de contrôle devraient compter entre une demi-journée et une journée complète de travail, indépendamment de la taille de l'entreprise contrôlée. En tout, leurs charges s'élèveraient à 4 millions de francs. Les charges pour les autorités dépendraient fortement de la procédure d'accréditation des organes de contrôle. Si cette procédure devait rester relativement simple, les charges assumées par les autorités pourraient rester raisonnables. Elles augmenteraient si le cercle des entités admissibles était élargi, car il faudrait alors mettre en place des procédures spécifiques.

- *Efficacité des mesures*

Pour des raisons pratiques, les mesures envisagées ne portent que sur les entreprises d'au moins 50 travailleurs, dont 10 femmes et 10 hommes au minimum. Elles ne concernent que 2 % des entreprises et 54 % des personnes actives en Suisse. Elles n'auraient donc aucun effet direct pour 46 % des personnes actives.

Beaucoup de pays procèdent par échantillonnage pour vérifier les analyses de salaires. Les expériences menées à l'étranger ont révélé que des contrôles fréquents incitaient les entreprises à s'adapter. La densité des contrôles prévue en Suisse devrait donc avoir une influence positive.

La moitié des entreprises s'étant prêtées à une analyse de salaires ont adopté ensuite des mesures correctives, essentiellement des hausses de salaires pour les femmes. On estime très approximativement que le total de ces hausses se situe entre 1 et 2,2 milliards de francs (soit entre 0,15 et 0,35 % du PIB). D'après les entreprises et les experts interrogés, les adaptations salariales nécessaires pourraient être obtenues dans le cadre des négociations salariales normales. Les experts sont d'avis que, pour les adaptations importantes, il faudra définir un délai pouvant aller d'un à trois ans. Du point de vue économique, ces mesures correctives ne sont pas des coûts imposés par la réglementation, mais constituent un effet de redistribution au profit des salaires des femmes. Il n'y a de coûts transitoires que si les entreprises doivent procéder à des adaptations salariales de grande ampleur dans un temps très court.

- *Autres conséquences pour les entreprises, l'emploi et l'économie en général*

Les entreprises ayant effectué des analyses de salaires confirment que les retombées de celles-ci sont essentiellement positives pour les entreprises et les personnes actives. Elles ne s'attendent pas à d'effets négatifs. Parmi les effets positifs dont elles peuvent profiter, elles citent une objectivation des discussions sur les salaires, une plus grande transparence, une sensibilisation des cadres aux questions touchant à l'égalité et une plus grande motivation, satisfaction et productivité des travailleurs.

Conformément aux mesures prévues, les entreprises ne remplissant pas leurs obligations pourraient être défavorisées. Elles pourraient notamment être exclues des marchés publics. L'AIR n'a pas permis d'estimer le nombre d'entreprises susceptibles d'être touchées.

En ce qui concerne les conséquences sur l'emploi, l'AIR n'a pas produit de résultats empiriques fiables. Le volume de travail des femmes ne dépend pas uniquement des salaires, mais aussi d'autres facteurs, comme les conditions structurelles en matière de compatibilité entre travail et obligations familiales et l'accès aux postes de cadres pour les femmes.

Sur le plan de l'économie en général, des études empiriques menées à l'étranger suggèrent que les mesures pourraient avoir des effets positifs pour l'aide sociale et pour la croissance, principalement par le biais d'un renforcement de la productivité et d'une réduction des distorsions de la concurrence.

- *Conclusions et recommandations des auteurs de l'AIR*

Les auteurs de l'AIR arrivent à la conclusion qu'il est nécessaire que l'Etat agisse en matière de discrimination salariale : d'une part le mandat constitutionnel est clair, d'autre part la situation actuelle reflète l'échec des entreprises en la matière. En effet, le marché du travail n'est pas parvenu à réaliser l'égalité inscrite dans la Cst. De plus, les mesures fondées sur la bonne volonté n'ont apporté que de faibles améliorations. Les auteurs estiment que les charges occasionnées aux entreprises pour la mise en œuvre des mesures envisagées sont proportionnées et que le retour sur investissement sera positif. Les mesures, même si elles ne suffisent pas à promouvoir l'emploi des femmes, apparaissent pertinentes pour l'économie en général.

Il ressort des analyses effectuées que les mesures envisagées (analyse des salaires et contrôle externe obligatoires) sont perçues comme justes. L'option annexe ébauchée dans le cadre de l'AIR qui misait sur un renforcement des mesures volontaires ne semble pas suffi-

sante pour atteindre le but visé. Les auteurs jugent l'option avec une obligation d'informer l'autorité compétente et des sanctions plus efficace que celle prévoyant une simple obligation d'informer les travailleurs sur les résultats de l'analyse, car il est relativement difficile en Suisse de faire recours en matière salariale.

Les auteurs estiment important de laisser une marge de manœuvre suffisante aux entreprises et de ne pas édicter de prescriptions trop contraignantes. Il faut également veiller à ce que les charges de mise en œuvre ne soient pas excessives. Sur la base des résultats de l'AIR, différentes propositions ont été formulées pour améliorer les mesures envisagées. Les suivantes méritent d'être étudiées :

- Possibilité pour les entreprises de choisir entre plusieurs méthodes d'analyse. Ces méthodes doivent être vérifiées et reconnues légalement. Il reste encore à étudier quelles méthodes pourraient être adéquates, outre celle déjà proposée par la Confédération (Logib).
- Extension de l'obligation d'effectuer une analyse aux entreprises d'au moins 25 travailleurs pour renforcer l'efficacité des mesures. Des méthodes et des mesures de soutien adaptées aux petites entreprises devraient être mises en place. Les conséquences financières devraient encore être étudiées plus précisément.
- Allègement de la procédure de contrôle, par exemple en mettant en place des seuils : à partir d'une certaine taille, les entreprises seraient tenues de faire contrôler leurs analyses par des tiers, alors que les petites entreprises pourraient être contrôlées par échantillonnage. Les conséquences d'une telle modification devraient être étudiées. D'une part, les coûts pourraient être réduits, d'autre part il pourrait être plus facile de contourner les obligations légales.
- Garantie d'un délai adéquat pour la mise en œuvre des mesures correctives.
- Obligation d'annoncer que l'analyse des salaires a été effectuée plutôt que de publier les résultats de celle-ci.

1.1.6 Méthodes d'analyse des salaires dans l'entreprise

Pour effectuer des analyses de salaires, les entreprises peuvent utiliser le modèle standard de la Confédération. Le logiciel Logib a été conçu à cet effet par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) et par la Conférence des achats de la Confédération (CA). Il est utilisé, dans le cadre de l'octroi de marchés publics¹⁷ pour contrôler l'égalité salariale entre hommes et femmes dans les entreprises de plus de 50 travailleurs¹⁸.

1.1.6.1 Modèle standard d'analyse de la Confédération (Logib)

Le modèle de la Confédération se compose de deux volets : une méthode statistique d'analyse de régression OLS semi-logarithmique et un modèle permettant d'expliquer le salaire des travailleurs par leurs caractéristiques individuelles de qualification (formation, ancienneté et expérience professionnelle potentielle), des caractéristiques liées à leur poste de travail (niveau des qualifications requises et position professionnelle), ainsi que leur sexe. Toutes choses étant égales par ailleurs, cette méthode permet d'isoler la part de variance du salaire qui n'est pas due à des critères objectifs et non discriminants. En d'autres termes, elle permet de mettre en évidence la différence de salaire entre des hommes et des femmes ayant des caractéristiques individuelles et professionnelles similaires dans une entreprise, et donc de déterminer s'il y a discrimination salariale à raison du sexe. Pour couvrir la part qui pourrait être expliquée par d'autres facteurs, objectifs et spécifiques à l'entreprise contrôlée, la méthode prévoit un seuil de tolérance de 5 %¹⁹. Logib permet d'utiliser la méthode d'analyse de régression de la Confédération dans Excel. Les entreprises peuvent ainsi effectuer des analyses de salaires de manière très simple.

¹⁷ Art. 8, al. 1, let. c, et 2 LMP.

¹⁸ Voir lignes directrices de la CA du 1^{er} janvier 2014 « Contrôle du respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes dans les marchés publics de la Confédération » : <https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/organisation/beschaffungskonferenz-des-bundes-bkb.html>

¹⁹ Le BFEG explique en détail le fonctionnement du modèle d'analyse standard de la Confédération dans le document de juin 2015 « Modèle d'analyse standard relatif au contrôle du respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes dans les marchés publics de la Confédération (approche méthodologique) » : <http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00072/00079/index.html?lang=fr>

La méthode d'analyse de régression a été approuvée par le Tribunal fédéral²⁰. La plupart des entreprises interrogées dans le cadre de l'AIR trouvent aussi que Logib est un instrument adéquat. Des analyses d'égalité des salaires menées à l'étranger (Allemagne, Finlande, France, Luxembourg, Pologne, Portugal et Royaume-Uni) ont été réalisées sur la base du même modèle²¹.

1.1.6.2 Postulat Noser (14.3388) : évaluation de Logib

En acceptant le postulat Noser 14.3388 du 2 juin 2014 « Egalité salariale. Améliorer la pertinence des statistiques » en septembre 2014, le Conseil national a chargé le Conseil fédéral d'examiner l'analyse des discriminations salariales. Il lui demande notamment de présenter la méthodologie appliquée et la manière dont elle pourrait être actualisée sur la base des connaissances scientifiques les plus récentes, ainsi que d'examiner s'il est approprié de recourir à une valeur moyenne comme indicateur des différences salariales. Le 20 août 2014, le Conseil fédéral avait recommandé d'accepter le postulat. Il expliquait que la méthode d'analyse utilisée ainsi que les variables considérées dans l'enquête correspondaient à l'état des connaissances scientifiques actuelles et qu'elles assuraient la qualité et l'objectivité des mesures statistiques de la discrimination salariale. Par souci de transparence et pour garantir le consensus sur la méthode utilisée, il était néanmoins prêt à donner suite au postulat et à vérifier si celle-ci pouvait être actualisée, notamment en prenant en compte des facteurs comme l'expérience professionnelle, l'expérience en matière de direction, les formations continues, les connaissances linguistiques et le taux d'occupation durant la carrière professionnelle.

Peu après, suite à un appel d'offres, le BFEG a attribué un mandat pour une étude indépendante à l'Institut suisse de recherche empirique de l'Université de Saint-Gall et, conjointement, à INFRAS²². L'étude visait en premier lieu à vérifier si le modèle d'analyse de la Confédération était à même, du point de vue scientifique et quant à la charge administrative qu'il représentait pour les entreprises, d'identifier les discriminations salariales. Elle passe en revue la méthode statistique, les facteurs (variables) retenus pour motiver les différences salariales à raison du sexe et le seuil de tolérance²³.

1.2 Grandes lignes de la réglementation proposée

1.2.1 Décision du Conseil fédéral du 22 octobre 2014

Conformément à la décision du Conseil fédéral du 22 octobre 2014, l'idée est d'obliger les entreprises d'au moins 50 travailleurs à effectuer régulièrement une analyse des salaires et de la faire contrôler par un tiers (entreprises de révision, OAR, partenaires sociaux).

L'Etat ne doit pas intervenir dans la réalisation et le contrôle de l'analyse des salaires au sein de l'entreprise. Celle-ci sera certes obligatoire en vertu de la loi, mais il incombera entièrement aux employeurs d'éliminer les discriminations constatées, sans intervention de l'Etat.

Un travailleur qui s'estimerait discriminé pourra faire recours auprès des autorités. Les employeurs seront tenus de communiquer aux travailleurs les résultats des contrôles des analyses menées régulièrement. Ceux-ci disposeront ainsi de meilleures informations sur l'entreprise pour appuyer un recours s'ils estiment être discriminés personnellement. Le rapport de contrôle ne contiendra toutefois pas d'informations individuelles sur les travailleurs. Si les analyses et les contrôles mettent en lumière des inégalités salariales systématiques dans une entreprise, on peut supposer que certains travailleurs sont discriminés individuellement.

²⁰ ATF 130 III 145, consid. 3.2.

²¹ Projet „equal pacE“, voir <http://www.equal-pace.eu/>.

²² Auteurs : Christina Felfe (professeur, Université de St-Gall), Judith Trageser (INFRAS) et Rolf Iten (INFRAS).

²³ L'OFJ publiera l'étude sur son site Internet.

Le Conseil fédéral a décidé d'étudier également une mesure supplémentaire : sanctionner les employeurs qui ne remplissent pas leurs obligations. Les organes de contrôle pourront signaler les entreprises visées à l'autorité compétente (probablement le BFEG). La sanction sera d'être inscrit sur une liste publique. Le principe n'est pas nouveau. Le SECO tient déjà des listes publiques²⁴. L'inscription sera maintenue jusqu'à ce que l'entreprise soit en règle. Bien entendu, l'autorité compétente devra entendre l'entreprise avant de l'inscrire. En cas d'inscription sur la liste, l'entreprise pourra demander une décision motivée de la part de l'autorité et faire recours contre celle-ci par la voie ordinaire. Il lui faudra alors prouver qu'elle remplit ses obligations.

1.2.2 Champ d'application

L'obligation constitutionnelle de respecter l'égalité salariale vaut en principe pour tous les employeurs privés et publics. Comme la méthode actuelle d'analyse des salaires utilisée en droit des marchés publics ne donne pas de résultats significatifs pour les entreprises occupant peu de travailleurs, l'obligation d'effectuer une analyse des salaires est limitée aux employeurs occupant 50 travailleurs ou plus. Sont concernées 8000 entreprises et 2 millions de personnes actives (2 % des entreprises et 54 % des personnes actives).

1.2.3 Analyse des salaires de l'entreprise

L'analyse des salaires d'une entreprise doit permettre de détecter si celle-ci pratique systématiquement la discrimination salariale à raison du sexe, autrement dit si, sans raisons objectives, les femmes y sont systématiquement moins bien payées que les hommes pour des travaux égaux ou de valeur égale.

Il se peut toutefois qu'une entreprise discrimine certaines personnes en particulier sans que l'analyse permette de détecter une discrimination systématique à raison du sexe. Pour ces personnes, il est possible de faire recours sur la base de la LEg.

1.2.4 Contrôle de l'analyse

Conformément au principe au centre de la décision du Conseil fédéral du 22 octobre 2014, les employeurs pourront choisir entre trois types d'organes de contrôle pour faire vérifier leurs analyses : des réviseurs agréés, des OAR ou les partenaires sociaux (syndicats).

Les entreprises de révision sont soumises à des exigences spécialisées strictes et à une surveillance particulière. Elles sont notamment soumises au secret professionnel (art. 730 b, al. 2, du code des obligations [CO]²⁵). Si les entreprises veulent opter pour un OAR, elles devront s'accorder avec d'autres entreprises pour mettre en place un tel organisme, ce qui pourra entraîner des charges importantes en termes d'argent et de personnel. On pourrait aussi envisager de mettre en place des OAR par branche. Les employeurs disposeraient alors d'une solution sur mesure. Enfin, s'ils veulent recourir aux syndicats, les employeurs devront être d'accord de laisser ceux-ci prendre connaissance de la structure des salaires. A ce propos, de nombreuses entreprises ayant participé au Dialogue sur l'égalité des salaires sont satisfaites d'avoir impliqué les partenaires sociaux dans le processus.

2 Commentaire des dispositions

2.1 Modification de la loi sur l'égalité

Une nouvelle section 4a « analyse des salaires et contrôle » est introduite après les quatre premières (but ; égalité dans les rapports de travail ; dispositions spéciales relatives aux rapports de travail régis par le code des obligations ; voies de droit dans les rapports de travail de droit public). Cet emplacement souligne le fait que la lutte contre la discrimination salariale est un aspect de l'égalité entre hommes et femmes dans les rapports de travail qui doit être pris en compte par les employeurs autant privés que publics. La nouvelle section se

²⁴ Des listes publiques sont déjà tenues en vertu de l'art. 13, al. 3, de la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (RS 822.41) et de l'art. 9, al. 3, de la loi du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés (RS 823.20).

²⁵ RS 220

situé avant celles portant sur des aspects particuliers de l'aide financière (programmes d'encouragement et services de consultation) et sur les tâches du BFEG.

2.1.1 Art. 13a Obligation d'effectuer une analyse des salaires

L'art. 13a oblige les entreprises à effectuer une analyse des salaires à l'interne. Il s'applique aux employeurs autant privés que publics (Confédération, cantons et communes). En effet, les dispositions ne visant que les rapports de travail régis par le CO ou les rapports de travail de droit public se situent respectivement dans les sections 3 et 4.

Les employeurs doivent analyser les salaires versés dans leur entreprise. Ils peuvent ainsi détecter les différences de salaire systématiques entre hommes et femmes, qui pourraient cacher une éventuelle discrimination salariale. Ils ont eux-mêmes la responsabilité d'effectuer l'analyse. Les frais occasionnés sont à leur charge.

L'obligation ne concerne que les entreprises employant au moins 50 travailleurs en moyenne annuelle. Les entreprises plus petites sont quoi qu'il en soit également tenues de respecter l'égalité salariale²⁶. Le seuil a été fixé à 50 travailleurs, car, en dessous de celui-ci, les statistiques obtenues ne seraient pas fiables²⁷.

L'analyse des salaires doit être effectuée tous les quatre ans. Ce délai permet de synchroniser les analyses avec les ESS, qui sont effectuées tous les deux ans. Les charges sont ainsi réduites, puisque les employeurs pourront utiliser les mêmes données pour l'analyse des salaires et pour l'ESS.

2.1.2 Art. 13b Méthode d'analyse des salaires

L'analyse doit être effectuée selon une méthode reconnue (al. 1). Le Conseil fédéral règle la reconnaissance des méthodes : les critères à prendre en compte doivent être détaillés dans une ordonnance. Les associations d'employeurs et de travailleurs doivent être consultées auparavant (al. 3). L'autorité compétente, probablement le BFEG, publie la liste des méthodes reconnues (al. 2). La Confédération propose déjà aux employeurs une méthode reconnue sur les plans juridique et scientifique (instrument Logib).

Les méthodes d'analyse de régression statistique (comme Logib) permettent d'analyser les salaires d'une entreprise en fonction du sexe et de détecter si les hommes ou les femmes sont systématiquement désavantagés. Ces méthodes tentent d'expliquer les différences sur la base de caractéristiques individuelles de qualification (formation, ancienneté et expérience professionnelle) et de caractéristiques liées au poste de travail (niveau des qualifications requises et position professionnelle)²⁸. Il est toutefois possible de prévoir dans la méthode d'autres caractéristiques individuelles ou liées au poste de travail. L'analyse de régression est une méthode reconnue aux niveaux national (universités, OFS) et international. Le Tribunal fédéral a autorisé son utilisation dans le cadre de l'égalité salariale²⁹. Elle est utilisée, et continuera de l'être, par le BFEG pour l'adjudication de marchés publics et a été exigée par les partenaires sociaux dans le cadre du Dialogue sur l'égalité des salaires. Elle est aussi utilisée par les tribunaux pour fixer l'indemnisation dans les cas de recours contre des inégalités salariales³⁰. Pour que la méthode fonctionne, il faut simplement que l'entreprise compte au moins 50 travailleurs, dont dix de chaque sexe au moins.

²⁶ Conformément à l'art. 8, al. 1, let. c, et 2, LMP, toutes les entreprises participant à une procédure d'adjudication d'un marché public doivent confirmer qu'elles respectent l'égalité salariale entre hommes et femmes. Le droit des marchés publics prévoit ainsi une obligation de respecter, en pratique, le principe constitutionnel de l'égalité salariale.

²⁷ L'art. 3 de la loi du 17 décembre 1993 sur la participation (RS 822.14) prévoit aussi un seuil fixé à 50 travailleurs.

²⁸ Le postulat Noser 14.3388 « Egalité salariale. Améliorer la pertinence des statistiques », adopté par le Conseil national, charge le Conseil fédéral d'examiner la méthode d'analyse de régression et de proposer une manière de l'actualiser sur la base des connaissances scientifiques les plus récentes. Il doit notamment étudier la prise en compte d'indicateurs supplémentaires et la pertinence de recourir à une valeur moyenne comme valeur de référence. Voir point 1.1.6.2.

²⁹ ATF 130 III 145 = Die Praxis 9/2004, 733.

³⁰ Roman Graf et Yves Flückiger, Lohndiskriminierung und Entschädigung vor Gericht, in: Human Resource Management Jahrbuch 2012, Weka Verlag, Zurich, p. 75 à 96.

Le BFEG propose déjà un instrument correspondant à ces critères (Logib) aux entreprises employant au moins 50 travailleurs qui veulent vérifier si elles respectent l'égalité salariale³¹. Celui-ci permet d'effectuer une analyse de régression dans le tableur Excel. Aucun logiciel de pointe n'est requis, ni connaissance approfondie en statistique ou en informatique. Logib est disponible gratuitement et peut être utilisé de manière anonyme.

2.1.3 Art. 13c Contrôle de l'analyse des salaires

L'art. 13c oblige les employeurs à faire vérifier leurs analyses de salaires par des organes de contrôle externes (al. 1 ; voir aussi art. 13d). Il ne s'agit pas de contrôler le résultat de l'analyse mais uniquement de vérifier qu'elle a été effectuée correctement (période, méthode reconnue, prise en compte de tous les travailleurs ; al. 2).

2.1.4 Art. 13d Organes de contrôle externes

Les employeurs peuvent confier le contrôle à une entreprise de révision agréée au sens de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision³². Cette entreprise ne doit pas forcément être l'organe de révision que les entreprises sont tenues d'avoir en vertu de la loi. Les employeurs peuvent aussi confier le contrôle à un OAR (al. 1). Celui-ci doit être reconnu (al. 2). Le contrôle peut être aussi mené en collaboration avec une organisation au sens de l'art. 7 LEg, avec une représentation des travailleurs (voir le commentaire de l'art. 13f), ou encore avec un spécialiste de l'égalité des salaires³³.

Les entreprises de révision doivent avoir de l'expérience dans le domaine de la révision et de l'audit et sont placées sous la surveillance de l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision. Les OAR sont mis en place par les employeurs. Il va de soi que les organes de contrôle (entreprises de révision et OAR) doivent disposer des connaissances nécessaires en égalité salariale et en statistique pour pouvoir contrôler la régularité des analyses de salaires.

Les OAR doivent être mis en place de toute pièce par les entreprises. Celles-ci sont libres de s'organiser comme elles l'entendent : par exemple fonder un OAR pour plusieurs entreprises, voire pour toute une branche, ou juste pour une seule grande entreprise.

Pour être reconnus, les OAR doivent remplir deux conditions (al. 2). Premièrement, ils doivent présenter toutes garanties d'une activité de contrôle irréprochable (al. 2, let. a). Ils doivent entre autres s'assurer que les personnes chargées du contrôle ont reçu une formation suffisante et être aussi compétents que les entreprises de révision. Les entreprises doivent organiser et financer elles-mêmes la formation du personnel. Comme les OAR sont mis en place par les entreprises contrôlées, il faut inscrire dans la loi qu'ils doivent être indépendants de celles-ci (al. 2, let. b). Pour des raisons évidentes, le personnel des OAR ne doit pas recevoir de consignes ou être dépendants des organes dirigeants des entreprises contrôlées.

Les OAR doivent disposer d'un règlement renfermant les dispositions, en matière d'organisation, de finances et de personnel, nécessaires à l'exercice de leurs tâches. Ils doivent notamment définir les conditions pour acquérir la qualité de membre, y renoncer ou se la voir retirer, ainsi que les modalités du contrôle.

Si un OAR ne remplit plus les conditions, l'autorité compétente (BFEG) le destitue.

2.1.5 Art. 13e Rapport de contrôle

Les organes de contrôle adressent aux organes dirigeants de l'entreprise contrôlée un rapport dans lequel ils précisent si l'analyse a été effectuée correctement. Pour ce faire, les organes de contrôle doivent disposer des connaissances nécessaires en égalité salariale et en

³¹ www.logib.ch

³² RS 221.302

³³ Une liste des spécialistes de l'égalité des salaires est disponible sur le site du BFEG : <http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00072/00077/00306/index.html?lang=fr>

statistique. Ils doivent comprendre le concept de discrimination salariale au sens de la Cst. et de la LEg. Les connaissances en statistique sont nécessaires pour juger de la justesse des analyses.

Variante :

La proposition est mise en consultation comme variante (art. 13e^{bis} « Annonce et publication en cas de non-respect des obligations », encadré dans l'avant-projet) :

- En plus de produire un rapport à l'intention des organes dirigeants de l'entreprise (art. 13e), les organes de contrôle seront tenus de signaler à l'autorité compétente (BFEG) les employeurs qui n'ont pas effectué d'analyse dans le délai prévu ou qui n'ont pas fait contrôler leur analyse (art. 13e^{bis}, al. 1).
- L'autorité compétente inscrira alors les employeurs visés sur une liste accessible au public. Elle peut également y inscrire d'autres employeurs qui ne lui ont pas été signalés, mais dont elle a appris les manquements d'une autre manière (art. 13e^{bis}, al. 2).

L'inscription sur une liste publique créera une certaine transparence et ne sera pas anodine pour les entreprises concernées. L'autorité compétente, avant de procéder à l'inscription, devra laisser courir un délai de 30 jours pour que l'employeur puisse lui demander de rendre une décision formelle. Sur la base de l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral³⁴, il pourra alors faire recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre cette décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)³⁵. La suppression de l'inscription entrera dans le champ d'application de l'art. 25a PA (décisions relatives à des actes matériels). Conformément à celui-ci, tout employeur estimant que les conditions d'inscription sur la liste ne sont plus réunies pourra demander à l'autorité compétente d'effacer son nom de la liste ou de rendre une décision contre laquelle il pourra faire recours.

2.1.6 Art. 13f Collaboration avec une organisation

Plutôt que de faire vérifier leur analyse par des organes de contrôle externes (entreprises de révision ou OAR), les employeurs peuvent collaborer avec une organisation au sens de l'art. 7 LEg ou avec une représentation des travailleurs au sens de la loi du 17 décembre 1993 sur la participation³⁶.

Les organisations au sens de l'art. 7 LEg englobent les organisations féminines qui ont pour tâche, en vertu de leurs statuts, de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes, ainsi que les syndicats défendant les intérêts des travailleurs. Seule condition : elles doivent exister depuis au moins deux ans (art. 7, al. 1, LEg). On ne pourra donc pas créer d'organisations dans le seul but de collaborer avec elles pour les analyses de salaires.

La loi sur la participation prévoit que, dans les entreprises occupant au moins 50 travailleurs, il est possible d'instaurer une représentation des travailleurs dotée de certains droits de participation. L'art. 13f de l'avant-projet permet aux employeurs de collaborer avec une représentation interne dans le cadre de l'analyse des salaires. De par le renvoi à la loi sur la participation, il est impossible de créer une représentation dans l'optique de l'analyse uniquement. Les représentations des travailleurs doivent remplir les conditions des art. 5 ss de la loi sur la participation. Contrairement aux organisations au sens de l'art. 7 LEg, elles ne sont pas autorisées à former de recours.

Les employeurs s'entendent avec les organisations sur les modalités de la conduite de l'analyse. Le contrôle peut être confié à un spécialiste de l'organisation. D'accord avec l'organisation, il est aussi possible de confier le contrôle à un spécialiste externe en matière

³⁴ RS 173.32

³⁵ RS 172.021

³⁶ RS 822.14

d'égalité. Le BFEG tient une liste des spécialistes de l'égalité des salaires qui peuvent conseiller et accompagner les entreprises dans le cadre de l'évaluation de l'égalité dans l'entreprise³⁷.

Le droit de recours des organisations au sens de l'art. 7 LEg n'est en soi pas limité. Il incombera aux employeurs et aux organisations de négocier et de décider si elles pourront ou non faire recours pendant les procédures d'analyse des salaires et de contrôle.

2.1.7 Art. 13g Information des travailleurs

Conformément à la décision du Conseil fédéral du 22 octobre 2014, le résultat du contrôle de l'analyse des salaires devra être publié dans les comptes annuels. Comme toutes les entreprises ne sont pas obligées de publier leurs comptes³⁸, il faut trouver une solution en se demandant à qui ces informations doivent profiter en premier lieu.

Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, les actionnaires pourraient avoir un intérêt à savoir si l'entreprise respecte l'égalité salariale. Ces sociétés sont donc obligées d'indiquer le résultat du contrôle dans l'annexe au bilan (voir point 2.2).

Les autres entreprises sont simplement tenues d'informer les travailleurs du résultat du contrôle, par exemple par le biais d'une circulaire. Elles doivent le faire au plus tard un an après avoir reçu le rapport de contrôle. Ce délai permet aux entreprises de prendre certaines mesures correctives. Les informations fournies doivent aider les travailleurs à former des recours individuels s'ils s'estiment discriminés. L'analyse ne révèle que les inégalités systémiques. Celles-ci peuvent toutefois suggérer qu'il y a des discriminations dans l'entreprise.

2.1.8 Art. 17a Disposition transitoire

Pour que les employeurs et les organes de contrôle puissent se préparer aux travaux à effectuer, le Conseil fédéral peut fixer en fonction de la taille des entreprises le moment à partir duquel le délai pour la première analyse commence à courir. Le délai pour les entreprises de plus de 250 travailleurs pourrait par exemple commencer à courir deux ans plus tard.

2.1.9 Préambule

Le préambule de la LEg, rédigé alors que l'ancienne constitution était encore en vigueur, renvoie dans la note de bas de page 1 aux dispositions de la nouvelle constitution. Il est fait référence par erreur à l'art. 41, al. 1, let. d, Cst. (buts sociaux), alors qu'il aurait fallu indiquer l'art. 110, al. 1, let. a (compétence de la Confédération pour légiférer en matière de protection des travailleurs). L'avant-projet est l'occasion de corriger facilement cette erreur, de déplacer les renvois à la nouvelle constitution dans le texte du préambule et de les supprimer de la note de bas de page.

2.2 Modification du code des obligations

L'obligation d'indiquer le résultat du contrôle de l'analyse des salaires dans les annexes au bilan fait l'objet d'un nouvel art. 663c^{bis} dans le CO. Elle ne concerne que les sociétés cotées en bourse.

La révision du droit de la SA qui est actuellement en travaux prévoit d'abroger l'art. 663c. Si cette révision devait entrer en vigueur avant celle de la LEg, le nouvel article devrait être placé à un autre endroit.

3 Classement d'interventions parlementaires

Le postulat Häberli-Koller 14.3079, accepté par le Conseil des Etats le 12 juin 2014, a chargé le Conseil fédéral de présenter au Parlement un rapport indiquant quelles pourraient être les perspectives de succès de mesures volontaires efficaces en vue d'atteindre l'égalité sala-

³⁷ <http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00072/00077/00306/index.html?lang=fr>

³⁸ Conformément à l'art. 727 CO, la révision ordinaire n'est prévue que pour les grandes entreprises. Seules celles-ci sont obligées de publier leurs comptes annuels.

riale entre femmes et hommes. Le Conseil fédéral avait recommandé d'accepter le postulat, car le rapport du 30 juin 2014 sur l'évaluation du Dialogue sur l'égalité des salaires, alors en préparation, allait répondre à certaines questions. De plus, il comptait mener une discussion sur la suite à donner à la lutte contre la discrimination salariale. Au terme de cette discussion, qui a eu lieu le 22 octobre 2014, il est parvenu à la conclusion que les mesures volontaires ne seraient pas suffisantes. C'est pourquoi il a décidé de prendre des mesures étatiques supplémentaires. L'évaluation du Dialogue, l'AIR et le présent rapport ont permis de répondre au postulat 14.3079.

La motion Simoneschi-Cortesi 10.3934, reprise par Meier-Schatz, charge le Conseil fédéral de prévoir un mécanisme de contrôle des salaires dans la LEg. Son examen est suspendu le temps que la consultation sur les mesures étatiques supplémentaires soit achevée et que le message soit approuvé. La modification en cours de la LEg est une réponse à la motion.

L'initiative parlementaire 11.404 du groupe des Verts prévoit de créer les bases légales nécessaires à la mise en place d'une commission indépendante chargée de réaliser l'égalité salariale et disposant de compétences d'examen et d'exécution. Elle a été suspendue jusqu'à ce que le Conseil fédéral approuve le message sur les mesures étatiques supplémentaires.

4 Comparaison avec le droit étranger

4.1 Union européenne

L'égalité entre hommes et femmes est l'un des piliers de l'UE. Le principe de l'égalité salariale est inscrit dans les traités depuis 1957. Il a été concrétisé dans la directive 2006/54/UE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail³⁹. Celle-ci prévoit que, pour un même travail ou pour un travail auquel est attribuée une valeur égale, la discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est éliminée dans l'ensemble des éléments et conditions de rémunération. En particulier, lorsqu'un système de classification professionnelle est utilisé pour la détermination des rémunérations, il doit être fondé sur des critères communs aux travailleurs masculins et féminins et établi de manière à exclure les discriminations fondées sur le sexe.

Dans la stratégie pour l'égalité entre les femmes et les hommes (2010-2015) de la Commission européenne, l'élimination des inégalités salariales est un objectif prioritaire. La Commission entend explorer avec les partenaires sociaux les possibilités d'améliorer la transparence salariale et de soutenir les initiatives en faveur de l'égalité de rémunération sur le lieu de travail, notamment grâce à des labels, des chartes et des prix pour les employeurs exemplaires.

Dans sa recommandation du 4 mars 2014 relative au renforcement du principe de l'égalité des rémunérations des femmes et des hommes grâce à la transparence⁴⁰, la Commission rapporte que, d'après les données d'Eurostat pour 2011, les femmes continuent de gagner 16,2 % de moins que les hommes dans l'UE⁴¹. Elle en conclut que les femmes continuent de subir, par rapport aux hommes, des discriminations et des inégalités en matière de rémunérations sur le marché du travail, ce qui les empêche de réaliser pleinement leur potentiel. Elle constate que les cas flagrants de discrimination salariale pour un travail identique sont devenus plutôt rares, mais que la mise en œuvre du principe de l'égalité de rémunération pour un travail de même valeur était devenue moins efficace. En effet, il est entre autres devenu plus difficile pour les victimes de discriminations salariales d'obtenir l'application effective de ce principe en raison du manque de clarté des structures de rémunération et de l'absence

³⁹ La directive consiste en une refonte et un rassemblement en un seul texte, à des fins de clarté, des principales dispositions existant dans le domaine et d'éléments nouveaux découlant de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.

⁴⁰ 2014/124/UE, publié dans le Journal officiel de l'UE du 8 mars 2014 (L 69/112).

⁴¹ D'après Eurostat, la différence a augmenté pour atteindre 16,4 % en 2013.

d'informations sur les niveaux de rémunération des employés effectuant le même travail ou un travail de même valeur. La Commission recommande dès lors aux Etats membres :

- d'inciter les employeurs à adopter des politiques de transparence en matière de composition et de structure des salaires et de mettre en place des mesures spécifiques afin de promouvoir la transparence des salaires ;
- d'adopter des mesures destinées à veiller à ce que les employeurs dans les entreprises et organisations employant au moins 50 personnes communiquent régulièrement aux travailleurs, à leurs représentants et aux partenaires sociaux des informations, ventilées par sexe, relatives à la rémunération moyenne par catégorie de personnel ou par fonction ;
- de prendre les mesures appropriées afin de veiller à ce que des audits relatifs aux rémunérations soient effectués dans les entreprises et organisations employant au moins 250 travailleurs. Ces audits devraient comporter une analyse de la proportion de femmes et d'hommes dans chaque catégorie de travailleurs ou pour chaque fonction, une analyse du système de classification et d'évaluation des fonctions et des informations détaillées sur les rémunérations et les écarts de rémunération fondés sur le sexe. Il y a lieu que ces audits soient mis à la disposition des représentants du personnel et des partenaires sociaux, à leur demande.

Il est en outre recommandé aux Etats membres de préciser la notion de « travail de même valeur » dans leur législation. La valeur du travail devrait être évaluée et comparée sur la base de critères objectifs, tels que les exigences éducationnelles, professionnelles et en matière de formation, les compétences, les efforts et les responsabilités, le travail entrepris et la nature des tâches à accomplir.

Equal pacE (Logib UE) a été lancé le 2 mars 2015⁴². L'outil web Logib (Logib-D, fortement inspiré de Logib Suisse) sera ainsi disponible pour toute l'UE. Il sera introduit progressivement dans les différents Etats, les cinq premiers étant le Royaume-Uni, la Pologne, le Portugal, la France et la Finlande.

4.2 Etats particuliers

Dans un communiqué du 9 décembre 2013, la Commission européenne a présenté des bonnes pratiques en usage dans certains Etats membres :

- La Belgique a promulgué en 2012 une loi obligeant les entreprises à effectuer tous les deux ans une analyse de la structure de leurs salaires.
- En France, une loi oblige les entreprises depuis 2006 à établir un rapport sur leurs salaires et à présenter leur stratégie de lutte contre la discrimination salariale. Elle oblige les employeurs à établir un rapport annuel sur l'égalité salariale et à le remettre aux représentants du personnel.

4.2.1 Canada (Ontario)

La province canadienne de l'Ontario a l'une des législations les plus élaborées au monde en matière d'égalité salariale entre hommes et femmes. Le *Pay Equity Act* de 1988 oblige les employeurs à identifier les inégalités au moyen d'une analyse et, le cas échéant, à les éliminer. Il est applicable à toutes les entreprises de droit public et à toutes les entreprises de droit privé d'au moins dix travailleurs. Les entreprises de plus de 100 travailleurs doivent en outre établir par écrit des projets d'égalité salariale. Ces projets permettent d'identifier les catégories professionnelles où prédominent les hommes et les femmes. La valeur de chacune de ces catégories est ensuite déterminée à l'aide d'un système de comparaison neutre du point de vue du sexe. Cette valeur se fonde sur les aptitudes, responsabilités, exigences et conditions de travail. Le système autorise par exemple à attribuer la même valeur à une secrétaire (qui déploie peu d'activité physique) qu'à un concierge (qui a peu de responsabilité) de manière à pouvoir les comparer. Les projets d'égalité doivent être soumis aux travailleurs ou à leurs représentants pour qu'ils puissent faire valoir leurs réclamations auprès de leur employeur dans un délai de 90 jours. Des modèles et des outils de calcul permettant d'établir ces projets sont mis à disposition par les autorités. Les entreprises peuvent toutefois établir elles-mêmes leur projet avec leurs propres instruments pour autant qu'elles respec-

⁴² <http://www.equal-pace.eu/>

tent les exigences légales. La *Pay Equity Commission* a été instaurée pour mettre en œuvre le *Pay Equity Act*. Des contrôles par sondage sont effectués sur environ 1000 entreprises par année. Il en ressort que 40 % remplissent les obligations légales et que 60 % ne peuvent présenter de projets d'égalité salariale. Parmi celles-ci, trois quarts respectent l'égalité et un quart doit adapter ses salaires. Dans les années 90, les coûts par entreprise pour la mise en œuvre du *Pay Equity Act* se situaient entre 9000 et 120 000 dollars canadiens (nous ne disposons pas de chiffres plus actuels).

4.2.2 Autriche

Une modification de 2011 de la loi autrichienne sur l'égalité oblige les entreprises à réaliser une analyse des salaires de l'entreprise et à établir un rapport tous les deux ans. Dans un premier temps, cette obligation ne concernait que les entreprises d'au moins 250 travailleurs. Depuis 2014, ce seuil se situe à 150 travailleurs. Le rapport doit fournir des indications sur le nombre de femmes et d'hommes dans les différentes catégories de personnel définies par une convention collective. En l'absence de convention collective, le rapport sur le revenu doit expliquer la classification établie au sein de la structure de rémunération dans l'entreprise. Si une telle structure fait défaut, l'employeur est tenu de déterminer les catégories de personnel occupées dans son entreprise. Des techniciens peuvent être rangés dans la même catégorie que des secrétaires s'ils exercent un travail de valeur égale. Les rapports doivent être transmis aux représentants du personnel, qui les examinent et peuvent transmettre les informations importantes aux travailleurs. Dans les entreprises qui n'ont pas de représentation du personnel, le rapport doit être accessible à tous les travailleurs.

Dans le système autrichien, les rapports ne sont pas contrôlés par l'Etat. Ce rôle important incombe aux représentations du personnel. L'obligation d'établir un rapport est applicable à tous les contrats de travail de droit privé (à l'exception du secteur de l'agriculture et de l'exploitation forestière).

Un sondage a révélé que seuls 50 % des entreprises soumises à l'obligation ont présenté un rapport. La qualité des rapports est par ailleurs très variable et n'est pas toujours suffisante. La faiblesse du système réside dans le fait qu'il n'y a aucune transparence vers l'extérieur et que certaines justifications avancées quant aux écarts entre les salaires ne résisteraient peut-être pas à un examen plus approfondi.

Le travail demandé aux entreprises est considéré comme raisonnable étant donné que jusqu'ici seules les grandes entreprises doivent établir des rapports et que celles-ci disposent d'un service du personnel professionnel et des données requises.

4.2.3 Suède

Depuis 1994, des prescriptions proactives demandent aux employeurs de présenter des rapports sur l'égalité des salaires, ce qui fait de la Suède le pays d'Europe qui détient la plus longue expérience en matière d'obligation d'analyse des salaires interne aux entreprises. En 2009, la législation en vigueur a été remplacée par une nouvelle loi sur la discrimination. Tous les employeurs publics et privés doivent, indépendamment du nombre de travailleurs, relever et analyser tous les trois ans les salaires des hommes et des femmes. Les normes d'indemnisation, la pratique de rémunération ainsi que les conditions d'engagement doivent être présentées de manière transparente. Les entreprises sont tenues de vérifier que les femmes et les hommes qu'elles emploient obtiennent la même rémunération pour un même travail ou un travail de même valeur. Les entreprises comptant plus de 25 travailleurs doivent en outre établir tous les trois ans un programme d'égalité des salaires qui inclut les résultats des analyses des salaires et des informations concernant les mesures d'adaptation envisageables. Il y a aussi lieu d'indiquer les mesures qui sont prévues pour les prochaines années en vue d'atteindre l'égalité salariale. Les écarts de salaire non justifiés doivent être éliminés au plus vite, mais au plus tard dans un délai de trois ans. Les entreprises doivent établir les programmes d'égalité des salaires avec le concours des travailleurs ou de leurs représentations.

La surveillance de l'égalité des salaires est confiée à un bureau de médiation étatique centralisé dont la direction est nommée par le gouvernement. Sa tâche principale est de contrôler et d'encourager la mise en œuvre de la loi sur la discrimination. Il dispose de vastes compétences d'examen et de mise en œuvre. Il peut vérifier les analyses de salaires et les programmes d'égalité et effectuer des contrôles dans les entreprises.

Il n'existe pas d'instrument uniformisé pour établir les analyses de salaires et les programmes d'égalité des salaires. Pour contrôler l'équivalence des postes de travail, le bureau de la médiation promeut un instrument qui aide à évaluer les postes de travail en se basant sur les connaissances et les aptitudes, la responsabilité ainsi que les conditions de travail (système HAC). Le bureau peut rendre public le nom des entreprises qui ne remplissent pas leurs obligations en matière d'égalité et ainsi exercer une pression sur elles pour qu'elles prennent des mesures.

5 Conséquences

5.1 Conséquences pour la Confédération

La modification de loi n'aura pas de conséquences particulières pour la Confédération en termes de finances et de personnel, car peu de nouvelles tâches lui incomberont (reconnaisances des OAR). En cas d'adoption de la variante, les charges pourraient être un peu plus élevées, car l'autorité compétente (vraisemblablement le BFEG) devra réceptionner les annonces des organes de contrôle et tenir la liste publique des employeurs signalés. Les ressources en personnel nécessaires seront estimées avec précision dans le message.

5.2 Conséquences économiques

Les auteurs du rapport final sur l'AIR estiment que des mesures étatiques supplémentaires sont nécessaires. D'une part, il existe un mandat constitutionnel clair. D'autre part, le marché a échoué. De plus, les mesures volontaires n'ont pas amené beaucoup d'améliorations. Les auteurs estiment que le coût de la mise en œuvre des mesures prévues est proportionné et que le retour sur investissement serait positif⁴³.

5.3 Conséquences pour les cantons et les communes

Les cantons, comme les communes, devront effectuer des analyses des salaires qu'ils versent. Ils devront en outre régler la manière dont les contrôles seront effectués.

6 Relation avec le programme de la législature

Dans le programme de la législature 2011 à 2015, le Parlement a invité le Conseil fédéral à renforcer les mesures de lutte contre la discrimination salariale et à en étudier de nouvelles (ligne directrice 7)⁴⁴.

Le 8 mai 2015, le Conseil fédéral a approuvé les lignes directrices et les objectifs de la législature 2015 à 2019. Conformément à l'objectif 9, il entend encourager la cohésion sociale et garantir le respect de l'égalité des sexes.

7 Aspects juridiques

7.1 Constitutionnalité et légalité

L'avant-projet vise à inscrire dans la LEg des mesures supplémentaires en faveur du droit à l'égalité salariale garanti par l'art. 8, al. 3, 3^e phrase, Cst. La 2^e phrase de cet alinéa charge le législateur de mettre en œuvre ce principe.

Conformément à l'art. 122 Cst., la Confédération est compétente pour légiférer en matière de droit civil. La compétence pour régler les questions relatives au personnel de la Confédération est définie à l'art. 173, al. 2, Cst. Enfin, l'art. 110, al. 1, let. a, Cst. autorise la Confédéra-

⁴³ Voir point 1.1.5.

⁴⁴ <https://www.bk.admin.ch/dokumentation/publikationen/00290/00878/index.html?lang=fr>

tion à légiférer sur la protection des travailleurs. Cette compétence est très vaste et porte aussi sur la protection de la personnalité des travailleurs, que leurs rapports de travail relèvent du droit public ou du droit privé⁴⁵. L'art. 110, al. 1, let. a, Cst. autorise aussi la Confédération à légiférer en matière de salaires.

7.2 Compatibilité avec les obligations internationales

L'avant-projet est compatible avec les obligations internationales de la Suisse en matière d'égalité entre hommes et femmes, en particulier avec l'art. 11 de la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁴⁶, avec l'art. 7 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁴⁷ et avec les dispositions sur la protection et la non-discrimination des travailleurs des conventions de l'Organisation internationale du Travail⁴⁸.

Il n'a pas de conséquences sur les traités conclus avec l'UE.

⁴⁵ Gächter, St. Galler Kommentar ad art. 110 Cst., n° 23.

⁴⁶ RS 0.108

⁴⁷ RS 0.103.1

⁴⁸ En particulier la Convention n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (RS 0.822.721.1) et la Convention n° 100 du 29 juin 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (RS 0.822.720.0).