

Hopfenweg 21
Postfach/C.p. 5775
CH-3001 Bern
Tel. 031 370 21 11
Fax 031 370 21 09
info@travailsuisse.ch
www.travailsuisse.ch

Office fédéral de la justice
Unité Projets et méthode législatifs
Bundesrain 20
3003 Bern

par e-mail :

jonas.amstutz@bj.admin.ch

Berne, le 23 février 2016

Projet de modification de la loi sur l'égalité LEg - Consultation

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames, Messieurs,

Nous vous remercions de la possibilité qui nous est offerte de nous exprimer sur l'avant-projet de modification de la loi citée ci-dessus et avons l'avantage de vous transmettre la position de Travail.Suisse.

Nous saluons la volonté du Conseil fédéral de vouloir mettre fin aux discriminations salariales dont souffrent les femmes, vingt ans après l'entrée en vigueur de la loi et trente-cinq ans après l'ancrage du principe d'égalité dans la Constitution fédérale. Après le manque de résultats résultant de la voie volontaire (Dialogue sur l'égalité des salaires), nous sommes d'avis que désormais seules des mesures étatiques sont en mesure de venir à bout de ce scandale qui dure depuis trop longtemps. Toutefois, nous sommes déçus de la teneur du projet qui est soumis à la consultation.

Considérations générales

La révision de la LEG est une nécessité absolue, puisque malgré son entrée en vigueur il y a vingt ans, cette loi est insuffisamment mise en œuvre, ceci sur plusieurs points.

- Discrimination à l'embauche : selon Jean-Philippe Dunand, Docteur en droit et professeur à l'Université de Neuchâtel, « *la discrimination à l'embauche fondée sur le sexe est pratiquée quotidiennement dans notre pays. Et pourtant les actions judiciaires sont relativement rares* »¹. Les raisons à cela sont multiples, d'ordre général (comme le rapport du Conseil fédéral de 2006 le souligne), mais aussi spécifiques à la loi : délai trop court pour ouvrir une action, allègement du fardeau de la preuve qui ne s'applique pas en matière d'embauche, sanction peu dissuasive (3 mois de salaire au maximum).
- Discriminations fondées sur la maternité : la protection contre le licenciement d'une femme enceinte ne s'applique pas durant la période probatoire. En outre, après le retour du congé de maternité, nos fédérations constatent très souvent une nette volonté de certaines entreprises de « se débarrasser » de leurs employées devenues mères, en prenant des mesures plus ou moins subtiles à leur encontre et en exerçant une véritable pression pour qu'elles quittent leur emploi. Les obstacles à la poursuite de l'allaitement dans le cadre d'une activité professionnelle sont nombreux, malgré la clarification récente du paiement du temps qui lui est consacré. L'organisation du travail (horaires compatibles avec la vie de famille, travail à temps partiel) est une pierre d'achoppement sur laquelle trébuchent souvent les femmes salariées. Cette discrimination fondée sur la maternité touche même les jeunes femmes au niveau de leurs salaires dès leur entrée sur le marché du travail puisque les employeurs anticipent une future maternité et les interruptions de carrière.²
- Difficultés procédurales d'application. Comme l'explique la Juge fédérale et docteure en droit Florence Aubry Girardin, la LEG est appliquée avec réticence par les juges en raison de spécificités procédurales propres à cette loi, ce qui est paradoxal, « *car l'objectif de cette loi était de faciliter les procédures en matière de discrimination entre femmes et hommes, afin de donner les moyens de faire disparaître celles-ci. Or, ce sont précisément les particularités de la LEg (...) qui constituent un frein à son application étendue.* »³
- Discrimination salariale fondée sur le sexe.

Le projet qui est soumis aujourd'hui à la consultation ne traite que de la question des discriminations salariales dont souffrent en grande majorité les femmes. Nous focaliserons notre prise de position sur cet aspect, mais à nos yeux, il sera nécessaire de corriger les insuffisances de la LEG aussi sur les autres points mentionnés plus haut dans des révisions ultérieures.

¹ Jean-Philippe Dunand, Karine Lempen, Pascal Mahon, « L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail. 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEG », Université de Neuchâtel, Centre d'étude des relations de travail, Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG. Editions Schulthess, 2016. PP. 69.

² PNR60, Projet Marti « Belodis »

³ Florence Aubry Girardin, « Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEG », in Jean-Philippe Dunand et alii, « L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail. 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEG », Université de Neuchâtel, Centre d'étude des relations de travail, Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG. Editions Schulthess, 2016. PP. 116.

La discrimination salariale fondée sur le sexe est un fait incontestable

La statistique fédérale constate régulièrement que les femmes souffrent de discrimination salariale. En effet, la part des différences salariales qui ne s'explique pas par des critères objectifs ne diminue pas. Pire, elle augmente. Elle a passé de 37,6% en 2010 à 40,9% en 2012, selon l'analyse issue de l'Enquête suisse sur la structure des salaires ESS menée par l'Office fédéral de la statistique⁴ OFS. Vingt ans après son entrée en vigueur, force est de constater que la LEg comporte de nombreuses lacunes qui empêchent son application dans les faits.

Depuis quelques mois, certains milieux s'acharnent à démontrer que les méthodes utilisées pour mesurer les inégalités salariales au niveau macro-économique et a fortiori la discrimination salariale sont critiquables. L'analyse qui a été réalisée par l'Université de Saint-Gall et le bureau Infrac clôt la discussion. Le constat est clair : tant la méthode statistique que les facteurs retenus correspondent aux connaissances scientifiques actuelles. Les analyses reposant sur les chiffres fournis par les entreprises dans le cadre de l'Enquête suisse sur la structure des salaires ESS sont fiables.

Il en va de même pour les méthodes utilisées au niveau de l'entreprise. L'outil Logib et les variables retenues sont adéquates et à conserver.

Transparence et prise de conscience indispensables

L'origine de cette discrimination persistante semble résider dans l'ignorance du phénomène par les entreprises, tant et aussi longtemps qu'elles n'ont pas analysé leur système salarial sous l'angle de l'égalité entre femmes et hommes au moyen d'une méthode reconnue. Il n'y a presque jamais d'intention consciente de vouloir discriminer les femmes. C'est ce que révèlent l'analyse d'impact de la réglementation du Bureau Infrac sur mandat de l'Office fédéral de la justice⁵ d'une part, mais aussi l'enquête du Centre patronal vaudois auprès d'un échantillon représentatif de 660 entreprises en Suisse romande. Dans cette dernière enquête, il ressort que la majorité d'entre elles (77%) estiment appliquer le principe constitutionnel du salaire égal pour un travail de valeur égale, quand bien même seulement un tiers (34%) a effectivement fait analyser sa situation. Et pourtant, la discrimination salariale existe.

La discrimination salariale commence dès l'embauche et croît au fil du temps et de la carrière. C'est pourquoi il est nécessaire d'instaurer des contrôles périodiques de l'égalité salariale entre femmes et hommes, mais aussi des sanctions dissuasives pour les contrevenants.

Les fédérations membres de Travail.Suisse ont beaucoup hésité à donner un avis favorable à ce projet de révision. Il a posé un véritable dilemme car il est largement insuffisant en l'état, même si on se focalise uniquement sur l'objet de la discrimination salariale. Toutefois, étant donné la constellation politique actuelle, nous sommes arrivés à la conclusion qu'il était illusoire de renvoyer le projet et d'en exiger un autre, plus complet et garant de plus d'efficacité. C'est la raison pour laquelle Travail.Suisse s'est résolu à approuver en principe cette révision, moyennant d'importantes corrections.

⁴ Communiqué de presse du 21 août 2015 de l'Office fédéral de la statistique « Inégalité salariale entre les sexes : différences marquées selon les branches économiques », Neuchâtel.

⁵ Office fédéral de la Justice, « Rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité, LEg) », Berne, novembre 2015.

Remarques article par article

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

L'obligation d'effectuer une analyse des salaires est limitée aux entreprises de plus de 50 travailleurs. Or cette limite trouve son origine dans le logiciel Logib mis à disposition par la Confédération, en particulier pour les entreprises qui souhaitent concourir dans le cadre des marchés publics. Cette limite technique imposée par la méthode d'analyse n'a pas sa raison d'être dans cet article de loi car cela exclut de facto 98% des entreprises et 46% des actifs. En effet, il n'est pas impossible qu'une autre méthode puisse un jour être reconnue, y compris pour les PME, comme le prévoit l'article 13 b.

Pour Travail.Suisse, toutes les entreprises sans exception doivent faire procéder à l'analyse périodique de leurs salaires. Il convient de développer un instrument susceptible d'être utilisé de manière fiable par les entreprises de moins de 50 employés. C'est d'ailleurs aussi ce que dit le sondage mené par le Centre patronal auprès d'un échantillon représentatif de 660 entreprises : 65% des entreprises de plus de 50 personnes et la moitié des 509 entreprises romandes jugeant les contrôles comme acceptables ou opportuns sont de cet avis.

Le rythme d'analyse tous les quatre ans nous semble correct et raisonnable.

1 (corrigé) Tous les employeurs effectuent tous les quatre ans à l'interne une analyse des salaires.

Art. 13 b Méthode d'analyse des salaires

L'analyse des salaires doit impérativement reposer sur une méthode reconnue au niveau scientifique. Tel est le cas de la méthode développée par le Professeur Yves Flückiger de l'Université de Genève. Il est inacceptable que cette condition scientifique devienne l'objet d'une décision politique. Seules les autorités compétentes (le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes), assistées par des experts reconnus en la matière, sont à même de fixer les critères à prendre en considération pour la reconnaissance d'une méthode. Nous refusons que cette compétence soit celle du Conseil fédéral.

3 (corrigé) Les autorités compétentes fixent les critères à prendre en compte pour la reconnaissance d'une méthode. Elles consultent au préalable les associations d'employeurs et de travailleurs.

Art. 13 c Contrôle de l'analyse des salaires

Il n'est pas acceptable que seule la manière dont a été effectuée l'analyse soit contrôlée. Il est indispensable que le résultat de l'analyse soit aussi vérifié et commenté. L'entreprise, dont l'analyse montre un différentiel supérieur au seuil de tolérance admis par la méthode utilisée (dans le cas de Logib, 5%), doit fournir des explications, selon le principe du « comply or explain ». Enfin, l'organe de contrôle doit formuler des recommandations pour que des mesures correctrices soient prises.

2 (complété) L'organe de contrôle externe vérifie que l'analyse a été effectuée correctement. Il vérifie aussi que le seuil de tolérance lié à la méthode utilisée ne soit pas dépassé et le cas échéant, demande des explications à l'employeur. Le cas échéant, il formule des recommandations sur les mesures à prendre par l'employeur.

Art. 13 d Organes de contrôle externes

Nous approuvons en principe le libre choix par l'entreprise de celle qui va se charger du contrôle, mais pas à sa seule convenance. Le partenariat social existant est à promouvoir en l'occurrence. Un ordre de priorité doit être imposé aux entreprises, de manière à ce qu'elles ne puissent pas

échapper au partenariat social à leur guise quand celui-ci existe déjà. De facto, l'article 13 f doit être modifié en conséquence.

1 (complété) Les employeurs chargent du contrôle de l'analyse des salaires en priorité une représentation des travailleurs existante au sens de la loi du 17 décembre 1993 sur la participation. Dans le cas d'une impossibilité matérielle de mener à bien le contrôle par la représentation des travailleurs et après l'avoir consultée, ils peuvent charger une entreprise de révision agréée au sens de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision ou un organisme d'autorégulation reconnu. La procédure selon l'art. 13f est aussi possible.

Art. 13 e Rapport de contrôle

A nouveau, non seulement la manière dont a été menée l'analyse doit être contrôlée mais aussi son résultat. Le rapport de contrôle doit aussi être adressé à la représentation des travailleurs. La formulation suivante sera plus adéquate :

(complété) L'organe de contrôle établi à l'intention des organes dirigeants de l'entreprise contrôlée ainsi qu'à la représentation des travailleurs selon l'art. 7 de la loi du 17 décembre 1993 sur la participation un rapport détaillé sur :

- a. la manière dont l'analyse a été effectuée, et
- b. le respect ou non du seuil de tolérance imposé par la méthode d'analyse, et
- c. les explications obtenues auprès de l'employeur en cas de dépassement ainsi que
- d. ses recommandations à l'employeur pour corriger les discriminations salariales découvertes.

Art. 13 e bis Annonce et publication en cas de non-respect des obligations

Cette variante ne devrait pas en être une, car elle est un minimum absolu et indispensable. Mais cet article n'est pas suffisant pour faire appliquer enfin le principe d'égalité salariale pour un salaire égal. En cas de violation d'un principe constitutionnel et cas d'infraction à une loi, des sanctions doivent être prévues, comme c'est le cas habituellement dans le droit suisse. Il est inacceptable que la Loi sur l'égalité fasse exception.

Comme pour les marchés publics, l'autorité compétente doit avoir le pouvoir de conduire des sondages pour vérifier la bonne application de la loi, par analogie aussi aux contrôles par radar sur les routes pour contrôler le respect de la vitesse des véhicules qui les empruntent.

Des sanctions, enfin, doivent être prévues et suffisamment dissuasives pour éviter la récidive. C'est pourquoi nous proposons la formulation complétée suivante :

Art. 13 e bis (complété) Annonce, publication et sanctions en cas de non-respect des obligations

1 (complété) Lorsqu'un employeur n'a pas effectué d'analyse des salaires dans le délai prévu, ou qu'il ne l'a pas fait contrôler, n'a pas informé la représentation des travailleurs dans le délai prévu ou n'a pas suivi les recommandations de son organe de contrôle d'ici le prochain contrôle, l'organe de contrôle l'annonce à l'autorité compétente.

2 (complété) L'autorité compétente inscrit sur une liste accessible au public (...) aux art. 13a et 13c. Si un employeur n'a pas respecté ses obligations, s'il n'a pas pu fournir d'explications à un dépassement du seuil de tolérance imposé par la méthode d'analyse ou s'il n'a pas suivi les recommandations de son organe de contrôle pour éliminer toute discrimination salariale jusqu'au prochain contrôle, les autorités compétentes prennent des sanctions selon l'al. 3.

3 (nouveau) Les sanctions prévues sont d'ordre pécunier sous la forme d'une amende. Le montant correspond au double du pourcentage dépassant le seuil de tolérance imposé par la méthode d'analyse appliqué au chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise l'année précédant le contrôle.

4 (nouveau) Les autorités compétentes organise des contrôles périodiques par sondage afin de s'assurer du respect de la loi.

Art. 13 f Collaboration avec une organisation

Cet article est corrigé selon la proposition de l'article 13 d.

(corrigé) Les employeurs peuvent effectuer et contrôler l'analyse des salaires en collaboration avec une organisation au sens de l'art. 7.

Art. 13 g Information des travailleurs

Informers les travailleurs est une excellente chose. Toutefois, nous sommes d'avis que cette information doit porter non seulement sur la manière dont s'est déroulée l'analyse mais aussi sur les éléments de l'Art. 13 e modifié, à savoir le résultat détaillé de l'analyse (anonyme) et sur les mesures correctrices qui seront prises suite aux recommandations faites à l'employeur par l'organe de contrôle.

(corrigé) Les employeurs informent les travailleurs du résultat du contrôle tel que prévu à l'Art. 13 e. au plus tard un an après réception du rapport.

Art. 17a Disposition transitoire relative à la modification du ...

Après vingt ans, il est plus que temps d'éliminer toute forme de discrimination salariale fondée sur le sexe. C'est pourquoi Travail.Suisse attend des entreprises qu'elles commencent leur première analyse aussi rapidement que possible. Un délai de quatre ans est raisonnable pour que toutes les entreprises aient préparé et vérifié leurs données. Il ne faut pas oublier que près de 35'000 entreprises participent à l'Enquête suisse sur la structure des salaires de l'OFS et qu'elles disposent déjà d'une base adéquate pour mener l'analyse à bien. Toutefois, il est nécessaire d'avoir encore un peu de temps pour développer une méthode applicable pour les entreprises de moins de 50 employés. La date buttoir de 2025 nous paraît être raisonnable.

2 (complété) Il peut fixer des dates différentes en fonction de la taille des entreprises et de la disponibilité d'une méthode reconnue pour les entreprises de moins de 50 travailleurs.

Renforcement des moyens à disposition du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes

A partir du moment où l'autorité compétente (le BFEG) est chargé de mener à bien des sondages pour s'assurer du respect de la loi, il est évident qu'elle doit pouvoir disposer des compétences et des moyens financiers et en personnel nécessaires.

Nous vous remercions pour la prise en compte de notre prise de position.

Veuillez agréer, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, nos salutations distinguées.



Adrian Wüthrich
Président



Valérie Borioli Sandoz
Resp. Politique de l'égalité