

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

Rapport établi 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

SOMMAIRE

CONDENSÉ	3
1 INTRODUCTION	11
2 OBJETS DE L'ENQUÊTE ET MÉTHODOLOGIE	13
2.1 Objets de l'enquête	13
2.2 Méthodologie	14
2.3 Portée de l'enquête	17
3 ÉTUDES DE CAS SUISSES	18
3.1 Surveillance des prix	18
3.2 Commission fédérale des maisons de jeu	24
3.3 Mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes dans le canton de Bâle-Ville	30
3.4 FINMA (aspect de l'autorégulation en Matière de blanchiment d'argent)	36
4 ÉTUDES DE CAS À L'ÉTRANGER	42
4.1 Canada (Ontario)	42
4.2 Autriche	50
4.3 Suède	58
5 SYNTHÈSE ET RECOMMANDATIONS	68
5.1 Aperçu des modèles étudiés	68
5.2 Coûts et profit des modèles étudiés	72
5.3 Variantes dans la conception des systèmes	73
5.4 Modèles d'organisation	85
5.5 Propositions en vue d'un mécanisme de contrôle et d'application étatique en matière d'égalité des salaires en suisse	88
IMPRESSUM	98

CONDENSÉ

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 relevant du droit privé. 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 mise en application de l'égalité des salaires entre femmes et hommes en Suisse dans le cadre de rapports de travail relevant du droit privé.

Cas étudiés en Suisse

Il existe en Suisse des modèles de contrôle et de mise en 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 soit 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 qu'ils imposent à une partie des employeurs (généralement en fonction du nombre de personnes employées) d'analyser 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 l'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.

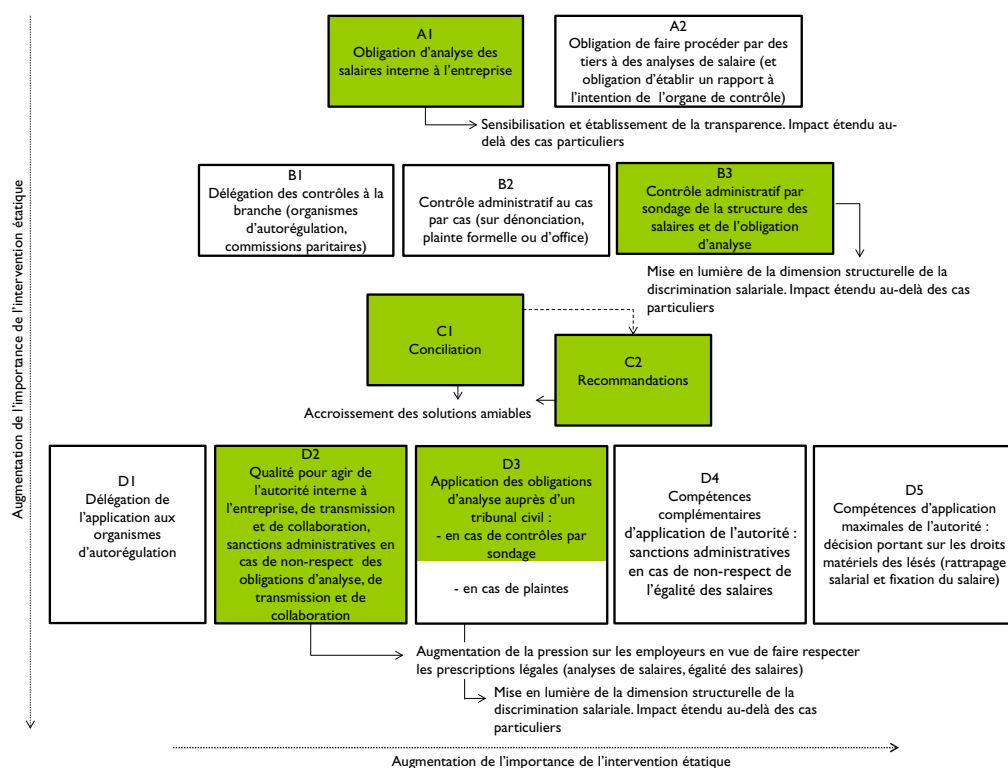
Synthèse et recommandations

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 victimes privées.

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 d'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 dans ce domaine, 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 examinés 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.

I INTRODUCTION

L'écart moyen de salaire entre hommes et femmes s'élève à 23,6 pourcent dans le secteur privé (2010),² 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 des salaires 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 fédérale (Cst.) depuis 1981 (aujourd'hui à l'art. 8, al. 3, Cst. 1999). La notion de travail de même valeur ne comprend pas seulement les travaux semblables, c'est-à-dire de même type, mais elle va plus loin et s'applique, en relation avec les discriminations salariales indirectes, à des travaux de nature différente. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les différences de salaire sont discriminatoires lorsqu'elles reposent sur des éléments sexospécifiques : on est en présence d'une discrimination salariale directe du fait d'employeurs privés lorsque la fixation du salaire ou d'une partie du salaire est explicitement liée au sexe, par exemple lorsque, au sein d'une même entreprise, les auxiliaires femmes et hommes sont gratifiés de salaires minimaux différents ou lorsqu'un salaire différent est versé pour un même travail et en présence des mêmes qualifications et prestations. On parle en revanche de discrimination salariale indirecte lorsque le sexe n'est pas à proprement parler un critère de fixation du salaire, mais que les critères de fixation du salaire au sein de l'entreprise désavantagent de fait un sexe par rapport à l'autre. Les femmes sont ainsi indirectement discriminées lorsque les employés travaillant à temps partiel reçoivent un salaire inférieur car les femmes sont majoritaires à travailler à temps partiel.³ Il y a par conséquent aussi discrimination au sens de l'article 8, alinéa 3, Cst. lorsque des différences de salaire existent au sein d'une entreprise au détriment d'une catégorie professionnelle caractéristique à l'un des deux sexes lorsqu'elles ne sont pas fondées objectivement sur le travail lui-même, mais reposent sur des éléments liés au sexe. Une activité est en règle générale qualifiée de sexospécifique lorsque la proportion de femmes se situe à plus de 70 pourcent ou que des facteurs historiques expliquent le caractère sexospécifique. Une différence de salaire est par contre objectivement justifiée en cas de comparaison individuelle ou lors de la classification des professions exercées de manière prépondérante par des femmes lorsqu'elle se fonde sur des critères objectifs (cf. ATF 136 II 393).

La loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg), entrée en vigueur en 1996, concrétise le principe de l'égalité des salaires inscrit dans la Constitution et entend faciliter la réalisation du droit à un salaire égal (art. 5 LEg). La LEg et le Code de procédure civile suisse (CPC) prévoient en outre une procédure facilitée en

² Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (2013) : Vers l'égalité des salaires ! Faits et tendances. Berne

³ Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (2007) : Qu'est-ce que l'égalité de salaire ? Sur la discrimination salariale, voir également ATF 136 II 393; 127 III 207; 125 III 368; Kaufmann, C.; Steiger-Sackmann S. (éd.) (2009) : Kommentar zum Gleichstellungsgesetz (GSG), Bâle; Aubert, G.; Lempen K. (éd.) (2011) : Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève.

faveur des personnes concernées. La LEg ménage aussi la qualité pour agir en faveur des organisations (art. 7 LEg). Elle ne prévoit toutefois pas de mesures d'application administratives. Seul le domaine des marchés publics connaît un contrôle administratif des employeurs privés.⁴

Lorsqu'il y a présomption d'une différence de salaire discriminatoire, les travailleurs ont la possibilité de s'adresser à un office de conciliation ou d'intenter une action. Cependant, pour différentes raisons, ces instruments restent souvent inutilisés.⁵ C'est pourquoi il est peu étonnant que la différence de salaire entre les hommes et les femmes se soit si peu réduite au cours des dernières années.

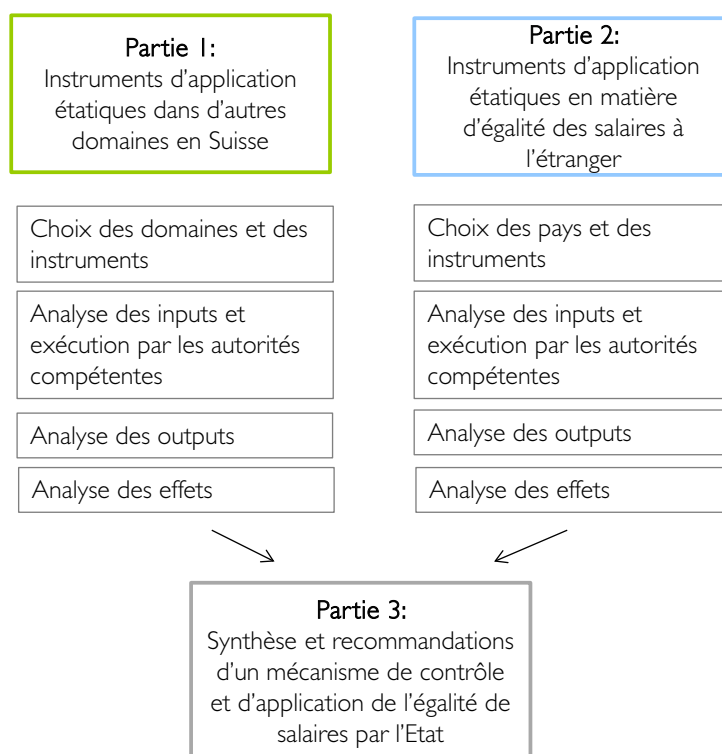
La présente étude entend mettre en évidence les instruments étatiques de contrôle et de mise en application étatiques qui pourraient être utilisés en Suisse en vue de réaliser l'égalité des salaires. Conformément au mandat reçu, l'étude s'est concentrée sur les instruments de contrôle et de mise en application concernant les employeurs 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.

⁴ Art. 8, al. 1, let. c de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP) au niveau fédéral, parfois aussi à l'échelon cantonal, cf. art. 24, al. 1, let. f de l'ordonnance du 16 octobre 2002 sur les marchés publics (OCMP), canton de Berne

⁵ Cf. à ce sujet les conclusions de l'évaluation de la LEg, rapport de synthèse : Stutz H. et al. (2005) : Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité. Rapport de synthèse, sur mandat de l'Office fédéral de la justice, Berne, p. 124 ss ; Office fédéral de la justice (2008) : Egalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle : divers modèles d'autorités dotées de compétences d'investigation et d'intervention, Berne p. 4 (rapport)

L'étude est divisée en trois parties représentées dans le tableau ci-dessous.

Tableau 2.1: Aperçu des différentes parties de l'étude



Source : tableau réalisé par les auteur-e-s.

2.1 OBJETS DE L'ENQUÊTE

Les études de cas effectuées en Suisse et à l'étranger sont appelées à nous faire connaître les instruments d'application et d'exécution existants. Quatre études ont été effectuées en Suisse dans des domaines autres que l'égalité des salaires (cf. chapitre 3). Trois études conduites à l'étranger ont quant à elles porté sur l'application de tels instruments dans le domaine de l'égalité des salaires (cf. chapitre 4).

Dans la terminologie utilisée en science de l'évaluation, les questions relatives à l'efficacité de mesures sont classées selon les différents niveaux de déploiement de leurs effets.⁶ Une mesure se fonde sur une *base conceptuelle*, un *input* défini (ressources financière et en personnel) est utilisé, différents acteurs collaborent à la *mise en œuvre*, la mesure génère un *output* concret et déploie dans le groupe ciblé des effets prévus mais aussi peut-être inattendus (*outcome*) et contribue en fin de compte à atténuer le problème (*impact*). Le tableau ci-après illustre l'enchaînement des réactions.

⁶ Bussmann, W.; Klöti, U.; Knoepfel, P. (éd.) (1997) : Einführung in die Politikevaluation, Bâle

Tableau 2.2 : Chaîne de causalité des réactions issues des mesures étatiques

Contexte (politique, économique, juridique)					
Objets d'évaluation	Concept/input	Exécution	Output	Outcome	Impact
	- Fonctionnement sur le plan formel et bases juridiques - Ressources financières et en personnel	Structure organisationnelle et exécution	Fourniture de prestations (p.ex. nb et type de contrôles, d'infractions décelées, de sanctions)	Effets auprès des groupes visés (attendus ou non)	Contribution à la résolution du problème
Critères d'évaluation	Adéquation (adéquation de l'input, des structures organisationnelles et déroulements pour la fourniture des prestations)		- Adéquation - Efficience des prestations (relation input/output)	- Efficience - Efficience liée aux effets (relation input/output)	Efficacité

Source : tableau réalisé par les auteur-e-s.

Les instruments d'exécution et d'application répertoriés dans les études de cas sélectionnées ont été analysés à la lumière des objets d'évaluation pris en compte dans la chaîne de causalité.

Dans la dernière partie, nous avons rassemblé les conclusions tirées des études de cas dans une synthèse et avons formulé des recommandations, proposant des outils étatiques à même d'atteindre l'égalité des salaires en Suisse (cf. chapitre 5).

2.2 MÉTHODOLOGIE

Ce travail de recherche se fonde sur une approche par études de cas. Celles-ci sont particulièrement appropriées pour analyser de manière systématique les rapports et les mécanismes de causalité de mesures concrètes. L'analyse des études de cas repose sur un schéma structuré en fonction des objets et critères d'évaluation cités dans le tableau 2.2. Le choix d'une analyse en fonction d'un schéma génère une structure homogène des études de cas et se prête donc spécialement bien à leur comparaison (analyses transversales dites « cross-case »).⁷ Outre l'analyse des documents à disposition, les études de cas comprennent des entretiens conduits avec des experts (cf. Tableau 2.3 et Tableau 2.4).

Sélection des cas

Le choix des études de cas a été opéré d'entente avec les mandants et se fonde sur des bases consolidées. Les études de cas en Suisse ont été sélectionnées de manière à représenter, en ce qui concerne les instruments d'exécution et d'application étatiques, les modèles les plus divers possible (« most different systems design »). Dans cette optique, on a favorisé une forte empreinte des objets prédéfinis sur la chaîne de causalité. Le critère de sélection principal a été la structure organisationnelle. On a toutefois veillé à y inclure au moins un modèle administratif sans commission, un modèle avec commission, un modèle cantonal et un modèle comportant des organismes d'autorégulation. La sélection s'est finalement portée sur la Surveillance des prix, la Commission fédérale

⁷ Cf. Yin, Robert. K. (2002) : Case Study Research: Design and Methods

des maisons de jeu, la mise en œuvre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes dans le canton de Bâle-Ville et la FINMA, plus précisément sur la réglementation en matière de blanchiment d'argent.

En ce qui concerne les études de cas étrangers, l'accent a été mis sur des modèles recelant les compétences d'exécution les plus vastes possibles. Nous avons en outre, dès la sélection, veillé à avoir accès aux informations relatives à l'efficacité des modèles et, par conséquent, à ce que les mécanismes soient déjà appliqués dans le pays concerné depuis un certain temps. Une expertise de l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) nous a fourni des informations concernant des modèles étatiques visant à établir l'égalité des salaires dans 14 Etats. Cette recherche a constitué une base essentielle de notre choix et de la présentation des cas ci-après – notamment en ce qui concerne les aspects juridiques.⁸ Pour les études de cas étrangers, notre choix s'est en définitive porté sur la province canadienne de l'Ontario, sur l'Autriche et sur la Suède.

Analyse des documents

Toutes les études de cas se fondent sur une analyse approfondie des documents à disposition. Outre les bases légales, nous avons compulsé des rapports annuels, des études, des évaluations, des communiqués de presse, des analyses statistiques et l'expertise de l'ISDC déjà citée.

Personnes interrogées

Pour compléter l'analyse des documents, différents spécialistes ont été interrogés personnellement (études de cas suisses) et par téléphone (études de cas étrangers). Les interviews se sont déroulées entre le 22 avril et le 16 mai 2013. Les deux tableaux ci-après donnent une vue d'ensemble des personnes interviewées. Pour toutes les études de cas suisses, des questions supplémentaires ont été posées par téléphone (cf. notes de bas de page). En outre, les études de cas suisses et l'étude relative à l'Autriche ont été contrôlées par les personnes interrogées lors des interviews et par celles ayant fourni des renseignements puis complétées par leurs réactions. En raison de la langue, ce contrôle n'a pas pu être effectué pour l'Ontario et la Suède.

Tableau 2.3 : Personnes interviewées – études de cas suisses

Domaine	Nom	Prénom	Institution	Fonction
Surveillance des prix ⁹	Niederhauser	Beat	Surveillance des prix	Surveillant des prix suppléant, chef de bureau
Commission des maisons de jeu ¹⁰	Jordan	Jean-Marie	Commission fédérale des maisons de jeu	Directeur du secrétariat

⁸ Institut suisse de droit comparé ISDC (2013) : Avis sur les mesures étatiques en matière de discrimination salariale hommes-femmes, Lausanne (non encore publié).

⁹ Un entretien téléphonique complémentaire a été mené avec Monsieur Rudolf Lanz (avocat) de la Surveillance des prix le 31.5.2013.

¹⁰ Monsieur Niklaus Müller (chef Etat-major Impôt) et Madame Maria Saraceni (collaboratrice Etat-major Impôt) ont répondu à d'autres questions par écrit, contrôlé l'étude de cas de la Commission fédérale des maisons de jeu et y ont apporté des corrections.

Domaine	Nom	Prénom	Institution	Fonction
Mise en œuvre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes du canton de Bâle-Ville ¹¹	Trepte	Natalie	Office de l'économie et du travail, Bâle-Ville	Cheffe de la division chargée des relations de travail
FINMA (autorégulation du blanchiment d'argent)	Kohler	Barbara	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA	Blanchiment d'argent et criminalité financière, division Marchés

Tableau 2.4: Personnes interviewées et personnes ayant fourni des renseignements
Etudes de cas à l'étranger

Pays	Nom	Prénom	Institution	Fonction
Ontario	Heyninck	Emanuela	Pay Equity Commission	Commissaire
Ontario	O'Brian	Rene	Pay Equity Office	Senior Review Officer
Autriche	Nikolay-Leitner	Ingrid	Ministère public en matière d'égalité de traitement	Avocate au service de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le monde du travail
Autriche	Konstatzky	Sandra	Ministère public en matière d'égalité de traitement	Avocate au service de l'égalité de traitement entre hommes femmes dans le monde du travail
Autriche	Schindler	René	Syndicat PRO-GE	Secrétaire fédéral aux affaires sociales et juridiques
Suède	Christensen	Peter	Ombudsman en matière de discrimination	Chef de la division Compliance Monitoring
Suède	Hagström	Ulrika	Tjänstemännens Centralorganisation (TCO) – organisation centrale des employés	Senior Research Officer, Gender Equality

Limites de l'enquête

Dans le cadre des études de cas, nous avons l'intention de démontrer l'efficacité des instruments examinés dans la mesure du possible à l'aide d'indicateurs quantifiables. Il s'agit là d'indications aussi concrètes que possible sur le nombre et le type

¹¹ Madame Antonina Stoll (cheffe de la division chargée des relations de travail) de l'Office de l'économie et du travail du canton de Bâle-ville a répondu à des questions complémentaires par téléphone le 11.7.2013.

d'adaptations que les entreprises ont prises à la suite de contrôles (p.ex. en matière d'égalité des salaires : augmentation des salaires, paiements rétroactifs). La concrétisation s'est cependant avérée très difficile parce que les données nécessaires n'étaient pas disponibles. A leur place, nous avons dû nous fier à des estimations approximatives, respectivement à des évaluations des effets sur les entreprises fournies par les personnes interrogées. Les pays examinés disposent bien de données se référant aux répercussions sur l'ensemble de la société – en matière d'égalité des salaires, il s'agit de la réduction de la différence de salaire (non explicable) – mais, compte tenu de la durée parfois brève écoulée depuis l'introduction des mesures de contrôle et d'exécution, ces données hautement agrégées ne sont que peu significatives.

2.3 PORTÉE DE L'ENQUÊTE

Conformément au mandat reçu, la présente étude se concentre sur les instruments de contrôle et d'exécution applicables aux employeurs privés. Cette priorité se justifie par le fait que le problème de la discrimination salariale se révèle plus manifeste dans le secteur privé que dans le secteur public. Selon les statistiques de l'année 2010, la part non justifiée, donc discriminatoire, de la différence de salaire s'élevait à 37,6 pourcent dans le secteur privé tandis qu'elle était de 21,6 pourcent dans le secteur public.¹²

Le principe de l'égalité des salaires énoncé à l'article 8, alinéa 3, de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) s'applique à tous les rapports de travail salariés – aussi bien dans le secteur privé que dans le secteur public. La question de savoir sous quelle forme les mesures proposées peuvent être appliquées dans le secteur public (Confédération, cantons et communes) devrait faire l'objet d'une analyse complémentaire approfondie.

¹² Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG ; Office fédéral de la statistique OFS (2013) : Vers l'égalité des salaires : faits et tendances, Berne

3.1 SURVEILLANCE DES PRIX

La surveillance des prix en matière de concurrence pratiquée en Suisse se fonde sur la loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix promulguée en 1985 et révisée en 1991 (LSPr ; RS 942.20). C'est l'aboutissement d'une initiative populaire largement plébiscitée en 1982 qui a déclenché l'élaboration de cette loi. Cette initiative exigeait que la Confédération édicte des dispositions sur la surveillance des prix et des recommandations de prix appliqués aux biens et aux services offerts par des entreprises et organisations qui occupent une position dominante sur le marché.¹³ Fondamentalement, la loi sur la surveillance des prix a pour objectif de protéger les consommateurs et l'économie de prix trop élevés résultant d'une absence de concurrence.

3.1.1 CONCEPT ET MISE EN OEUVRE

La LSPr s'applique aux accords en matière de concurrence au sens de la loi sur les cartels et aux entreprises puissantes sur le marché qui relèvent du droit public ou du droit privé (art. 2 LSPr). Elle attribue au Surveillant des prix les trois domaines de tâches suivants (art. 4 LSPr) : en premier lieu l'observation constante de l'évolution des prix qui ne sont pas soumis à la libre concurrence, mais qui ont été fixés par des entreprises puissantes sur le marché. Il s'agit par exemple des redevances pour la radio et la télévision, des tarifs des transports publics, de la poste ou des hôpitaux ainsi que les prix de l'eau et de l'évacuation des ordures ménagères des communes.¹⁴ La deuxième tâche consiste à empêcher les augmentations de prix abusives et le maintien de prix abusifs. Le Surveillant s'efforce dans ce domaine de trouver un accord amiable avec les fournisseurs autres que les autorités et d'émettre une recommandation aux fournisseurs qui relèvent des autorités. En dernier recours, il dispose, auprès des fournisseurs qui ne relèvent pas des autorités, de la possibilité de prononcer une décision. En troisième lieu, le Surveillant des prix doit renseigner le public sur son activité. Finalement, la LSPr rend punissable la violation intentionnelle des accords amiables ou de décisions ainsi que la violation de l'obligation de renseigner (art. 23 s. LSPr).

Portée

La surveillance des prix se fonde sur une conception politique de la concurrence. La LSPr s'applique aux cartels et entreprises puissantes sur le marché qui relèvent du droit privé ou public au sens de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart ; RS 251) de même qu'aux prix administrés. Le champ d'application matériel englobe les prix des marchandises et des services, y compris ceux des crédits, à l'exception explicite de la rémunération du travail - salaire et autres prestations (art. 1 LSPr). La loi donne une définition négative du prix abusif, car un abus de prix est exclu lorsque les prix sont la conséquence d'une concurrence efficace. Les interventions ne sont dès lors effectuées que sur les marchés dans lesquels la concurrence ne peut pas exercer sa fonction régulatrice ou uniquement de manière limitée. Alors que la mise en place d'une concurrence efficace est la tâche

¹³ Cf. Confédération suisse, Surveillance des prix (2006) : 20 ans de la loi sur la surveillance des prix (LSPr).

¹⁴ Cablecom ou la compagnie d'aviation Swiss peuvent être qualifiées d'entreprises privées.

de la Commission de la concurrence, le Surveillant des prix intervient là où ce mécanisme ne fonctionne pas ou lorsqu'une concurrence efficace n'est pas souhaitée en raison d'intérêts prédominants. À cet égard, la LCart et la LSPr sont complémentaires.¹⁵

Compétence d'exécution

Les compétences d'exécution en matière de respect des dispositions de la LSPr incombent au Surveillant des prix désigné par le Conseil fédéral. L'application des dispositions pénales prévues aux articles 23 et 24 LSPr incombent au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR). Les décisions sont rédigées par le service juridique du secrétariat général (SG) du DEFR.

Organisation des autorités

La Surveillance des prix est une unité administrative du DEFR. Sur le plan administratif, elle est rattachée au SG du DEFR, qui est chargé des tâches en lien avec le personnel et la répartition des ressources. La professionnalité du SG DEFR et la modeste taille du bureau de la Surveillance des prix permettent une répartition des tâches estimée plus efficace que si elles étaient assumées par la Surveillance des prix elle-même. Cependant, le Surveillant des prix est indépendant du département pour toutes les questions matérielles. Le chef de bureau considère cette indépendance comme un avantage de taille car elle préserve la Surveillance des prix de toute influence politique. La forme organisationnelle actuelle est jugée adéquate, comme le confirme un rapport du DFE¹⁶ de l'année 2004. Ce rapport examinait notamment une éventuelle intégration ou intégration partielle de la Surveillance des prix dans la Commission de la concurrence (COMCO), solution qui selon la conclusion du département n'était pas souhaitable. Les tâches de la Surveillance des prix et de la COMCO étant complémentaires, les méthodes de travail des deux instances sont donc distinctes. La collaboration entre les deux instances est réglée au niveau de la loi et fonctionne sans problème de l'avis des personnes concernées.¹⁷ Contrairement à la COMCO, le Surveillant des prix assume une fonction essentielle de médiateur auprès des consommateurs en mettant à disposition un service des annonces accessible au grand public. Selon un rapport sur l'organisation de la Surveillance des prix, le Surveillant parvient souvent, « de façon informelle, à proposer une solution pragmatique permettant de résoudre les petits différends entre un fournisseur de prestations et un consommateur. Seule une personne disposant d'une certaine notoriété peut, idéalement, exercer cette fonction de médiateur. »¹⁸ « Une commission ne saurait ici être l'instance adéquate » concluent les auteurs du rapport.

Le bureau du Surveillant des prix est dirigé par un chef de bureau qui exerce simultanément la fonction de suppléant du Surveillant des prix. Ce bureau est divisé en trois domaines : santé, énergie et télécommunication et service juridique et d'information. La Surveillance des prix dispose d'un service des annonces auquel tout le monde peut s'adresser. Outre une fonction de contrôle, ce service assume également une fonction

¹⁵ Confédération suisse, Surveillance des prix (2006) : 20 ans de la loi sur la surveillance des prix (LSPr)

¹⁶ Le Département de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR s'appelait jusqu'au 1^{er} janvier 2013 Département fédéral de l'économie (DFE).

¹⁷ Département fédéral de l'économie (2004) : Rapport sur l'organisation de la Surveillance des prix, p. 2

¹⁸ Département fédéral de l'économie (2004) : Rapport sur l'organisation de la Surveillance des prix, p. 13

de signal, dans la mesure où il indique au Surveillant des prix les problèmes existant du côté de la demande. Une fonction de contrôle est en revanche attribuée aux annonces faites par le public dans le sens où elles fournissent des renseignements sur le respect des accords amiables ou en attirant l'attention du Surveillant des prix sur des hausses de prix non annoncées par les autorités. En outre, les annonces provenant du public représentent une importante source d'information qui va au-delà de l'examen de cas particuliers et qui peuvent donner lieu à un examen en profondeur du marché.¹⁹ Depuis 2008 le poste de Surveillant des prix est occupé par Stefan Meierhans. Il exerce son activité dans l'ensemble de la Suisse, les cantons n'assumant pas de tâches dans ce domaine.

Ressources

La Surveillance des prix dispose de seize postes à temps complet et d'un budget d'environ trois millions de francs. Si une procédure d'examen particulièrement étendue et nécessitant un travail important est prévue, comme lors de l'introduction de la nouvelle structure des tarifs hospitaliers en 2009, le Conseil fédéral peut allouer des moyens financiers supplémentaires. Les ressources, tant sur le plan du personnel que sur le plan financier, sont jugées juste suffisantes pour accomplir le mandat prévu par la loi.

Obligation de déclarer et d'annoncer

Les entreprises n'ont pas l'obligation d'annoncer les augmentations de prix. L'article 6 LPSr prévoit toutefois la possibilité d'une annonce préalable volontaire. Les entreprises peuvent soumettre les augmentations de prix prévues au Surveillant des prix. En principe, cette possibilité est ouverte à toutes les entreprises. Il n'en est néanmoins fait usage que lorsqu'une entreprise n'est pas certaine que l'augmentation envisagée respecte les principes de la concurrence. Le Surveillant des prix déclare alors dans les 30 jours s'il émet des réserves quant à l'augmentation de prix annoncée. Le chef de bureau indique que cette procédure d'annonce préalable – qui peut être considérée comme une prestation – est assez souvent suivie. Que l'examen des prix soit effectué en raison d'une annonce préalable ou d'office n'a aucune influence sur le travail à fournir par la Surveillance des prix.

Ainsi qu'il a déjà été mentionné, celui ou celle qui suppose qu'un prix a été augmenté ou maintenu de manière abusive peut adresser une dénonciation écrite au Surveillant des prix (art. 7 LSP), une démarche qui est très régulièrement effectuée. En 2012, le Surveillant des prix a enregistré quelque 2800 avis demandant une enquête.

Compétences d'investigation

Le Surveillant des prix peut ouvrir une enquête dans le cadre de l'observation des prix ou à la suite d'une dénonciation émanant du public s'il soupçonne l'existence d'un prix abusif. Le soupçon n'a pas à répondre à de grandes exigences. Le Surveillant des prix peut ainsi solliciter des informations auprès d'une entreprise sans devoir, à ce stade, fournir des explications détaillées concernant le choix de cette entreprise ou les indices portant à croire à un prix abusif. D'ordinaire, l'enquête est menée par écrit sur la base d'un questionnaire. Les entreprises sont à cet égard soumises à une obligation de ren-

¹⁹ Commission de la concurrence (2012) : Droit et politique de la concurrence. Rapport annuel du Surveillant des prix 2012

seigner et de collaborer. L'obligation de renseigner a récemment fait l'objet d'un arrêt du Tribunal administratif fédéral (TAF).²⁰ Le TAF a rejeté le recours d'un établissement médico-social (EMS) qui contestait l'obligation de renseigner et avait attaqué une décision du Surveillant des prix sur ce point. Le tribunal a motivé sa décision en estimant que les EMS sont tenus de fournir les renseignements requis au Surveillant des prix et de mettre à sa disposition les documents nécessaires, puisque ce n'est qu'en se basant sur ces renseignements qu'il peut être décidé si le Surveillant des prix est compétent ou non, respectivement si l'on est en présence d'un prix abusif ou non.

Deux types d'enquête sont fréquemment menées. Dans le cas d'une analyse des coûts, l'entreprise est priée de fournir ses données au Surveillant des prix en remplissant un questionnaire. Les données produites sont ensuite contrôlées quant à leur plausibilité en les confrontant à des données officielles telles que rapports annuels, données fiscales, etc. Selon le chef de bureau, le degré d'exactitude des indications fournies par les entreprises est considéré comme très élevé du fait que, selon l'article 24, lettre b, LSPr, la communication d'indications fausses ou incomplètes est punissable. Les entreprises devraient craindre, outre une amende, une atteinte à leur réputation au cas où la transmission de fausses indications par l'entreprise serait rendue publique. La seconde méthode d'enquête consiste en une comparaison transversale faite sous forme d'une analyse comparative dite « benchmarking » entre plusieurs firmes et produits. Le chef de bureau relève qu'en règle générale, il est néanmoins relativement difficile de trouver deux firmes qui produisent des biens équivalents. Les compétences d'investigation sont malgré tout jugées parfaitement suffisantes. Des compétences plus étendues ne permettraient pas d'atteindre des résultats meilleurs ou différents. L'article 13 LSPr énumère les éléments d'appréciation qui doivent être pris en considération lors de l'examen.²¹

Exécution

Si un prix abusif est constaté, un accord à l'amiable sera recherché avec l'entreprise concernée pour obtenir une réduction de prix, une hausse de prix modérée ou un report de l'augmentation de prix incriminée. Si aucun accord amiable n'est atteint avec l'entreprise, le Surveillant des prix peut imposer la réduction de prix par décision. Conformément à l'article 23 LSPr, sera puni d'une amende jusqu'à 100 000 francs celui qui, intentionnellement, n'aura pas procédé à la réduction de prix ordonnée, aura augmenté un prix malgré l'interdiction ou dépassé un prix fixé à l'amiable. Sera puni d'une amende jusqu'à 20 000 francs celui qui, intentionnellement, ne se sera pas acquitté de l'obligation de renseigner ou aura donné des indications fausses ou incomplètes (art. 24 LSPr).

Autres compétences

Contrairement à sa position face aux entreprises privées, au cas où des autorités politiques (c.-à-d. autorités exécutives ou législatives de la Confédération, des cantons ou des communes) sont compétentes en matière de prix, le Surveillant des prix ne peut, aux termes de l'article 14 LSPr, qu'émettre des propositions relatives aux tarifs présentés par les autorités. Comme il s'agit d'un simple droit de recommandation, les autori-

²⁰ Tribunal fédéral administratif (2012) : Arrêt du 5 mars 2012. B-5436/2011

²¹ Il s'agit de l'évolution des prix sur des marchés comparables, la nécessité de réaliser des bénéfices équitables, l'évolution des coûts, des prestations particulières des entreprises et des situations particulières inhérentes au marché.

tés politiques ne sont pas tenues de les suivre. Selon l'article 15 LSPr, il en va de même en ce qui concerne les autres régimes de surveillance des prix de droit fédéral.

L'une des tâches les plus importantes du Surveillant des prix est de renseigner le public sur son activité (art. 4 al. 3 LSPr). La transparence et la forte présence du Surveillant des prix dans les médias ont pour but de renforcer l'effet préventif de la loi. C'est pourquoi il informe régulièrement les médias et le public sur ses activités et les résultats de ses investigations. Ses rapports annuels paraissant dans le recueil « Droit et politique de la concurrence en pratique » (DPC) en donnent une vue d'ensemble. Les principaux accords amiables et recommandations ainsi que les décisions formelles sont publiés sur le site internet du Surveillant des prix et régulièrement actualisés. Ces décisions et d'autres nouvelles sont publiées dans une newsletter paraissant environ tous les deux mois et commentées dans un blog.

Position des lésés et des tiers

En vertu de l'article 21 LSPr, les organisations de consommateurs ont un droit de recours qui ne peut toutefois être invoqué lors du prononcé d'une décision. Une telle organisation pourrait ainsi par exemple attaquer une décision du Surveillant des prix si elle est d'avis que la réduction de prix décidée n'est pas suffisante. Elle peut également faire usage de son droit de recours lorsque, par exemple, une entreprise attaque la baisse de prix ordonnée par le Surveillant des prix devant le TAF et qu'elle obtient gain de cause. A ce moment-là, l'organisation de consommateurs pourrait porter l'affaire devant le Tribunal fédéral. Ce droit n'a à ce jour encore pratiquement jamais été utilisé car, en règle générale, les procédures débouchent très rarement sur une décision. Mais comme, conformément à l'article 5 LSPr, la surveillance des prix doit s'exercer de concert avec les milieux intéressés, le Surveillant des prix entretient un contact régulier avec les organisations de consommateurs.

Voies de droit ouvertes contre les décisions des autorités

Une entreprise peut interjeter recours auprès du TAF contre une décision du Surveillant des prix (art. 20 LSPr). La décision de ce tribunal est sujette à recours auprès du Tribunal fédéral.

3.1.2 OUTPUT

Nombre d'enquêtes

En 2012, les dénonciations par le public ont été au nombre d'environ 2800. Parmi elles, 20 pourcent concernaient La Poste, suivies de contestations relatives aux prix dans le domaine de la télécommunication (14 %) et dans celui de la santé (11 %). Le nombre de dénonciations a tendance à augmenter d'année en année. Au cours de la même année, 30 enquêtes ont été conduites dans différentes branches, à la suite soit d'observations faites par le bureau de la Surveillance des prix, soit d'une dénonciation. Afin de garder une certaine flexibilité au quotidien, le nombre d'enquêtes à mener par année n'est pas déterminé. Le Surveillant des prix fixe néanmoins des objectifs annuels sous forme de branches spécifiques qui font ensuite l'objet d'investigations approfondies. Les tarifs soumis par les autorités politiques au Surveillant pour avis conformément aux articles 14 et 15 LSPr ont été au nombre de 420 environ en 2012, dont une centaine ont fait l'objet d'une recommandation de la part du Surveillant des prix.

Nombre d'infractions et conséquences juridiques

Sur les 30 enquêtes, une douzaine ont abouti à un accord amiable avec l'entreprise ; dans six cas, l'existence d'un prix abusif n'a pas été établie. Les douze enquêtes restantes n'ont pas pu être bouclées en 2012. D'une manière générale, il est extrêmement rare d'aboutir à un prononcé d'une décision car les entreprises craignent que leur réputation n'en souffre. A ce jour, une procédure de droit administratif telle que prévue à l'article 25 LSPr n'a été engagée qu'une seule fois.

Durée de la procédure de contrôle

La durée de l'examen varie selon le dossier. De fait, la volonté de coopérer des entreprises est décisive. Le recours à des avocats peut entraîner un travail plus conséquent alors que, pour des investigations répétitives, une certaine routine peut quant à elle permettre d'augmenter l'efficacité des deux côtés.

3.1.3 EFFETS

Adaptations concrètes dans les entreprises

En 2012, les enquêtes dans les entreprises privées ont abouti à douze accords amiables et à aucune décision formelle. Les quelque 100 recommandations remises à des autorités politiques n'ont été suivies, selon une estimation approximative du chef de bureau, que dans moins d'un tiers des cas, ce qui est atypique²² (dans les années habituelles : elles sont suivies à raison d'environ deux tiers, 15 à 20 % sont partiellement suivies et près de 15 % ne sont pas suivies). Le Surveillant des prix n'a pas d'autres moyens d'agir en cas de non-application de ses recommandations. Il peut toutefois en informer le public et, suivant les cas, déclencher un débat au niveau politique.

En présence d'un accord amiable, la durée nécessaire pour que la mesure déploie ses effets est relativement courte, car le prix doit être réduit dans les plus brefs délais. C'est une des raisons pour lesquelles l'accent est mis sur un accord amiable : les consommateurs et consommatrices peuvent ainsi rapidement bénéficier de l'adaptation du prix. En raison des voies de droit pouvant être mises à profit lors du prononcé d'une décision, il peut par contre se passer des années avant que les prix ne soient baissés.

Autres effets

On reconnaît à la LSPr un effet préventif significatif. Dans le cas des entreprises privées, le principal élément préventif est la possibilité qu'a le Surveillant des prix d'informer le public sur les enquêtes menées et les éventuels dommages à la réputation qui en découlent. En ce qui concerne les autorités politiques, il s'agit plutôt de la perspective d'éventuelles charges administratives.

Effets sur la société

Moyennant un budget annuel d'environ trois millions de francs, des économies pour plus de 300 millions de francs peuvent selon les circonstances être faites chaque année au bénéfice des consommateurs et consommatrices. Dans ce sens, le chef de bureau de la Surveillance des prix estime que le rapport entre les produits et les charges est excel-

²² En 2012, un nombre particulièrement élevé de recommandations émises en raison de nouvelles dispositions dans la LAMal n'ont pas été suivies par les cantons. Une partie de ces dossiers doit être soumise au jugement du TFA car, dans ce cas particulier, les caisses-maladie disposent d'un droit de recours.

lent. Comme les contribuables profitent directement des réductions de prix, cette instance bénéficie d'une grande légitimité dans le public.

3.2 COMMISSION FÉDÉRALE DES MAISONS DE JEU

En 1993, le peuple suisse a voté sur la suppression de l'interdiction des maisons de jeu et l'adoption d'un nouvel article dans la Constitution. Des arguments tels que la perspective de recettes supplémentaires pour l'AVS, un système de concession et un contrôle étatique sévère ont convaincu la majorité des citoyens suisses, ainsi que l'a révélé la forte acceptation de cet objet. Les dispositions sur les jeux de hasard ont été inscrites dans l'article 106 Cst. au cours des travaux de révision totale de la constitution fédérale (Cst.). En Suisse, l'importance économique des maisons de jeu n'est pas négligeable, car la Confédération prélève un impôt sur la base de la loi sur les jeux de hasard et les maisons de jeu dont le produit est avant tout attribué au fonds de compensation de l'AVS.²³ Au cours de ces dix dernières années, les produits de cet impôt se sont élevés de 400 à 500 millions de francs par an.

3.2.1 CONCEPT ET MISE EN ŒUVRE

Les bases légales dans le domaine de la surveillance des maisons de jeu sont inscrites dans la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur les jeux de hasard et les maisons de jeu (Loi sur les maisons de jeu, LMJ ; RS 935.52) et concrétisées dans l'ordonnance du 24 septembre 2004 sur les jeux de hasard et les maisons de jeu qui la complète (Ordonnance sur les maisons de jeu, OLMJ ; RS 935.521). D'autres dispositions importantes se trouvent dans l'ordonnance du DFJP du 24 septembre 2004 sur les systèmes de surveillance et les jeux de hasard (Ordonnance sur les jeux de hasard, OJH ; RS 935.521.21) et l'ordonnance de la Commission fédérale des maisons de jeu concernant les obligations de diligence des maisons de jeu en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 12 juin 2007 (Ordonnance de la CFMJ sur le blanchiment d'argent, OBA CFMJ ; RS 955.021). Selon l'article 2 LMJ, la loi a pour but aussi bien d'assurer une exploitation des jeux sûre et transparente que d'empêcher la criminalité et le blanchiment d'argent dans les maisons de jeux ou par leur intermédiaire et de prévenir les conséquences socialement dommageables du jeu. Les jeux de hasard ne peuvent être proposés que dans une maison de jeu au bénéfice d'une concession. Les concessions d'implantation et d'exploitation sont délivrées par le Conseil fédéral sur proposition de la Commission fédérale des maisons de jeu pour une durée de 20 ans. Les établissements concessionnaires sont tenus de respecter les dispositions légales relatives aux organismes responsables, à la transparence et la sécurité de l'exploitation de la maison de jeu, à la protection sociale et à la prévention de la criminalité et du blanchiment d'argent.

Portée

Aux termes de son article 1, la LMJ régit « les jeux de hasard qui offrent des chances de réaliser un gain en argent ou d'obtenir un autre avantage matériel et l'octroi de concessions aux maisons de jeu, ainsi que l'exploitation et l'imposition de ces établisse-

²³ L'impôt des grands casinos (concession A) est versé à 100 pourcent dans les caisses de l'AVS, celui des casinos (concession B) à 60 pourcent dans l'AVS et à 40 pourcent dans les caisses du canton d'implantation.

ments ». Ces établissements sont définis comme « une entreprise qui offre, à titre professionnel, la possibilité de se livrer à des jeux de hasard » (art. 7 LMJ). A l'heure actuelle, 21 maisons de jeu sont actives en Suisse. Il s'agit par conséquent d'un système de contrôle qui se limite à assurer la surveillance d'une branche soumise à concession comparativement peu importante. Les mesures de contrôle et de surveillance régulières sont effectuées périodiquement dans chacun de ces établissements. Le domaine de la surveillance des maisons de jeu est par principe fortement réglementé, vu que ces dernières sont tenues de remplir les exigences très diverses qui leur sont imposées par la législation en matière de gestion et de contrôle interne.

La CFMJ est en outre compétente pour la poursuite des jeux de hasard illégaux. Ce domaine a toutefois été écarté du cadre de la présente étude de cas.

Compétence d'exécution

Le secrétariat assure la surveillance des maisons de jeu et le respect des dispositions légales. La Commission est notamment compétente en matière de suspension ou de retrait d'une concession et elle prononce des sanctions. Le règlement de la CFMJ du 6 décembre 2007 (RS 935.524) contient les dispositions relatives à son organisation et à son fonctionnement.

Organisation des autorités

Le Conseil fédéral élit les cinq à sept membres de la CFMJ et désigne son président ou sa présidente. Tous les membres de cette commission de milice extra-parlementaire doivent être des experts indépendants. La Commission se réunit une dizaine de fois par an. Le secrétariat permanent qui épaula la Commission comprend deux divisions et deux sections ; un directeur en assume la conduite. Le secrétariat exerce la surveillance directe des maisons de jeu, instruit les cas pénaux et prononce des décisions dans les cas où la Commission lui a délégué cette compétence. De plus, il prépare les affaires de la Commission, lui soumet des propositions et exécute les décisions de cette dernière.²⁴ Dans le domaine de la surveillance, le secrétariat se charge de la plupart des tâches de manière indépendante. Mais en présence d'une décision d'importance, telle que le prononcé de mesures conformément à l'article 50 LMJ, si le secrétariat mène l'instruction, la décision est toutefois prise par la Commission. Dans le domaine des sanctions administratives (art. 51 LMJ) et dans celui du droit pénal administratif (art. 57 LMJ), les tâches sont clairement séparées : le secrétariat est l'autorité chargée de l'instruction, respectivement de la poursuite, la Commission l'autorité de jugement.

Le directeur du secrétariat juge adéquate la répartition des tâches entre la Commission et le secrétariat. L'indépendance de la Commission lui garantit une certaine autonomie par rapport aux maisons de jeu et aux autorités fédérales. Etant donné que les maisons de jeu brassent parfois de très grosses sommes, il est également approprié de pouvoir faire appel à une instance composée de spécialistes indépendants qui peut réexaminer les faits avant qu'une décision soit prise. La composition de la Commission, qui comprend des spécialistes de domaines différents, accroît la légitimité de ses décisions. Elle

²⁴ Règlement de la Commission fédérale des maisons de jeu, article 9

est aussi très appréciée du secrétariat notamment parce qu'elle lui permet de faire appel à des renseignements techniques spécifiques.²⁵

La CFMJ effectue chaque année dans toutes les maisons de jeu plusieurs inspections sur des thèmes différents. Elle peut aussi demander le concours du personnel des cantons pour effectuer ses contrôles de routine (p. ex. sur les appareils à sous).²⁶ La CFMJ a sollicité la collaboration des cantons d'implantation et pu conclure avec la plupart d'entre eux une convention. Les cantons mettent à la disposition de la CFMJ du personnel de l'administration cantonale pour lui prêter assistance dans sa tâche de surveillance. Ces personnes visitent la maison de jeu établie sur le territoire cantonal en moyenne une fois par mois afin d'effectuer de simples contrôles, par exemple sur les appareils à sous. Elles établissent ensuite un rapport à l'intention de la CFMJ. Afin d'assurer un contrôle uniforme dans tous les cantons, la CFMJ met à la disposition des inspecteurs et inspectrices cantonaux des listes de contrôle qui sont adaptées chaque année. Par ailleurs, les inspecteurs et inspectrices cantonaux se rencontrent une fois par an pour échanger leurs expériences.

Ressources

Les ressources en personnel du secrétariat se montaient l'année dernière à 34 postes à plein temps. La moitié de ces ressources, soit 17 postes, est attribuée à la section Surveillance des maisons de jeu. La CFMJ a disposé en 2011 d'un budget de quelque huit millions de francs, montant considéré comme suffisant pour remplir le mandat donné par la loi. En moyenne, environ 40 pourcent de l'ensemble des coûts de la CFMJ sont couverts par la taxe de surveillance versée par les maisons de jeu. Cette taxe est proportionnelle au produit brut des jeux dégagé par la maison de jeu au cours de la période fiscale précédente.²⁷ La fixation de la taxe de surveillance est une opération indépendante de la taxation fiscale du produit brut des jeux.

Obligations de déclarer

Le concept de surveillance et de contrôle en vigueur a déjà été expliqué dans le message du 26 février 1997 relatif à la LMJ (FF 1997 III p. 137 ss, ch. 153.6). Il se fonde sur l'observation que, pour des raisons de coût et d'efficacité, il est préférable que la Confédération confie l'ensemble des tâches de contrôle et de surveillance aux exploitants de maisons de jeu plutôt que de surveiller elle-même sur place l'exploitation des jeux et les transactions financières qui y sont liées. Il incombe donc aux autorités compétentes en matière de concessions et de surveillance, entre autres tâches, de vérifier rigoureusement que les conditions d'octroi de la concession sont remplies, de veiller à leur respect pendant la durée de la concession et d'évaluer continuellement la qualité et l'efficacité du système de contrôle interne des maisons de jeu quant à l'exploitation des

²⁵ Composition actuelle de la CFMJ : président : Hermann Bürgi (ancien conseiller aux Etats et ancien conseiller d'Etat, avocat) ; membres : Véronique Hermanjat Schulz (directrice de Passion for People SA et de l'Ecole Internationale de Tourisme de Lausanne), Marianne Hilf (professeure de droit pénal à l'Université de Berne), Erwin Jutzet (avocat, conseiller d'Etat, directeur de la Sécurité et de la Justice du canton de Fribourg), Sarah Protti Salmina (experte fiscale), Hansjörg Znoj (professeur de psychologie à l'Université de Berne).

²⁶ Dans quelques cantons, la collaboration s'effectue avec le département de justice et police, dans d'autres avec celui de l'économie et du travail ou encore de la migration, de l'inspection des finances ou de la police du commerce.

²⁷ Cf. art. 108 à 111 ainsi que les art. 118 et 119 OLMJ

jeux, la protection sociale et le blanchiment d'argent. Il y a également lieu de procéder de temps à autre à un contrôle par sondage sur place. Mais l'accent doit être mis sur la vérification des mesures internes de surveillance et de contrôle de la maison de jeu dont les organes et la direction sont eux-mêmes responsables. Si des défaillances et des lacunes sont constatées dans ce domaine, les conditions qui ont présidé à l'octroi de la concession ne sont plus remplies et la concession peut alors être retirée, suspendue ou restreinte.

L'une des bases du système de surveillance dualiste est le rapport explicatif prévu à l'article 76 OLMJ, qui doit être établi par l'organe de révision de la maison de jeu et envoyé à la CFMJ au plus tard quatre mois après le bouclage de l'exercice considéré. Ce rapport donne, outre des informations sur la situation patrimoniale générale de la maison de jeu, des indications sur le respect des conditions financières requises pour la concession, les risques auxquels est exposée chaque maison de jeu, la conformité à la législation, la pertinence et le caractère fonctionnel de l'organisation interne de la maison de jeu au vu des mesures d'organisation prises afin d'assurer la surveillance et le contrôle de l'activité et de la présentation des comptes de la maison de jeu (art. 76 OLMJ). En complément au rapport explicatif, les maisons de jeu doivent soumettre chaque année leur rapport de gestion (art. 30 LMJ) ainsi qu'un rapport détaillé sur la formation de base et le perfectionnement du personnel de la maison de jeu, l'application des mesures de prévention, la mise en œuvre de la détection précoce et des indications sur le nombre de joueurs qui ont été exclus des établissements ou orientés vers les centres de prévention, de conseil ou de thérapie (art. 40 OLMJ). En outre, les maisons de jeu doivent annoncer toute modification de faits pertinents relatifs aux conditions d'octroi de la concession (art. 18 LMJ). De surcroît, la Commission peut notamment exiger des maisons de jeu et des organes de révision de ces établissements tous les renseignements et documents nécessaires à l'accomplissement de ses tâches (art. 48, al. 3, let. a LMJ).

Investigations et exécution

Les pouvoirs de la CFMJ dans le cadre de son activité régulière de surveillance sont définis aux articles 48, alinéa 3, et 50 LMJ ainsi qu'aux articles 120 ss OLMJ. La Commission peut donc en principe « ordonner toutes les mesures nécessaires à la vérification du respect des dispositions légales ». Ces mesures s'étendent de l'exigence de fournir des preuves, des pièces et des informations au contrôle des comptes, des bilans et des pièces justificatives en passant par la consultation des livres et des dossiers commerciaux. Outre les vérifications d'ordre administratif, la Commission peut contrôler les installations techniques ainsi que les systèmes de décompte, de contrôle et de surveillance, de même que les jeux de table et les appareils à sous servant aux jeux de hasard. La CFMJ peut ordonner des expertises, prendre des mesures conservatoires ou ordonner des séquestres. Selon les indications données par son secrétariat, tous les pouvoirs définis dans la loi sont jugés suffisants et sont largement mis à profit dans la pratique.

De manière générale, les investigations menées par le secrétariat de la CFMJ se divisent en deux catégories. La première consiste en un contrôle des concepts, au cours duquel les collaborateurs du secrétariat vérifient les annonces obligatoires faites par les maisons de jeu, d'autres assignations, les demandes et les rapports explicatifs. Selon le

degré d'urgence, des mesures appropriées sont prises sur la base des observations faites.²⁸ Le second type d'investigation consiste en inspections sur place. Chaque maison de jeu est visitée au minimum deux fois par année par deux équipes comptant généralement quatre personnes. Les inspections peuvent être annoncées ou inopinées et sont qualifiées d'ordinaires ou d'extraordinaires. Il y a inspection extraordinaire lorsque, au cours d'un contrôle usuel, des faits particuliers ont été constatés ou lorsque des informations recueillies par l'autorité de surveillance présentent des indices de dysfonctionnement. Les coûts d'une inspection extraordinaire doivent être supportés par la maison de jeu concernée. Des experts externes peuvent être consultés au besoin. Le secrétariat peut procéder à un contrôle ultérieur pour vérifier que les mesures pour parer aux points critiquables ont été prises. Il est par ailleurs loisible aux maisons de jeu de démontrer avoir effectué les adaptations requises au moyen de documents ou d'enregistrements vidéo. Le processus de contrôle varie au cas par cas en fonction de la situation.

Dispositions pénales

La possibilité de prononcer des sanctions administratives relève de l'article 51 LMJ. Cette disposition prévoit qu'une maison de jeu peut être tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'au triple du gain réalisé du fait de la violation incriminée si elle a contrevenu à son profit à la concession ou à une décision ayant force de chose jugée. Si aucun gain n'a été réalisé ou que le gain ne peut être calculé ou évalué, le montant à payer peut aller jusqu'à 20 pourcent du produit brut des jeux réalisé au cours du dernier exercice. Les décisions comportant des sanctions sont publiées (sous forme anonymisée).

La LMJ prévoit également des sanctions pénales (art. 55 s. LMJ). Les délits sont passibles d'amendes jusqu'à un million de francs ou de peines de prison jusqu'à un an. Les contraventions peuvent être sanctionnées à raison de 500 000 francs au maximum ou être punies des arrêts. Au nombre des contraventions on compte, outre les infractions liées à l'exploitation des jeux, la violation de l'obligation de communiquer ou le refus d'obtempérer à une injonction de la Commission sommant la maison de jeu de rétablir l'ordre légal ou de supprimer des irrégularités.

Autres compétences

La CFMJ a le pouvoir de retirer sa concession à une maison de jeu ou de la suspendre. Cette mesure n'a toutefois jusqu'ici jamais été appliquée, pas plus que la possibilité de publier le refus d'une maison de jeu de se soumettre à une décision.

Voies de droit

Les maisons de jeu peuvent interjeter recours contre les décisions relevant du droit de surveillance de la CFMJ auprès du Tribunal administratif fédéral, puis du Tribunal fédéral.²⁹ Les décisions du Tribunal administratif fédéral peuvent aussi être portées devant le Tribunal fédéral par la Commission (art. 48, al. 3 let. e, LMJ, recours des

²⁸ Commission fédérale des maisons de jeu (2010) : Rapport annuel 2011

²⁹ Le recours est irrecevable contre les décisions du Conseil fédéral relatives à l'octroi de concessions pour des maisons de jeu, cf. art. 32, al. 1, let. h loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif (LTAf ; RS 173.32).

autorités). La voie de droit en matière pénale est régie par la loi du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA ; RS 313.0).

3.2.2 OUTPUT

Nombre d'inspections

La Commission fixe chaque année des objectifs stratégiques dans le domaine de la surveillance, tandis que les objectifs opérationnels (nombre d'inspections, y compris la matière et l'étendue des inspections) sont fixés par le directeur du secrétariat.

En 2011, 50 inspections ordinaires et six inspections extraordinaires ont été réalisées ; 116 inspections ont été effectuées par des collaborateurs d'autorités cantonales avec lesquelles la CFMJ a conclu une convention. Ceci représente un total de 172 inspections dans les 19 maisons de jeu existantes pour l'année 2011.³⁰ Le nombre d'inspections ou de contrôles sur place est resté relativement stable pendant les dernières années. Dans le cadre du programme de mesures sociales, 24 inspections ont au total été effectuées en 2011. Elles ont permis d'examiner plus spécifiquement les mesures de détection précoce des joueurs susceptibles de devenir dépendants au jeu, les connaissances des collaborateurs sur le sujet et les processus pertinents pour prononcer et lever les exclusions de jeu.

Nombre d'infractions décelées et conséquences juridiques

Le secrétariat a rendu 282 décisions en 2011; la plupart touchait à des modifications de l'offre de jeu. Chaque année, environ une décision condamne à une sanction; le montant auquel une maison de jeu est condamnée étant en général important, celle-ci fait souvent recours.

Durée du processus de contrôle

Le programme d'inspection redéfini chaque année comprend l'objet de l'inspection et son étendue de même que la procédure à suivre dans chaque cas. Dans certains cas, il peut arriver que les inspections durent plusieurs jours et/ou qu'elles soient inopinées.

3.2.3 EFFETS

Adaptations concrètes dans les entreprises

Selon les indications du secrétariat, à de rares exceptions près, les décisions de la CFMJ sont acceptées par les maisons de jeu.

Autres effets

La loi a un effet préventif surtout en matière de criminalité, notamment dans le domaine du blanchiment d'argent et des mesures sociales. Dans une maison de jeu, le risque de blanchiment d'argent est plutôt restreint. En revanche, l'expérience montre qu'il faut accorder une attention particulière à la protection sociale.

Dix ans après l'entrée en vigueur de la loi, on était d'avis que la loi sur les maisons de jeu « donne à l'autorité de surveillance qu'est la CFMJ les moyens juridiques nécessaires pour veiller, d'une part, à ce que les maisons de jeu travaillent de manière con-

³⁰ Commission fédérale des maisons de jeu (2012) : Rapport annuel 2011

forme à la lettre et à l'esprit de la loi, et pour endiguer, d'autre part, le jeu d'argent illégal. »³¹

Effets sur la société

Les craintes que les problèmes sociaux liés aux jeux de hasard pour de l'argent s'accroissent en raison de l'exploitation des maisons de jeu se sont révélées infondées. Selon la CFMJ, « le fait d'avoir imposé la concentration des machines à sous dans les maisons de jeu, où il est bien plus facile de mettre en œuvre des mesures sociales de prévention des conséquences socialement dommageables des jeux de hasard, représente l'un des principaux avantages de la législation actuelle. »³² A ce jour, environ 5000 exclusions de jeu ont été prononcées. Selon la Commission, la protection sociale rencontre des problèmes avant tout en matière de détection précoce.

3.3 MESURES D'ACCOMPAGNEMENT À LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES DANS LE CANTON DE BÂLE-VILLE

Les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes (ci-après : mesures d'accompagnement) ont été mises en place le 1^{er} juin 2004 pour protéger la population active du risque de sous-enchère en matière de conditions salariales et de travail en Suisse. Le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) est l'autorité de surveillance compétente pour garantir la mise en œuvre des mesures d'accompagnement. Le contrôle de l'application est attribué à différents organes d'exécution cantonaux, illustrés ici par l'exemple du canton de Bâle-Ville.

3.3.1 CONCEPT ET MISE EN ŒUVRE

Lors de l'embauche en Suisse de travailleurs sous le régime de la libre circulation des personnes, les employeurs doivent leur garantir des conditions de travail et de salaire conformes aux lois fédérales, aux ordonnances du Conseil fédéral, aux conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire et aux contrats-types de travail au sens de l'article 360a du Code des obligations (CO ; RS 220).³³ Les mesures d'accompagnement donnent aux cantons la possibilité d'effectuer des contrôles pour vérifier le respect de ces conditions salariales et de travail minimales et usuelles. En outre, elles prévoient une observation générale du marché du travail. Les bases légales à ce sujet sont inscrites dans la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (Loi sur les travailleurs détachés, LDét ; RS 823.20).³⁴ L'ordonnance du 21 mai 2003 sur les travailleurs détachés en Suisse (ODét ; RS 823.201) qui la complète concrétise les dispositions légales. Le 2 décembre

³¹ Commission fédérale des maisons de jeu (2010) : Rapport annuel 2009

³² Commission fédérale des maisons de jeu (2011) : Rapport annuel 2010

³³ Sont concernés la rémunération minimale, la durée du travail et du repos, la durée minimale des vacances, la sécurité, la santé et l'hygiène au travail, la protection des femmes enceintes et des accouchées, des enfants et des jeunes et la non-discrimination, notamment l'égalité de traitement entre hommes et femmes (art. 2 LDét).

³⁴ Les nouvelles dispositions légales en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2013 concernant les indépendants ne sont pas incluses dans la présente étude de cas.

2003, le canton de Bâle-Ville a promulgué une ordonnance en application de la loi fédérale (SR-BS 812.900).

Portée

La LDét est applicable à tous les travailleurs détachés en Suisse par un employeur ayant son siège à l'étranger. Qu'ils soient détachés par un Etat faisant partie de l'UE, de l'AELE ou par un pays tiers n'a aucune importance. Il en va de même de la durée du détachement ou du type de branche. La loi règlemente deux types de détachement : soit l'employeur étranger détache ses travailleurs en Suisse pour y fournir une prestation de travail en son nom et pour son propre compte, soit l'employeur étranger détache des travailleurs de manière temporaire dans une filiale suisse ou une entreprise qui lui appartient.³⁵ Mais dans les deux cas, les travailleurs détachés restent soumis au contrat de travail qu'ils ont conclu avec leur employeur étranger. Quoiqu'il en soit, les conditions de travail et de salaire minimales applicables en Suisse doivent impérativement être respectées (art. 2 LDét).

Compétence d'exécution et organisation des autorités

Dans le domaine des mesures d'accompagnement, l'exécution est assurée par deux types d'organismes. Les *commissions tripartites* instituées par les cantons sont compétentes pour les contrôles dans les branches ne disposant pas d'une convention collective de travail déclarée de force obligatoire (CCT non DFO ; art. 7, al. 1, let. b LDét). Dans le canton de Bâle-Ville, la commission tripartite, organisée en commission de milice, se réunit quatre fois par an et comporte neuf membres : trois délégués des organisations de travailleurs, de celles des employeurs et du canton. Ils sont nommés par le Conseil d'Etat. La composition de la commission tripartite est considérée comme bonne, car elle garantit des décisions de consensus et fondées sur une large assise politique. Dans le canton de Bâle-Ville, les contrôles de la commission tripartite sont effectués par l'Office du travail et de l'économie (*Amt für Arbeit und Wirtschaft, AWA*). Par ailleurs, la commission tripartite est chargée d'observer le marché du travail (art. 11, al. 1, let. c ODét). Le secrétariat de la commission est dirigé par l'AWA.³⁶ Dans sa mission d'observation du marché du travail, la commission tripartite détermine chaque année des branches spécifiques qui sont soumises à un examen approfondi lors d'enquêtes par branches. Elle fixe en outre la fourchette des salaires conformes à l'usage professionnel et local.

Les *commissions paritaires (CP)* sont compétentes pour les contrôles dans les branches disposant d'une convention collective de travail déclarée de force obligatoire (CCT DFO ; art. 7, al. 1, let. a LDét). Une commission paritaire (professionnelle) se compose de représentants des employeurs et des travailleurs. L'instauration d'une CP obéit aux dispositions d'une convention collective de travail (CCT), puisque les CCT sont conclues entre les employeurs ou leurs associations professionnelles et les associations de travailleurs. Dans le canton de Bâle-Ville, les vérifications de CCT DFO sont principalement effectuées par l'institut de contrôle des chantiers (*Baustellenkontrolle Basel - BASKO*). Le BASKO est une association qui procède, sur la base de conventions de

³⁵ SECO (2008) : Commentaire à l'appui des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, p. 8

³⁶ Dans plusieurs cantons, tels que Zurich et Berne, les contrôles effectués par les commissions tripartites sont délégués à une association de contrôle du marché du travail.

prestations, à la plus grande partie des contrôles pour le compte des commissions paritaires. Fondé en 2005, il a pour but de veiller à une concurrence équitable dans le secteur de la construction et le second œuvre sur le territoire cantonal de Bâle-Ville en contrôlant le respect des dispositions légales ou contractuelles, notamment celui des CCT DFO. En plus des contrôles effectués dans le cadre de la LDét, le BASKO en effectue aussi en vue de lutter contre le travail au noir.

Afin d'assurer une mise en œuvre des mesures d'accompagnement aussi uniformisée que possible dans les cantons, le SECO a promulgué une directive relative à la procédure pour comparer le salaire du travailleur suisse et celui du travailleur détaché.³⁷ En outre, le SECO organise des formations relatives à l'exécution des contrôles du marché du travail et publie la documentation relative à ces formations. Il présente de surcroît un rapport annuel sur l'exécution des mesures d'accompagnement.³⁸

L'AWA informe activement les employeurs sur les dispositions légales existantes, par exemple en les renvoyant au site internet du SECO dans le cadre de la procédure d'annonce. Lors des grandes manifestations telles que la foire d'automne, et pour la première fois en 2013 à l'occasion de *Baselworld* (foire des montres et des bijoux), l'AWA fait savoir aux exposants, respectivement aux personnes qui montent les stands, que des salaires minimaux existent en Suisse et que les entreprises seront sanctionnées si elles ne respectent pas les prescriptions en vigueur. Cette campagne d'information est jugée comme très utile étant donné que, aux dires de l'AWA, elle a suscité de nombreuses questions et réactions.

Ressources

Le SECO prend en charge 50 pourcent des coûts salariaux de l'AWA pour assurer les 530 contrôles prescrits. D'après les indications de l'AWA, les ressources libérées pour remplir le mandat légal sont en principe suffisantes. L'AWA met 360 pourcent de poste à disposition pour assurer l'exécution des mesures d'accompagnement ; les ressources engagées par le BASKO peuvent être estimées à quelque 400 à 500 pourcent de poste.

Obligations de déclarer

Les employeurs ont l'obligation d'annoncer les travailleurs et travailleurs détachés qu'ils veulent engager. Ils doivent fournir à l'AWA au minimum huit jours avant le début de la mission des informations sur l'identité de la personne, le type de travail effectué et le lieu où les travaux sont exécutés (art. 6 LDét). L'obligation d'annonce est obligatoire dès le premier jour pour les entreprises suivantes : construction, second œuvre, hôtellerie et restauration, nettoyage, surveillance et sécurité, commerce itinérant et industrie du sexe. Les travailleurs des autres branches doivent être annoncés si la durée de leur mission dépasse huit jours par année civile.³⁹ L'AWA transmet à la commission paritaire compétente les annonces faites relevant du domaine des CCT DFO.

³⁷ SECO (2012) : Directive « Procédure de comparaison internationale des salaires » du 21 décembre 2012

³⁸ SECO (2013) : Rapport sur les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes 2013

³⁹ La durée effective de la mission en Suisse est décisive, indépendamment du fait que la mission soit accomplie de manière ininterrompue ou sous forme de jours séparés. L'obligation d'annonce existe à partir du neuvième jour de travail en Suisse. Cf. BFM/SECO (2012) : Guide à l'appui du formulaire d'annonce pour travailleurs détachés en Suisse.

Compétences d'investigation

Sur la base des annonces préalables qui lui sont adressées, l'AWA demande aux entreprises situées dans son domaine de compétence de lui fournir tous les documents nécessaires pour effectuer son contrôle comme les décomptes de salaire, contrats ou transferts de salaire. Les contrôles sur place sont rares car les documents ne sont en principe pas à disposition sur le lieu de travail. Suite au contrôle effectué par l'AWA et fondée sur son rapport, la commission tripartite décide si les salaires sont usuels dans la branche et la région ou non. Dans les enquêtes de branche, toutes les entreprises concernées sont contactées et priées d'envoyer les documents requis.

Sur mandat des commissions paritaires, le BASKO effectue des contrôles de chantier dans le domaine des CCT DFO. Le mandat de contrôle est déclenché par la réception d'une annonce de travailleurs détachés. Pendant la durée annoncée de la mission de l'entreprise étrangère, les travailleurs détachés sont interrogés au moyen d'un questionnaire standard et un rapport est dressé à l'intention de la CP compétente. La CP décide ensuite si le BASKO doit procéder à un contrôle supplémentaire approfondi en raison d'éventuelles inexactitudes relevées (contrôle du livre des salaires). L'entreprise est ensuite priée d'autoriser la consultation de sa comptabilité salariale, des contrats de travail et d'autres documents pertinents. Le rapport rédigé par la suite permet, le cas échéant, à la CP d'engager une procédure en vue de sanctions auprès de l'AWA.⁴⁰

Exécution et dispositions pénales

Dans le domaine des CCT *qui ne sont pas déclarées de force obligatoire*, une forme de procédure de conciliation attire l'attention des entreprises dans lesquelles des salaires inférieurs aux salaires conformes à l'usage professionnel et local ont été constatés et les invite à respecter ces conditions dans le futur. Comme ces branches n'ont pas de salaire minimum imposé et dès lors aucune obligation de verser un salaire déterminé, l'AWA ne peut pas les sanctionner en leur infligeant par exemple des amendes ou des exclusions. En cas de sous-enchère abusive répétée et d'échec de la procédure de conciliation, la commission tripartite peut cependant demander au Conseil d'Etat l'extension facilitée d'une CCT DFO existante, respectivement lorsqu'il n'y en a pas, l'établissement d'un contrat-type de travail assorti de salaires minimaux obligatoires.

Les commissions paritaires sont tenues d'annoncer auprès de l'AWA les infractions constatées qui concernent le non-respect du salaire minimum dans les branches disposant d'une CCT *à déclaration de force obligatoire*. Cet office a la compétence de prononcer des sanctions administratives allant jusqu'à 5000 francs. Les commissions paritaires peuvent en outre infliger aux entreprises étrangères une peine conventionnelle et mettre les frais entraînés par le contrôle à la charge des entreprises en faute. Les dispositions pénales sont énoncées à l'article 12, alinéa 1, LDét. Ainsi sera puni d'une amende allant jusqu'à 40 000 francs quiconque viole l'obligation de renseigner, se sera opposé à un contrôle de l'autorité compétente ou l'aura rendu impossible, n'aura pas respecté une interdiction exécutoire d'offrir des services ou qui aura contrevenu de façon systématique et dans un esprit de lucre aux dispositions relatives au salaire minimal d'un contrat-type de travail. Sera puni d'une amende d'un million de francs au

⁴⁰ Baustellenkontrolle Basel (2011) : Jahresbericht 2010

plus, quiconque de façon systématique et dans un esprit de lucre n'aura pas garanti à un travailleur les conditions minimales prévues à l'article 2 (art. 12, al. 3, LDét).

Les entreprises étrangères peuvent aussi se voir interdire de proposer leurs services en Suisse en cas de refus de renseigner (art. 9, al. 2, let. b LDét). L'exclusion signifie pour une entreprise appartenant à une branche soumise à une CCT DFO que, suivant la gravité de l'infraction, il lui sera interdit d'accomplir des missions en Suisse pendant une période de un à cinq ans. Le SECO tient une liste des employeurs qui ont violé les dispositions de la LDét et qui ont fait l'objet d'une exclusion. Cette liste peut être librement consultée sur internet.

Les entreprises n'ont pas l'obligation de procéder à un rattrapage salarial. Dans les branches soumises à des salaires minimaux, les travailleurs et travailleuses ont néanmoins la possibilité de déposer une plainte contre la sous-enchère, respectivement d'utiliser les mécanismes d'exécution prévus par la CCT. Le versement d'un rattrapage salarial effectué auprès des travailleurs est pris en compte lors de la fixation des amendes.⁴¹

Voies de droit ouvertes contre les décisions administratives

Avant de prononcer une décision en raison d'une infraction décelée, il y a lieu de garantir à l'entreprise le droit d'être entendue. Celle-ci peut ensuite déposer un recours. La première instance de recours est le chef du Département de l'économie, des affaires sociales et de l'environnement (*Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt*). L'affaire peut ensuite être portée devant le tribunal administratif cantonal.

3.3.2 OUTPUT

Nombre d'investigations

Sur mandat des commissions tripartites, l'AWA a analysé en 2012 les salaires auprès de 463 entreprises de branches non soumises à des CCT DFO, respectivement auprès de 777 personnes. Selon les indications de l'AWA, le canton de Bâle-Ville, en ayant effectué 548,5 contrôles selon le mode de calcul de la Confédération, a rempli les objectifs convenus (530 contrôles).

Des 14 000 personnes annoncées en 2012 (+13 % par rapport à 2011), la moitié environ était des travailleurs occupés par des firmes dont le siège est en Suisse. Pour 5202 d'entre elles (37 %), il s'agissait de personnes détachées par des entreprises ayant leur siège à l'étranger, les onze pourcent restants étaient des fournisseurs de prestations indépendants étrangers. Convertis en postes à plein temps équivalents, les 14 000 travailleurs détachés représentent 1,21 pourcent de la population active du canton.⁴²

En 2010, le contrôle des chantiers de Bâle a effectué 702 contrôles sur mandat des commissions paritaires. Des irrégularités ont été constatées dans 407 cas, lesquelles sont définies comme des « écarts relevés entre les déclarations des travailleurs contrô-

⁴¹ Cela signifie par exemple que, si un rattrapage salarial est effectué, l'amende ordinaire de 150 pourcent de la différence de salaire sera réduite à 50 pourcent de la différence de salaire.

⁴² Département de l'économie, des affaires sociales et de l'environnement du canton de Bâle-Ville (2013) : communiqué de presse du 23 avril 2013

lés, respectivement les résultats des analyses des contrôles de la comptabilité des salaires, et les dispositions de la CCT DFO en vigueur ».⁴³ Tout écart est pris en considération, quelle que soit son importance.

Nombre d'infractions décelées et conséquences juridiques

Dans le cadre de l'analyse des salaires effectuée par les commissions tripartites, 26 procédures de clarification ou de conciliation ont été menées. Les entreprises ont été rendues attentives aux conditions de travail et de salaire usuelles dans la branche et la région et priées de s'y conformer dans le futur. Sur la base des contrôles effectués en 2012 auprès de différentes branches soumises à une CCT DFO, les commissions paritaires ont dénoncé auprès de l'AWA 75 entreprises pour violation des conditions de travail et de salaire minimales, ce qui représente 14 pourcent de l'ensemble des entreprises contrôlées. Partant, l'AWA a infligé une amende à 32 entreprises étrangères et prononcé un avertissement à six autres. En outre, elle a décrété 20 exclusions, principalement en raison d'un refus de fournir les informations requises. L'AWA a en outre infligé 75 amendes et prononcé 187 avertissements pour violation de l'obligation d'annoncer.⁴⁴ Les commissions paritaires peuvent aussi prononcer elles-mêmes des peines conventionnelles dont le nombre ne nous est toutefois pas connu.

De fait, selon les déclarations de la personne interviewée pour le compte de l'AWA, les entreprises ne forment pas souvent recours.

Durée de la procédure de contrôle

Une enquête de branche adressée à toutes les entreprises qui y sont affiliées et leur demandant d'envoyer les documents requis dure environ six mois si on y associe les commissions tripartites. La procédure d'annonce est soumise à différents délais, allant de deux à quatre semaines, que les entreprises doivent respecter pour envoyer les documents requis. Ces dernières fournissent généralement les pièces nécessaires en temps utile car, comme déjà mentionné précédemment, elles courent le risque d'être sanctionnées d'une interdiction d'offrir leurs services si elles refusent de donner des renseignements (art. 9, al. 2, let. b LDét).

3.3.3 EFFETS

Adaptations concrètes au sein des entreprises

L'AWA effectue un deuxième contrôle auprès des entreprises affiliées à des branches non soumises à une CCT DFO qui ont été priées de respecter les salaires usuels de la branche et de la région. On a ainsi constaté que d'une manière générale les entreprises se pliaient à cette injonction.

Dans le domaine des entreprises ayant conclu une CCT DFO, il y a lieu d'opérer une distinction entre entreprises étrangères et entreprises suisses. Selon les déclarations de l'AWA, les firmes étrangères ont assez souvent tendance à ne pas remplir les obligations auxquelles elles sont tenues, notamment lorsqu'elles n'ont pas l'intention de détacher une nouvelle fois des travailleurs en Suisse dans le futur. Les entreprises suisses et

⁴³ Contrôle des chantiers de Bâle (2011) : Rapport annuel 2010

⁴⁴ Département de l'économie, des affaires sociales et de l'environnement du canton de Bâle-ville (2013) : communiqué de presse du 23 avril 2013

étrangères qui prévoient d'exécuter de nouvelles missions en Suisse remplissent la plupart du temps leurs obligations.

Autres effets

Du côté de l'AWA, on estime relativement faible l'efficacité des contrôles des commissions tripartites dans le domaine des CCT non DFO, car les bases légales ne confèrent pas de pouvoirs plus étendus que celui d'enjoindre aux entreprises de respecter les conditions salariales usuelles dans la branche et la région.

Effets sur la société

D'une manière générale, on est d'avis que les mesures d'accompagnement déploient des effets positifs sur la protection des travailleurs. Jusqu'ici aucun cas de dumping salarial n'a été constaté, contrairement aux craintes initiales.

Le nombre de conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire a fortement augmenté. Celles-ci permettent de prononcer des sanctions en cas de sous-enchère salariale avérée.

3.4 FINMA (ASPECT DE L'AUTORÉGULATION EN MATIÈRE DE BLANCHIMENT D'ARGENT)

Une autre étude de cas est consacrée à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA). Dans ce contexte, nous concentrons nos recherches sur l'application des directives correspondantes par les organismes d'autorégulation (OAR) dans le domaine du blanchiment d'argent.⁴⁵

3.4.1 CONCEPT ET MISE EN ŒUVRE

La FINMA est une autorité de surveillance indépendante qui s'engage en faveur de la protection des créanciers, des investisseurs et des assurés ainsi que de la garantie du fonctionnement des marchés financiers. Elle est issue de la fusion de la Commission fédérale des banques (CFB), de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) et de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (AdC LBA). La FINMA trouve son origine dans la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers adoptée par les chambres fédérales le 22 juin 2007 (LFINMA). Elle est active depuis le 1^{er} janvier 2009.

La régulation du blanchiment d'argent a pour but d'empêcher que les produits d'un crime commis dans les circuits financiers internationaux soient absorbés, « blanchis »

⁴⁵ Outre la FINMA et les OAR, un autre acteur dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent est le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) de l'Office fédéral de la police (fedpol). Ce service national central reçoit, analyse et, si nécessaire, transmet aux autorités de poursuite pénale les communications de soupçons des intermédiaires financiers relatives au blanchiment d'argent, au financement du terrorisme, aux fonds d'origine criminelle ou aux organisations criminelles. Il assume ainsi un rôle de relais entre les intermédiaires financiers et les autorités de poursuite. Dans la perspective de suggestions en vue de l'application de l'égalité des salaires ou de l'élaboration de tels instruments, le MROS ne semblait pas approprié étant donné qu'il s'agit ici de l'application de tâches relevant du droit pénal.

et qu'ils puissent ainsi être légalisés.⁴⁶ La loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA ; RS 955.0) impose à cet égard aux intermédiaires financiers des devoirs de diligence et de communiquer et les soumet à une surveillance.

La loi sur le blanchiment d'argent impose à tous les intermédiaires financiers soit une surveillance directe par la FINMA soit une surveillance par un OAR. Cette loi concerne donc un grand nombre d'intermédiaires financiers qui ne sont pas sans autre soumis à la surveillance prudentielle de la FINMA. Ces acteurs du secteur parabancaire sont entre autres des gérants de fortune indépendants, des sociétés actives dans le trafic des paiements, des sociétés fiduciaires, des avocats, des notaires, des sociétés d'investissement, des bureaux de change et des sociétés de transfert de fonds.

Portée dans le domaine de l'autorégulation

A la fin 2010, on comptait près de 6892 intermédiaires financiers dans le secteur parabancaire⁴⁷, dont 380 étaient soumis à la surveillance directe de la FINMA, les autres étant contrôlés par l'un des douze OAR agréés par la FINMA.⁴⁸ Dès lors, les intermédiaires financiers affiliés à un OAR sont au nombre d'environ 6500. Une partie des OAR sont issus d'une association de branche dont ils sont membres (p. ex. l'OAR de l'Association Suisse des Sociétés de Leasing OAR/ASSL).

Compétence d'exécution

L'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme du 8 décembre 2010 (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA ; RS 955.033.0) précise les obligations des intermédiaires financiers en matière de prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme. Il leur est par exemple interdit d'accepter des valeurs patrimoniales dont ils savent ou doivent présumer qu'elles proviennent d'un crime.

Lorsqu'elle approuve les règlements d'organismes d'autorégulation et leur reconnaît la valeur de normes minimales, la FINMA s'inspire des principes de base de cette ordonnance. Les organismes d'autorégulation de leur côté peuvent se limiter à réglementer les dérogations à ladite ordonnance. De telles dérogations doivent être signalées.

La compétence exécutive appartient en principe à la FINMA, complétée toutefois par la surveillance des intermédiaires financiers assumée par les OAR auxquels elle laisse une certaine marge dans l'exécution des mandats (autorégulation inscrite dans la loi et encadrée par les autorités). En outre, les sociétés d'audit jouent un rôle important dans l'exécution (révision). C'est le cas des intermédiaires financiers affiliés à un OAR, qui sont en règle générale tenus de charger une société d'audit externe, elle-même agréée par l'OAR, du contrôle de la LBA et de transmettre leur rapport à l'OAR.⁴⁹ L'examen

⁴⁶ Zulauf, U. ; Eggen, M. (2013) : Finanzmarktrecht in a Nutshell. Zurich / Saint-Gall

⁴⁷ FINMA (2011) : Efficacité et efficience en matière de surveillance

⁴⁸ FINMA (2013) : Rapport annuel 2012

⁴⁹ FINMA (2011) : Efficacité et efficience en matière de surveillance

des intermédiaires financiers directement soumis à la FINMA est également effectué par des sociétés d'audit.

Organisation de l'autorité et des OAR

La FINMA est une institution de droit public dotée d'une personnalité juridique et d'une comptabilité propres. Au sein de la FINMA, la section Blanchiment d'argent et Analyse de marchés est chargée de la surveillance des OAR. Elle décide de l'attribution ou du retrait de la reconnaissance aux OAR, de l'approbation des règlements que ceux-ci promulguent et veille à ce que les OAR fassent appliquer leurs règlements.

Les règlements des OAR précisent de quelle manière les intermédiaires financiers doivent répondre aux obligations émanant de la LBA. Les OAR sont structurés d'après les principes de l'économie privée (en général sous forme d'associations). Ils doivent toutefois garantir qu'ils assument en permanence leur fonction de contrôle légale et qu'ils peuvent faire appliquer des sanctions au cas où les intermédiaires financiers qui leurs sont affiliés ne respectent pas les règlements.⁵⁰ A ce jour, la FINMA a reconnu douze organismes d'autorégulation. Pour fédérer les organismes d'autorégulation dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, une association faîtière a été fondée, le Forum OAR. Le site de l'association présente brièvement tous les OAR.⁵¹

Ressources

Les OAR sont financés par les cotisations de membres des intermédiaires financiers affiliés, qui doivent en outre assumer les coûts des sociétés d'audit. De leur côté, les OAR doivent verser une taxe de surveillance à la FINMA, qui est avant tout fonction du nombre et de l'importance des intermédiaires financiers. Les coûts de la FINMA sont entièrement couverts par les entreprises soumises à surveillance. A la FINMA, cinq personnes s'occupent de la surveillance des OAR.

Obligations de déclarer et révision spéciale

En vertu de la loi, la FINMA est tenue d'encourager l'autorégulation, de la reconnaître comme standard minimal dans le cadre de ses pouvoirs d'autorité de surveillance et de la faire appliquer. La tâche des OAR consiste à édicter des règlements qui concrétisent la manière dont les intermédiaires financiers doivent répondre aux obligations découlant de la LBA et à contrôler qu'ils respectent leurs obligations. Les OAR sont pour leur part soumis à la surveillance de la FINMA.

Les intermédiaires financiers qui sont affiliés à un OAR sont en règle générale tenus de charger une société d'audit agréée du contrôle de leurs activités relevant de la LBA. Les rapports de ces sociétés sont ensuite soumis à l'OAR qui est à son tour tenu de remettre chaque année un rapport d'activité à la FINMA. Ces rapports recèlent entre autres des informations sur les problèmes que les OAR ont rencontrés avec leurs membres.⁵²

⁵⁰ Weber et al. (2006) : Integrierte Finanzmarktaufsicht. Zurich / Bâle / Genève : Schulthess

⁵¹ <<http://www.forum-sro.ch/d/forum.index.html>>, dernière consultation 13.7.2013

⁵² FINMA (2011) : Efficacité et efficience en matière de surveillance

Compétences d'investigation

La surveillance des OAR incombe à la section Blanchiment d'argent et Analyse marchés de la FINMA. L'autorité fédérale surveille les OAR en permanence et approuve toute modification de leurs règlements ou changement de responsable. La FINMA et ces organismes ont des échanges en continu en ce qui concerne l'activité d'audit déployée auprès des intermédiaires financiers affiliés. Outre les rapports annuels, chaque OAR est régulièrement (au minimum tous les deux ans) soumis au contrôle de la FINMA sur place.⁵³ Lors de ces contrôles, la FINMA vérifie aussi au moyen de sondages la manière dont les OAR surveillent leurs membres. En sus des contrôles in situ, la FINMA mène des entretiens de surveillance avec chaque OAR, au cours desquels il est question de sujets d'actualité, sans que les dossiers ne soient toutefois vérifiés.

Les OAR ont la compétence de vérifier eux-mêmes dans quelle mesure les intermédiaires financiers qui leur sont affiliés subviennent à leurs obligations dans le respect des règlements promulgués par leur OAR. Ces contrôles sont en principe conduits chaque année. Néanmoins, les membres ont la possibilité de demander à ne subir un contrôle que tous les trois ans. La décision dépend de l'importance du risque de blanchiment d'argent et si des problèmes sont survenus lors des contrôles annuels des années précédentes. Les contrôles des OAR sont souvent effectués par des chargés d'enquête indépendants⁵⁴ qui, en cas de soupçon d'une violation des obligations de diligence, peuvent proposer à l'OAR des sanctions à l'encontre des intermédiaires financiers concernés.

Compétences d'exécution

En cas de violation grave des obligations de diligence de la part des intermédiaires financiers qui leur sont affiliés, les OAR peuvent engager une procédure de sanction et recourir aux services d'un chargé d'enquête. Lorsqu'il engage une telle procédure, l'organisme concerné doit en avertir la FINMA. La procédure de sanction peut déboucher sur un avertissement, une peine pécuniaire ou l'exclusion de l'intermédiaire financier. Le règlement de la plupart des OAR laisse aux intermédiaires financiers la possibilité de soumettre les décisions de sanctions de l'OAR à un tribunal arbitral.⁵⁵ Cette voie de droit ne mène cependant ni devant l'Autorité de surveillance ni devant le Tribunal fédéral administratif. On peut sans doute considérer comme une difficulté le fait que, dans le cas d'un organisme d'autorégulation affilié à une association de branche, les membres peuvent être aussi bien être des membres ordinaires que des chargés d'enquête selon la LBA, ce qui présente le risque de conflits d'intérêts, notamment en présence d'une procédure d'exclusion.

La FINMA dispose d'une compétence d'exécution relativement importante face aux OAR. Elle peut prononcer des décisions à leur encontre. L'instrument le plus efficace serait le retrait de la reconnaissance d'un OAR par la FINMA, cas de figure qui ne s'est

⁵³ En ce qui concerne l'OAR des avocats et des notaires qui sont soumis au secret professionnel de par la loi, le contrôle est effectué par une société d'audit.

⁵⁴ Certains OAR disposent à demeure d'un chargé d'enquête alors que d'autres ont recours à des chargés d'enquête externes en cas de besoin.

⁵⁵ Cf. à ce sujet la prise de position du Forum OAR-LBA FINMA. Cf. aussi ch. m. 39 dans le Règlement de contrôle, d'audit et de sanctions de l'OAR-ASA

toutefois encore jamais présenté. En règle générale, les rapports de contrôle de la FINMA présentent des mesures, qu'elle discute avec les OAR. Ces derniers procèdent ensuite aux adaptations nécessaires sans que la FINMA ne prononce de sanctions.

Autres compétences

D'après l'ordonnance sur le blanchiment d'argent OBA-FINMA, les intermédiaires financiers sont tenus de former leur personnel régulièrement en ce qui concerne les aspects essentiels de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Ces formations sont fréquemment proposées par les OAR qui ont établi des concepts adéquats et qui en imposent la participation à leurs membres.

3.4.2 OUTPUT

Nombre d'investigations

Une statistique interne de la FINMA révèle que, en 2011, les OAR ont prononcé à l'encontre des quelque 6500 intermédiaires financiers 730 rappels, 147 avertissements et mises en garde, 62 peines conventionnelles et 76 exclusions.

En 2012, la FINMA a aussi intensifié sa surveillance dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, tenant une ou plusieurs séances de surveillance bilatérales en sus des vérifications annuelles des OAR sur place.⁵⁶

Nombre d'infractions décelées et conséquences juridiques

Les mesures prononcées par les OAR sont acceptées par la grande majorité des intéressés et ne sont que rarement attaquées.⁵⁷ Dans l'ensemble, le système fonctionne à satisfaction et, selon les dires de la personne interviewée, les OAR observent les prescriptions de la FINMA.

3.4.3 EFFETS

L'autorégulation par le fait de particuliers se fonde sur l'idée que les acteurs de la branche sont le mieux à même de résoudre les problèmes qui peuvent se poser.⁵⁸ Les avantages résident principalement dans le fait que les intéressés peuvent faire intervenir leurs compétences professionnelles et que les OAR sont proches de leurs membres. Ainsi peut-on renforcer la proximité avec les marchés et l'acceptation de la régulation.⁵⁹ Par ailleurs, les échanges entre les membres d'un OAR sont considérés comme importants et utiles. L'affiliation d'un intermédiaire financier à un OAR est en outre également considérée comme un label de qualité.

L'autorité de contrôle en matière de blanchiment d'argent a déjà signalé en 2005 que les efforts des OAR dans le domaine de la formation avaient certainement conduit à l'acquisition des connaissances nécessaires par les intermédiaires financiers, mais aussi

⁵⁶ FINMA (2013) : Rapport annuel 2012

⁵⁷ Autorité de contrôle en matière de blanchiment d'argent (2005) : Rapport de l'Autorité de contrôle concernant le bilan de l'autorégulation, 31 mars 2005

⁵⁸ Weber, R.H. et al. (2006) : Integrierte Finanzmarktaufsicht. Zurich/Bâle/Genève

⁵⁹ Zulauf, U.; Eggen, M. (2013) : Finanzmarktrecht in a Nutshell. Zurich / Saint-Gall

à l'acceptation de la mise en œuvre de la loi sur le blanchiment d'argent.⁶⁰ Il est aussi considéré comme positif que, suite à l'autorégulation et à la concrétisation des obligations de diligence que cela entraîne par différentes instances, il est possible de trouver des solutions en phase avec la pratique.⁶¹

Au cours de son troisième examen des pays, le Groupe d'Action Financière (GAFI) a jugé adéquat le système d'autorégulation de la Suisse dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent et l'a estimé comparable au système de régulation étatique. D'après la FINMA, la reconnaissance d'un OAR par elle-même accroît la légitimité, l'efficacité et la crédibilité des normes d'autorégulation et contribue à ce qu'elles soient perçues comme équivalentes à la réglementation étatique en Suisse et à l'étranger.

⁶⁰ Autorité de contrôle en matière de blanchiment d'argent (2005) : Rapport de l'Autorité de contrôle concernant le bilan de l'autorégulation, 31 mars 2005

⁶¹ Autorité de contrôle en matière de blanchiment d'argent (2005) : Rapport de l'Autorité de contrôle concernant le bilan de l'autorégulation, 31 mars 2005

4.1 CANADA (ONTARIO)

La province canadienne de l'Ontario détient l'une des législations les plus élaborées au monde dans le domaine de l'égalité des salaires entre hommes et femmes.⁶² Parmi les actes législatifs significatifs, il convient de mentionner les lois suivantes :

- *Ontario Human Rights Code* : la section 5 de cette loi énonce le principe selon lequel chaque personne a droit à l'égalité de traitement dans le cadre de son emploi et que nul ne saurait être discriminé en raison de sa race, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son âge, etc.
- *Employment Standards Act* : dans sa partie XII, cette loi contient les bases juridiques de la maxime « à travail égal, salaire égal » (*equal pay for equal work*). Elle contraint les employeurs à verser le même salaire aux hommes et aux femmes lorsque ces personnes exercent la même activité dans la même entreprise, qu'elles bénéficient des mêmes conditions de travail, aptitudes, responsabilités et qu'elles accomplissent le même volume de travail.
- *Pay Equity Act* : cette loi comprend les bases du principe « un salaire égal pour un travail de même valeur » (*equal pay for work of equal value*). Les employeurs y sont tenus d'identifier et d'éliminer les inégalités existant dans la rémunération des hommes et des femmes dans des catégories professionnelles équivalentes.

Une particularité du système canadien réside dans la claire bipartition entre *pay equity* et *equal pay*. Les raisons de cette distinction sont de nature politique. En Suisse, nous n'estimons pas qu'elle soit souhaitable. Dans la présente étude de cas, nous nous concentrons sur le *Pay Equity Act* qui est entré en vigueur en 1988. Ce choix s'explique par le fait que seul cet acte législatif contraint les employeurs à prendre des mesures proactives pour éliminer la discrimination tandis que, selon les dispositions du *Employment Standards Act*, l'obtention de l'égalité des salaires dans une entreprise prise en défaut nécessite une action judiciaire. Comme le système rejoint sur ce point celui de la Suisse, il présente moins de facettes intéressantes que le *Pay Equity Act* qui va plus loin. En outre, ce dernier se concentre principalement sur l'égalité des salaires et ne traite pas ce sujet uniquement comme l'un des nombreux aspects des conditions de travail, respectivement de la discrimination. Étant donné par ailleurs que les effets de la législation doivent être pris en considération, un tel choix nous apparaît judicieux.⁶³

Avant l'entrée en vigueur du *Pay Equity Act*, en 1987, l'écart de salaires en fonction du sexe était de 36 pourcent en Ontario (le calcul se base – contrairement à la situation étudiée en Suède ou en Autriche – sur les salaires annuels des employés à plein temps

⁶² Cf. Singh, P.; Peng, P. (2010) : Canada's bold experiment with pay equity, dans : Gender in Management, vol. 25/7 : 570–585.

⁶³ Gunderson (2006 : 17) constate que « conventional policies requiring equal pay for equal work have generally not had an impact on male-female wage differentials, likely because they are complaints based and restricted to comparisons within the same job and establishment ». Gunderson, M. (2006) : Male-Female Wage Differentials : How Can that Be ? dans : Canadian Journal of Economics, vol. 39, N° 1. 1–21

[dans les secteurs public et privé]).⁶⁴ Bien que les statistiques ne fournissent pas de données qui permettent une comparaison longitudinale des éléments discriminatoires de l'écart de salaire, le *Pay Equity Office* (PEO) estimait en 2006 que : « As much as 10 to 15 % of the gender wage gap is due to discrimination. »⁶⁵

4.1.1 CONCEPT ET MISE EN ŒUVRE

L'objectif essentiel du *Pay Equity Act* est « to redress systemic gender discrimination in compensation for work performed by employees in female job classes ». Le *Pay Equity Act* s'applique à tous les employeurs du secteur public. Dans le secteur privé, il concerne toutes les entreprises comptant au moins dix collaborateurs.

Compétence d'exécution

Au Canada, les provinces ont de larges compétences en matière de législation et d'exécution dans le domaine de l'égalité des salaires. La commission *Pay Equity Commission* (PEC) a été instaurée pour assurer la mise en œuvre des dispositions du *Pay Equity Act*.

Organisation des autorités

La PEC se compose de deux autorités spécialisées : le *Pay Equity Office* (PEO) et le *Pay Equity Hearings Tribunal* (PEHT). Elle est dirigée par une commissaire qui est nommée par le *Lieutenant Governor* de la province et qui assure la direction du PEO. Ce dernier est divisé en deux sections : *Review Services* et *Education and Communication Services*. Il incombe au PEHT de se prononcer sur des questions juridiques ayant trait au *Pay Equity Act*. Une audition est prévue notamment lorsque les parties ne sont pas d'accord avec les décisions du PEO. Le tribunal, tripartite, compte neuf membres (experts, représentants des employeurs et des travailleurs) également nommés par le *Lieutenant Governor*.

Ressources

Pour l'exercice 2010/11, le budget du PEO était de près de trois millions de francs, celui du PEHT d'environ 700 000 francs. Le PEO occupe 22 personnes (toutes à plein temps),⁶⁶ dont sept *senior review officers* et six *initial review officers*, responsables des enquêtes auprès des employeurs. Par conséquent, compte tenu d'une population de près de 13 millions de personnes en Ontario, les coûts de la PEC s'élèvent à un peu moins de 30 centimes par habitant et par année.

Obligation de procéder à une analyse interne à l'entreprise

En vertu du *Pay Equity Act*, toutes les entreprises du secteur public et privé comptant dix employés et plus sont tenues de procéder à une analyse de leurs salaires sous l'angle de la *pay equity* (égalité des salaires) et, le cas échéant, de procéder aux adaptations requises afin de satisfaire aux dispositions légales.

Les employeurs comptant plus de 100 collaborateurs sont en outre soumis à l'obligation d'établir des *Pay Equity Plans* (projets d'égalité des salaires par écrit). Il

⁶⁴ Cf. <<http://www.payequity.gov.on.ca>> → The Gender Wage Gap ; consultation le 26.3.2013

⁶⁵ Cf. <<http://www.payequity.gov.on.ca>> → The Gender Wage Gap ; consultation le 26.3.2013

⁶⁶ Le nombre de postes prévu est de 28, ce qui permet de nouveaux engagements en 2013.

s'agit tout d'abord d'identifier les catégories professionnelles dominées principalement par les hommes ou par les femmes.⁶⁷ L'étape suivante consiste à établir la valeur de chaque catégorie professionnelle en se basant sur un système de comparaison neutre du point de vue du genre. 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. Ensuite, on recherche les catégories professionnelles dominées par les hommes ou par les femmes de valeur comparable. Lorsque des groupes comparables ont été déterminés, chaque catégorie féminine doit pouvoir obtenir le même salaire que la catégorie équivalente masculine.⁶⁸

Les projets d'égalité des salaires doivent être soumis aux travailleurs ou à leurs représentants syndicaux. Les travailleurs peuvent faire valoir leurs réclamations auprès de leur employeur dans un délai de 90 jours. Si le projet n'est pas adapté à leur convenance, il leur est loisible de déposer plainte auprès de la PEC.

Le *Pay Equity Act* ne prévoit pas que les entreprises transmettent spontanément leurs projets au PEO. Selon la loi, ces projets d'égalité des salaires ne doivent être soumis qu'une seule fois. Cependant, en cas de changements dans l'entreprise, celle-ci est tenue d'assurer qu'elle continue à remplir les obligations du *Pay Equity Act*.

Des modèles et des outils de calcul permettant d'établir ces projets sont mis à disposition sur le site internet du PEO. Les entreprises peuvent toutefois établir elles-mêmes leur projet avec leurs propres instruments pour autant qu'elles respectent les exigences légales.

Portée

Le champ d'application du *Pay Equity Act* s'étend à tous les employeurs qui ont leur siège en Ontario. En sont exclues les entreprises privées qui emploient moins de dix personnes, ce qui représente environ 25 pourcent de la totalité des employeurs de l'Ontario, qui emploient pourtant approximativement 80 pourcent des travailleurs et travailleuses de la province.⁶⁹

Compétences d'investigation

D'une part, des investigations peuvent être déclenchées par une plainte (*complaint cases* : enquête sur plainte). D'autre part, les enquêtes peuvent être menées d'office (*monitoring cases* : contrôles par sondage). Le PEO dispose dans ce domaine de larges

⁶⁷ Les catégories professionnelles dominées par les hommes doivent comprendre un minimum de 70 pourcent de collaborateurs hommes, les catégories professionnelles dominées par les femmes doivent comprendre un minimum de 60 pourcent de collaboratrices.

⁶⁸ Dès 1993, on a résolu le problème de l'absence de catégories professionnelles dominées par les hommes comparables dans la même entreprise en introduisant des « proportionate value comparisons » et des « proxy comparisons » (uniquement dans le secteur public). Cf. à ce sujet Gunderson, M. (2002) : The Evolution and Mechanics of Pay Equity in Ontario, dans : Canadian Public Policy, vol. 28, 117–131

⁶⁹ Calcul des auteurs, établi d'après : Ministry of Economic Development and Innovation (2012) : Snapshot of Ontario's Small and Medium Enterprises

compétences d'investigation ; les investigations sont effectuées par les *review officers* (enquêteurs).

Dans un premier temps, l'enquête démarre en règle générale par une prise de contact avec l'employeur, respectivement avec la partie qui s'est adressée au PEO. Les entreprises reçoivent un questionnaire qu'elles doivent remplir en indiquant dans quelle mesure elles appliquent l'égalité des salaires. Elles sont aussi priées de fournir des informations (p. ex. projet d'égalité des salaires) à l'enquêteur.

Dans le cadre des sondages comme des enquêtes sur plainte, les autorités ont la compétence de consulter tous les documents pertinents (p. ex. grilles de salaires, analyses des salaires, projets d'égalité des salaires et de poser des questions aux employeurs sur l'exploitation, les employés et les salaires. Les enquêteurs sont de plus autorisés à parler avec les employés lorsque cette mesure est estimée pertinente pour la clarification de l'état de fait. Ainsi, ces mesures comprennent également des visites sur place dans les entreprises.

Compétences d'exécution

Lorsque les employeurs ne respectent pas leurs obligations en ce qui concerne la mise en œuvre de l'égalité des salaires ou l'établissement du projet dans ce sens, les enquêteurs cherchent le dialogue avec les entreprises. Elles reçoivent des propositions de mesures grâce auxquelles elles pourraient instaurer l'égalité des salaires ou établir un projet correct. Si les entreprises ne prennent aucune mesure d'elles-mêmes, les enquêteurs peuvent les contraindre à réaliser une analyse des salaires, à établir un projet d'égalité salariale, à adapter les salaires ainsi qu'à procéder à un rattrapage salarial. Lorsque des cas lui sont transmis, le PEHT peut également prononcer des mesures à l'encontre des employeurs.

Les infractions au *Pay Equity Act* sont passibles de sanctions allant jusqu'à 50 000 dollars canadiens (environ 47 000 francs).

Afin d'assurer l'élimination des écarts de salaire discriminatoires, les employeurs doivent verser le montant nécessaire pour atteindre l'égalité des salaires ou au maximum un pourcent de la somme des salaires qu'ils versent par année dans la province. Les rattrapages de salaire sont dus à partir du moment où l'entreprise était tenue de respecter les dispositions du *Pay Equity Act*, soit parfois dès les années 1990.

Autres compétences

Le *Pay Equity Act* a pour objectif de responsabiliser les employeurs (avec le concours des syndicats lorsqu'ils existent) face à leurs obligations légales (*compliance*). Une tâche essentielle assumée par les enquêteurs est d'éviter d'emblée, grâce à la médiation entre les parties, une audition devant le PEHT. La section *Education unit* du PEO propose en outre information et conseils aux employeurs, employés, partenaires sociaux et organisations intéressées. Ce matériel d'information est vaste et comporte entre autres des fiches sur les droits et obligations en lien avec le *Pay Equity Act*. La section en question organise aussi de nombreux séminaires et formations. La commissaire du PEC estime que l'organisation de séminaires en ligne (*webinars*) est un instrument efficace dans ce contexte.

Rôle des victimes

Les victimes de discrimination salariale peuvent déposer plainte auprès du PEO lorsque les employeurs ne se plient pas aux directives du *Pay Equity Act* (voir ci-avant). Si les enquêteurs ne parviennent pas à un accord ou que les employeurs ne se conforment pas à une de leurs décisions, une plainte peut être déposée auprès du PEHT. La personne concernée peut le faire par l'intermédiaire d'un mandataire (et dans ce cas rester anonyme). Elle peut aussi participer elle-même à une audition ou se faire représenter (par un avocat ou un mandataire).

Voies de droit ouvertes contre les décisions administratives

Les décisions des enquêteurs peuvent être contestées devant le PEHT, qui dispose d'un pouvoir de cognition complet. Le *Pay Equity Act* de l'Ontario déclare certes ses décisions définitives ; compte tenu de la pratique du tribunal administratif en ce qui concerne le *Constitution Act*, il est néanmoins possible de recourir auprès de la Cour suprême de l'Ontario. En pratique, ce cas de figure est très rare. Par ailleurs, les victimes peuvent aussi porter l'affaire devant un tribunal civil, mais lorsque le litige se limite à la question du salaire, elles choisissent d'ordinaire la voie du PEO.⁷⁰

4.1.2 OUTPUT

Nombre d'investigations

Ces dernières années, le PEO a effectué des enquêtes auprès d'environ 1000 entreprises par année. Environ 70 pourcent des enquêtes sont effectuées à l'initiative du PEO,⁷¹ 30 pourcent sont déclenchées par des plaintes. Pour l'année 2012, l'enquêteur interviewé estime le nombre de visites dans les entreprises à entre 400 et 500. Toutefois, selon la commissaire, le nombre de visites sur place devrait baisser dans le futur en raison du travail administratif important qu'elles génèrent.⁷² Les exploitations qui seront soumises à un contrôle par sondage sont sélectionnées dans des branches déterminées (p. ex. commerce de détail, restauration). D'après les personnes interviewées, leur travail quotidien (notamment en raison des plaintes reçues) fournit aux collaborateurs de la PEC une idée assez claire des branches dans lesquelles il vaut la peine de faire des contrôles par sondage.

Dans la pratique, il est rare que le PEO transmette un cas au PEHT parce que les employeurs ne respectent pas leurs obligations. Dans l'ensemble, le PEO prononce quelque 50 décisions par année, dont la majeure partie concerne la publication d'informations complémentaires à fournir par les employeurs au cours de l'enquête. Plus de 60 pourcent des *complaint cases* sont réglés sans qu'une audition par le PEHT ne soit nécessaire. Au cours des cinq dernières années, seuls entre 25 et 50 cas ont été déférés au PEHT chaque année (il s'agissait généralement de cas portés devant le PEHT par les parties et non par le PEO).

⁷⁰ Cf. Institut suisse de droit comparé ISDC (2013) : Avis sur les mesures étatiques en matière de discrimination salariale hommes-femmes, Lausanne, p. 334 s. (non encore publié)

⁷¹ Les contrôles par sondage sont effectués depuis la moitié des années 1990 et élargis depuis 2006.

⁷² Il faut rappeler que les déplacements en Ontario impliquent de parcourir de grandes distances.

Nombre d'infractions et conséquences juridiques

En ce qui concerne les enquêtes par sondage, environ 40 pourcent des entreprises peuvent démontrer qu'elles remplissent les obligations légales. 60 pourcent ne le peuvent pas (p. ex. par le biais des projets d'égalité des salaires) en raison, d'une part, du fait que l'égalité des salaires n'est pas ou pas sciemment ancrée dans l'entreprise, d'autre part, parce que les projets, parfois rédigés dans les années 1990, ne sont plus disponibles. Selon l'enquêteur interviewé, les 60 pourcent déjà mentionnés se subdivisent de la manière suivante : environ 45 pourcent des employeurs respectent les dispositions sans devoir adapter leurs salaires (ils sont néanmoins tenus de procéder à des analyses des salaires ou d'établir des projets d'égalité des salaires) et 15 pourcent doivent en plus adapter les salaires, parfois même procéder à un rattrapage salarial.

On constate ainsi des lacunes au niveau de l'établissement des projets d'égalité des salaires ainsi que des analyses des salaires (qui de plus ne doivent pas obligatoirement être consignées par écrit). Cependant, en contrepartie, les entreprises font preuve d'une forte volonté de coopérer lors des investigations par le PEO de sorte que, suite à un contrôle par sondage, elles prennent la plupart du temps elles-mêmes des mesures pour respecter les obligations du *Pay Equity Act* et qu'il n'est pas nécessaire d'en arriver à une décision du PEO. Par conséquent, les enquêtes représentent un instrument hautement efficace pour atteindre l'égalité des salaires dans les entreprises qui sont investiguées. Les personnes interviewées nous ont indiqué qu'il n'a jusqu'ici jamais été fait usage de la possibilité de prononcer des sanctions à l'encontre des entreprises (en ce qui concerne les sanctions : voir ci-avant).

L'enquêteur interrogé part du principe que la non-conformité à la loi constatée lors des contrôles peut être extrapolée à l'ensemble des entreprises de l'Ontario et que, par conséquent, environ 15 pourcent d'employeurs font encore preuve de discrimination salariale à l'égard d'une catégorie professionnelle dominée par les femmes.

Durée de la procédure de contrôle

A partir du moment où le PEO reçoit une plainte, il s'écoule près de trois mois jusqu'à ce qu'un enquêteur entame ses investigations. La durée totale de la procédure (soit depuis le dépôt de la plainte jusqu'à la mise en œuvre de mesures par l'entreprise) dépend largement de l'employeur. A ce jour, elle dure au maximum trois ans. D'ordinaire, on essaie de boucler les cas après un ou deux ans au maximum aussi bien pour les *monitoring cases* que pour les *complaint cases*.

4.1.3 EFFETS DANS LES ENTREPRISES

Adaptations concrètes dans les entreprises

On peut supposer que le *Pay Equity Act* entraîne des adaptations de salaire dans de nombreuses entreprises sans que le PEO le sache (but également visé par la loi). Pour les quelque 15 pourcent d'entreprises qui doivent procéder à des adaptations de salaires suite à un contrôle par sondage, ces opérations s'élèvent à plusieurs millions de dollars par année selon les estimations de l'enquêteur interrogé. Ce montant se compose pour une large partie des paiements rétroactifs des entreprises. Alors que, selon la commissaire, on ne dispose pas de données actuelles sur les adaptations salariales, d'anciens sondages effectués au début des années 1990 en Ontario révèlent que de

telles adaptations représentaient dans le secteur privé entre 0,5 et 1,4 pourcent de la somme globale des salaires.⁷³

Autres effets

Les personnes interviewées pour le compte du PEO concluent que tant les employeurs que les travailleurs et les partenaires sociaux sont bien sensibilisés à l'importance de l'égalité salariale. Les raisons principales en sont, outre l'obligation proactive à laquelle sont soumis les employeurs, les efforts de longue durée déployés par le PEC, en particulier les contrôles effectués par les enquêteurs. On peut aussi présumer que les contrôles de ces derniers ont un effet préventif sur les entreprises qui ne sont pas soumises à de telles investigations (mais qui pourraient à tout moment être contactées par un enquêteur). On attribue en outre un fort effet préventif à la disposition qui, lorsque des infractions au *Pay Equity Act* sont constatées, impose le paiement de salaires rétroactifs parfois sur une longue durée.

Lors d'un sondage effectué auprès d'entreprises à la fin des années 1990, il s'est avéré que, pour à peu près 60 pourcent des firmes contrôlées, le *Pay Equity Act* représentait une charge administrative significative, mais que la même proportion de firmes estimait par ailleurs que l'expérience faite avec le *Pay Equity Act* était positive.⁷⁴ Les coûts administratifs pour atteindre l'égalité des salaires se montaient, selon une enquête des années 1990, à environ entre 9000 et 120 000 dollars canadiens par entreprise, ce qui représente de 88 à 139 dollars canadiens par travailleur ou travailleuse.⁷⁵ Le PEO ne dispose malheureusement pas de chiffres plus récents.

4.1.4 RÉDUCTION DE LA DISCRIMINATION SALARIALE

Les chiffres du *Pay Equity Office* illustrent le fait que l'écart sexospécifique (*gender wage gap*) de 36 pourcent (avant l'introduction du *Pay Equity Act* en 1987) a baissé à 28 pourcent en 2010.⁷⁶ Cette comparaison prend en compte les salaires annuels d'employés à plein temps. La PEC admet sur la base de statistiques que 13 à 18 pourcent de la différence peuvent être expliqués et que l'effet discriminatoire est ainsi d'environ 10 à 15 pourcent.⁷⁷ Selon la commissaire du PEC, il n'est toutefois pas possible de chiffrer la contribution apportée par la PEC à la réduction de l'écart salarial sexospécifique. D'après Gunderson,⁷⁸ la politique proactive a contribué aux adaptations de salaire significatives dans les entreprises qui ont pris des mesures (p. ex. en réaction à un contrôle effectué par le PEO). Il considère cependant l'impact global (*overall impact*) de ces adaptations sur l'écart entre les salaires comme négligeable – notamment parce que les collaborateurs de nombreuses petites entreprises n'ont au-

⁷³ Chicha, M.-T. (2006) : A comparative analysis of promoting pay equity: models and impacts. ILO Workingpaper

⁷⁴ McDonald, Judith A.; Thornton, Robert J. (1998) : Private-Sector Experience with Pay Equity in Ontario, dans : Canadian Public Policy, 24/2, 185–208

⁷⁵ Chicha, M.-T. (2006) : A comparative analysis of promoting pay equity: models and impacts. ILO Workingpaper

⁷⁶ Cf. Cornish, M. (2013) : 10 Ways to Close Ontario's Gender Pay Gap. Canadian Centre for Policy Alternatives. Ontario Office

⁷⁷ Cf. <<http://www.payequity.gov.on.ca>> → The Gender Wage Gap; consultation le 26.3.2013. Cf. à ce sujet aussi la discussion de Gunderson qui estime le « discriminatory wage gap » à 5–15 %; Gunderson, M. (2006) : Male-Female Wage Differentials : How Can that Be ? dans : Canadian Journal of Economics, vol. 39, N° 1, 1–21

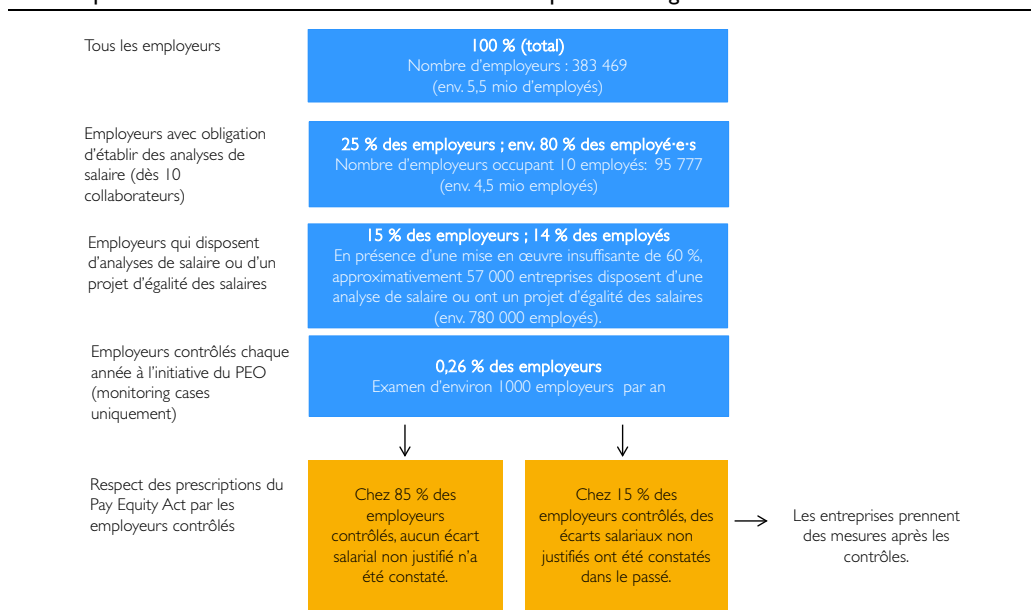
⁷⁸ Gunderson, M. (2006) : Male-Female Wage Differentials : How Can that Be ? Dans : Canadian Journal of Economics, vol. 39, N° 1, 1–21

cune possibilité de comparer des catégories professionnelles, respectivement que les entreprises de taille modeste ne sont pas concernées par cette législation. Singh et Peng (2010) distinguent entre secteur privé et secteur public et constatent que, dans le secteur public, le *Pay Equity Act* a apporté une nette contribution à la réduction de l'écart salarial sexospécifique⁷⁹, tandis que l'impact dans le secteur privé, en particulier dans les entreprises où les employés ne sont pas syndiqués, est sans doute plus faible.⁸⁰

Les deux personnes interviewées estiment que la relation entre l'input et les effets pourrait être établie le plus distinctement par le biais d'une obligation faite aux employeurs de fournir régulièrement un rapport sur la mise en œuvre du *Pay Equity Act* directement au PEO, ce qui n'est pas le cas jusqu'ici. Les compétences de la PEC sont jugées suffisantes pour amener les employeurs à réaliser des mesures. En raison des ressources limitées à sa disposition, les contrôles de la PEC ont toutefois un impact restreint. Une difficulté supplémentaire, et en même temps une occasion ratée de profiter de synergies, réside dans le fait que le *pay equity* et l'*equal pay* ne sont pas traités par la même instance.

A titre de conclusion, nous exposons dans l'aperçu ci-après le nombre d'entreprises de l'Ontario qui ont l'obligation d'effectuer une analyse interne à l'entreprise ainsi que celles qui doivent se soumettre à des contrôles par sondage (estimation).

Tableau 4.1: aperçu de la mise en œuvre de l'analyse des salaires interne à l'entreprise et des contrôles administratifs par sondage : Ontario



Source : calculs des auteur-e-s, établis sur la base des données fournies par le Ministry of Economic Development and Innovation (2012) : Snapshot of Ontario's Small and Medium enterprises.

⁷⁹ Cf. à ce sujet aussi Singh, P. ; Peng, P. (2010) : Canada's bold experiment with pay equity, dans : Gender in Management, vol. 25/7, 570–585

⁸⁰ Cf. à ce sujet Bernstein, S. et al. (2009) : Beyond Formal Equality: closing the Gender Gap in a Changing Labour Market – A Study of Legislative Solutions Adopted in Canada, dans : The Journal of Legislative Studies ; 15/4, 481–501

4.2 AUTRICHE

En Autriche, la question de l'égalité des salaires entre hommes et femmes est réglée depuis 1979 dans la loi sur l'égalité (*Gleichbehandlungsgesetz, GIBG*). Le plan d'action national de 2010 portant sur l'égalité entre hommes et femmes sur le marché du travail de 2010⁸¹ constatait que, « depuis 30 ans, le droit à un même salaire pour un travail égal ou de même valeur pour les femmes et les hommes (...) n'avait amené aucune réduction durable des écarts de revenus ». La cause principale de cet échec consisterait dans le fait que la discrimination ne pouvait être combattue que par des actions judiciaires en matière de salaire et que les institutions étatiques rencontraient d'importantes difficultés à obtenir des informations sur les traitements des hommes dans des positions comparables.⁸²

Une modification de la GIBG intervenue en 2011 visait à améliorer la transparence en matière de revenu. Sur cette question, la nouvelle GIBG s'inspire de l'exemple de la Suède et impose aux entreprises privées l'établissement de rapports sur les revenus. Une autre disposition permettant d'accroître la transparence dans ce domaine consiste dans l'obligation faite aux employeurs d'indiquer le salaire minimum dans les offres d'emploi. Etant donné que ces nouvelles dispositions ne sont entrées en vigueur qu'en 2011, il est difficile, dans le cadre de la présente étude, de mettre en évidence des informations relatives aux effets de la législation proactive autrichienne.

En Autriche, l'écart entre les revenus se montait à 23,7 pourcent (rémunération moyenne des heures brutes des personnes employées à temps complet et partiel) en 2011.⁸³ En 2006, l'écart des salaires se montait encore à 25,5 pourcent, dont 18,1 pourcent sont qualifiés de discriminatoires d'après les calculs décrits dans le plan d'action national portant sur l'égalité entre hommes et femmes.⁸⁴ Nous ne disposons pas de chiffres plus récents concernant la discrimination salariale.

4.2.1 CONCEPT ET MISE EN ŒUVRE

Dans la fixation de la rémunération, la GIBG interdit toute discrimination directe ou indirecte qui soit fondée sur le sexe, notamment en référence à la situation maritale ou familiale. La loi énonce en outre le droit des travailleuses à une même rémunération pour un même travail ou un travail de même valeur et fixe les conséquences juridiques en cas de violation de ce principe. On parle de travail de même valeur lorsque le travail fourni est équivalent, respectivement lorsque les activités, bien que n'étant pas identiques, sont comparables lorsqu'on les examine dans leur ensemble et qu'on prend en compte les connaissances préalables, la formation, l'effort, la responsabilité et les conditions de travail.

⁸¹ Bundeskanzleramt Österreich (2010) : Nationaler Aktionsplan zur Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsmarkt

⁸² Bundeskanzleramt Österreich (2010) : Nationaler Aktionsplan zur Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsmarkt

⁸³ Eurostat : Gender Pay Gap in unadjusted form :

<<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=en&pcode=tsdsc340>>, consultation le 30.4.2013

⁸⁴ Bundeskanzleramt Österreich (2010) : Nationaler Aktionsplan zur Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsmarkt. Les intéressés sont avertis que l'effet de cette loi a tendance à être surestimé, mais parfois aussi sous-estimé.

Compétence d'exécution

L'Etat fédéral détient la compétence d'exécution pour imposer le respect des dispositions de la GIBG. Les institutions qui y pourvoient sont la Commission de l'égalité (*Gleichbehandlungskommission, GBK*) et le Ministère public de l'égalité (*Gleichbehandlungsanwaltschaft, GAW*). La GIBG s'applique à tous les rapports de travail de droit privé. L'égalité des salaires dans les rapports de travail de droit public est réglementée de manière pratiquement identique dans la loi fédérale sur l'égalité (*Bundes-Gleichbehandlungsgesetz, B-GIBG*). Il existe en outre pour les agents publics des *Länder* des lois sur l'égalité propres à chacun d'eux. La présente étude de cas se concentre sur la loi GIBG.

Organisation des autorités

La GBK est établie auprès de la Chancellerie fédérale. Elle a pour principale mission d'étudier les questions relatives à la discrimination fondées sur la GIBG. Elle se compose de trois sénats. Le Sénat I est compétent en matière d'égalité entre hommes et femmes dans le monde du travail. Il se compose d'une présidente et de onze autres membres. Ces derniers exercent leur activité bénévolement⁸⁵ et sont désignés par les partenaires sociaux (chambre fédérale du travail et des travailleurs, confédération des syndicats autrichiens, chambre économique autrichienne, association autrichienne de l'industrie) ainsi que par la Chancellerie fédérale et deux ministères. La GBK est assistée par un secrétariat. Le GAW est aussi établi auprès de la Chancellerie fédérale. Il occupe à l'heure actuelle 28 personnes se partageant 22 postes. Les avocates et avocats traitant les questions d'égalité entre hommes et femmes dans le monde du travail à Vienne et dans les bureaux régionaux des *Länder* s'occupent spécifiquement des questions de la discrimination salariale des femmes (ci-après : partie I de la GIBG).⁸⁶ Leur tâche principale est de conseiller et soutenir les personnes qui se sentent discriminées. Le GAW est libre d'exercer son activité sans directives et en toute indépendance. Les consultations sont gratuites pour les particuliers et confidentielles.

Ressources

La dotation financière est difficile à évaluer étant donné que la GBK, avec ses trois sénats, est compétente dans d'autres domaines relatifs à la discrimination. Même au sein du GAW, les ressources qui sont consacrées à la partie I ne peuvent pas être distinguées. Un point important concernant les coûts est certainement que l'examen des rapports sur le revenu incombe aux membres des comités d'entreprises. Il importe aussi de mentionner qu'au cours de ces dernières années, avec la modification de la GIBG, le domaine de l'égalité des salaires a bénéficié de ressources plus importantes (notamment en faveur des mesures de formation et d'information), aussi bien par le fait des syndicats que par celui de la ministre fédérale des questions féminines et du service public.

Obligation d'analyse interne à l'entreprise

La modification de la GIBG en 2011 a introduit une obligation d'analyser les salaires à l'intérieur des entreprises. C'est ainsi que les entreprises de plus de 150 employés sont tenues d'établir tous les deux ans des rapports sur l'analyse de la rémunération (rapports sur le revenu). Ces rapports doivent fournir des indications sur le nombre de

⁸⁵ Les membres ont néanmoins droit à l'indemnisation de leurs coûts de voyage et de séjour indispensables.

⁸⁶ Seule la partie I concerne la discrimination entre hommes et femmes dans le monde du travail.

femmes et d'hommes dans les différentes catégories de personnel, respectivement d'ancienneté, définies par une convention collective ou par l'exploitation. De plus, la rémunération moyenne ou médiane du travail des femmes et des hommes au cours de l'année civile doit être indiquée pour chaque catégorie.

Les rapports se fondent par conséquent sur les catégories d'employés qui sont déterminées dans les conventions collectives pour les branches et les entreprises. Dans la mesure où les conventions collectives s'appliquent à plus de 90 pourcent des travailleurs, les analyses peuvent, dans la plupart des entreprises, se fonder sur les catégories d'employés. 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.⁸⁷ Une catégorie peut par exemple se composer d'« employés qui exécutent de manière autonome des travaux techniques ou commerciaux dans le cadre du mandat qui leur est confié en se conformant aux lignes directrices et aux directives générales ». Des techniciens aussi bien que des secrétaires peuvent être rangés dans cette catégorie. Le système autrichien permet ainsi, comme en Ontario, d'établir aussi une comparaison entre ces catégories de personnel (partant, dans le sens d'un travail « de même valeur »). Mais contrairement à la situation canadienne, l'attribution n'est pas effectuée en fonction des valeurs relevées dans le rapport, mais sur la base d'une classification dans les catégories de personnel.

Les conclusions des rapports mettent souvent en lumière des différences de rémunération entre les sexes qui doivent ensuite être analysées de plus près. Il s'agit concrètement de distinguer entre les domaines pour lesquelles une justification objective existe (p. ex. des écarts justifiables résultant de tâches et de responsabilités différentes) et ceux dans lesquels les femmes sont discriminées sur le plan du revenu afin d'élaborer des mesures ciblées. La législation actuellement en vigueur ne prévoit toutefois pas de disposition contraignant les entreprises à prendre des mesures pour établir l'égalité.

Les rapports sur le revenu doivent être transmis aux membres des comités d'entreprise ou aux représentants des collaborateurs. Ces personnes examinent les rapports et peuvent transmettre aux collaborateurs des informations importantes. Dans les entreprises qui n'ont pas de représentation des collaborateurs, le rapport doit être rendu accessible à tous les employés qui sont toutefois tenus à la confidentialité concernant son contenu. L'obligation d'établir les rapports sur le revenu est appliquée progressivement. Pour l'exercice 2012, seules les entreprises de plus de 250 collaborateurs ont été contraintes d'établir le rapport. L'obligation sera étendue aux entreprises de plus de 150 employés pour l'exercice 2013. Il n'existe pas de document de référence standardisé pour établir les rapports sur le revenu. Néanmoins, l'administration et les syndicats ont mis au point plusieurs documents qui peuvent servir de modèles (p. ex. le questionnaire en vue de l'établissement des rapports sur le revenu créé par le bureau de la ministre fédérale des questions féminines et du service public ou le guide concernant le

⁸⁷ <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-pay-gap/depth-info/tools-gpg/reports-austria/index_de.htm>, consultation le 30.4.2013

rapport sur le revenu dans les entreprises mis au point par la confédération des syndicats autrichiens [ÖGB]).⁸⁸

Contrôles internes à l'entreprise

Le système autrichien se caractérise par le rôle majeur des représentations de collaborateurs. Les membres des comités d'entreprise examinent les rapports sur le revenu et sont habilités à faire valoir leur droit à l'établissement d'un rapport devant les tribunaux. Contrairement à la Suède ou à l'Ontario, il n'y a pas de contrôle des rapports effectués sur l'initiative des instances étatiques. Lorsque les rapports indiquent des écarts entre les revenus, les collaborateurs et la direction de l'entreprise peuvent entamer des discussions dans le but de trouver un accord, voire d'instaurer des mesures sur le plan interne en vue d'adapter les salaires. Les syndicats sont fréquemment associés à ce type de négociations.

Compétences d'investigation

Si aucun accord n'a été trouvé au sein de l'entreprise ou qu'il y a une forte présomption de violation de la GIBG, les collaborateurs peuvent interpellier le GAW ou la GBK qui, dans ce cas, disposent tous deux de compétences d'investigation étendues. Le GAW peut demander aux employeurs de lui fournir des prises de position par écrit et se procurer d'autres informations dans les entreprises. Les employeurs, les membres des comités d'entreprise et les employés sont tenus de donner au GAW les renseignements nécessaires à l'exécution de sa tâche. Sur mandat de la GBK, le GAW peut aussi se rendre dans les locaux de l'entreprise et consulter les documents qui la concernent. A sa demande, des duplicatas ou des photocopies de ces documents doivent être mis à sa disposition.

Si les collaborateurs, les membres des comités d'entreprise ou le GAW soupçonnent une violation de la GIBG, ils peuvent proposer à la GBK de vérifier cet état de fait et engager ainsi une procédure devant cette dernière. La GBK peut alors procéder à un examen individuel, contrôle qu'elle peut également effectuer d'office. Mais un tel examen est souvent effectué lorsque d'autres motifs de discrimination sont en jeu. Il se peut que la GBK identifie d'autres indices dénotant une discrimination salariale. Comme la GBK ne traite que des cas précis, des contrôles d'office, notamment dans des branches ou des entreprises déterminées, n'existent pas.

Les employeurs et le personnel des entreprises dans lesquelles une inégalité est présumée ont une obligation générale de renseigner la GBK. En outre, la GBK peut exiger des rapports écrits. En cas de soupçon de discrimination salariale, elle a aussi (comme le GAW) la possibilité de demander aux responsables de l'assurance sociale compétents des données sur le revenu de personnes exerçant un travail comparable. Ces organes sont tenus de donner les renseignements requis. Les personnes interviewées estiment que cet instrument apporte bien un soutien pour ce qui est des questions d'ordre juridique, mais elles n'accordent aucune importance particulière à l'obligation de renseigner des responsables de l'assurance sociale et n'en attendent pas un effet préventif auprès des employeurs.

⁸⁸ Bundeskanzleramt (2011) : Leitfaden zur Erstellung eines Einkommensberichts ; ÖGB (2011) : Leitfaden zum Einkommensbericht in Unternehmen

Portée

La GIBG est applicable à tous les rapports de travail de droit privé (à l'exception des travailleurs occupés dans l'agriculture et les exploitations forestières). Dès 2014, toutes les entreprises comptant plus de 150 collaborateurs seront concernées par l'obligation d'établir des rapports sur le revenu (environ 2800 exploitations et 41 % des travailleuses et travailleurs autrichiens).

Compétences d'exécution

Lorsque, à l'issue d'une procédure interne, la GBK arrive à la conclusion qu'elle est en présence d'une infraction à la GIBG, l'employeur est prié par écrit, et avec remise de propositions, de mettre fin à la discrimination dans un délai de deux mois et de verser un rattrapage de salaire à partir du dépôt de la plainte.

Si l'entreprise ne se plie pas à l'injonction de la GBK, les défenseurs des intérêts des collaborateurs (mais pas les collaborateurs eux-mêmes) peuvent déposer une plainte auprès du tribunal du travail ou du tribunal civil compétent en constatation de la violation ou de la non-violation de la loi sur l'égalité. En pareil cas, le GAW n'a pas qualité pour agir. Il est néanmoins habilité à mener une procédure en constatation auprès de la GBK (uniquement avec le consentement de la personne concernée). Une telle procédure n'est pertinente que lorsque le GAW a une opinion différente de celle de la GBK. En pareil cas, l'employeur comparaît alors une nouvelle fois devant le tribunal en vue de constater qu'il y a bel et bien discrimination. Une telle procédure ne se produit qu'environ une fois par an.

En cas de constatation d'une violation de l'égalité salariale, les travailleurs ont droit au versement de la différence et à une indemnité pour les préjudices subis sur le plan personnel depuis le dépôt de la plainte (compensation du dommage immatériel). Les revendications fondées sur la loi sur l'égalité doivent toujours être invoquées devant le tribunal ; ni la GBK ni le GAW ne peuvent accorder le paiement des différences de salaire ou prononcer des sanctions. Les décisions prononcées par le tribunal civil ou par le tribunal du travail et entrées en force peuvent faire l'objet d'un recours selon la voie de droit ordinaire.

En revanche, le GAW a la possibilité de porter plainte auprès de l'autorité administrative de district en ce qui concerne l'obligation d'indiquer, dans les offres d'emploi, le salaire minimum et l'éventualité de verser un salaire plus élevé. Une première infraction peut entraîner un avertissement, des infractions ultérieures une peine pécuniaire pouvant aller jusqu'à 360 euros.

Autres compétences

Les résultats des examens individuels de la GBK aussi bien que les cas dans lesquels les employeurs ne se plient pas à l'injonction d'établir des rapports écrits (en cas de présomption de discrimination) doivent être publiés sur le site internet de la Chancellerie fédérale (les premiers anonymisés, les seconds avec le nom de l'entreprise). Tous les deux ans, un rapport sur l'exécution de la GIBG doit être remis au Conseil national.

Rôle des victimes

Les services d'assistance destinés aux victimes d'une discrimination salariale sont, outre les représentants des collaborateurs dans les entreprises et les syndicats, les Chambres des travailleurs et le GAW. D'ordinaire, le GAW examine la présomption de discrimination au cas par cas et négocie ensuite avec les entreprises. En cas d'échec, s'ouvre une procédure devant la GBK dont les conclusions constituent une sorte de rapport d'expertise et ne déploient pas d'effets juridiques. Sur la base de ces conclusions, la victime peut décider si elle désire intenter une action.

Voies de droit ouvertes contre les décisions administratives

Puisque la commission GBK et le ministère public GAW ne peuvent pas ordonner le paiement des différences de salaire, les voies de droit réservées aux employeurs à l'encontre des décisions prononcées par les autorités ne représentent pas un élément important dans le cas de l'Autriche.⁸⁹

4.2.2 OUTPUT

Nombre d'investigations

En 2011, le GAW a procédé à 1826 consultations sur des états de fait se rapportant à la partie I de la GIBG, dont 163 concernaient la fixation de la rémunération. En 2012, 78 procédures de la commission fondées sur des plaintes ont été menées par le Sénat I dont onze se rapportaient à la rémunération. Les personnes interviewées pour le compte du GAW estiment que, dans une dizaine de cas, les rapports sur le revenu ont été pris en considération au cours des procédures de commission. Avec le nombre croissant d'entreprises qui sont tenues de présenter un rapport sur le revenu, ce chiffre va certainement augmenter. Mais, dans leur très grande majorité, les investigations concernent des individus. Selon le représentant du syndicat, seuls deux à trois cas au cours des dernières années ont donné lieu à des enquêtes générales sur la structure des salaires dans une entreprise.

Lorsqu'ils enquêtent, le GAW et la GBK demandent habituellement aux entreprises des informations par courrier électronique, postal ou par téléphone. Mais ils se rendent parfois également dans les entreprises concernées.

Nombre d'infractions décelées et conséquences juridiques

En raison de l'introduction progressive des obligations légales, seules les entreprises de plus de 250 collaborateurs étaient jusqu'ici tenues (exercice 2012 compris) d'établir des rapports sur le revenu. Selon les déclarations de la ministre fédérale Heinisch-Hosek, au début de l'année 2013 toutes les entreprises ne répondent pas encore à leurs obligations en matière de rapports sur le revenu.⁹⁰ La qualité des rapports sur le revenu est par ailleurs très variable et n'est pas toujours suffisante. Selon un sondage mené en 2012 par la Confédération des syndicats autrichiens (ÖGB) et la chambre des travailleurs auprès de 700 membres des comités d'entreprise dans des firmes comptant plus de 500 collaborateurs, seuls 50 pourcent des sondés ont indiqué l'existence d'un rap-

⁸⁹ Cf. à ce sujet aussi le rejet d'une plainte à l'encontre du résultat d'un contrôle de la GBK par la cour constitutionnelle (VfGH B 966/09 du 8 décembre 2010)

⁹⁰ Heinisch-Hosek, G. (2013) : Einkommensberichte besser nutzen, um Lohnschere zu schliessen. Communiqué de presse du 21.03.2013

port sur le revenu. Onze pourcent en ont nié l'existence et 39 pourcent ne savaient pas ce qu'il en était.⁹¹ Les personnes interviewées pour le compte du GAW estiment que les rapports sur le revenu sont sans aucun doute établis. Mais il se peut que des faiblesses existent du fait qu'il n'y a aucune transparence vers l'extérieur et que des justifications avancées quant aux écarts entre les salaires ne résisteraient pas à un examen plus approfondi sous l'angle du droit de l'égalité. La personne interviewée pour le compte des syndicats estime aussi que, au vu des premières expériences, une difficulté réside dans le fait que les employeurs expliquent les écarts entre les salaires, mais qu'ils n'ont pas la volonté de les éliminer.

Le représentant des syndicats a signalé que pour quelques entreprises dans lesquelles des écarts de salaire ont été constatés sur la base des rapports sur le revenu, des négociations ont été menées pour prendre des mesures.

Il ressort du rapport du GAW portant sur l'exercice 2010/2011 que seuls de rares cas ont donné lieu à une procédure devant la GBK. L'une des raisons réside dans le fait que la plupart des personnes concernées se trouvent dans un rapport de service. Les procédures judiciaires sont encore plus rares en raison du risque de coûts de procédure élevés et de la difficulté d'apporter des preuves.

Durée de la procédure de contrôle

La durée moyenne des procédures auprès de la commission GBK – calculée d'après les demandes qui se sont achevées par des conclusions d'examen – a été de 17 mois dans la période considérée de 2010 à 2011.⁹² Dès lors, la durée est relativement longue ce qui, aux dires des représentants du GAW, est aussi à mettre sur le compte des ressources limitées et du grand nombre de cas traités par le Sénat I hors égalité des salaires.

4.2.3 EFFETS DANS LES ENTREPRISES

Adaptations concrètes dans les entreprises

Tandis que les examens de cas individuels conduisent assurément à des adaptations de salaire, il n'est pour l'heure pas possible d'évaluer si les rapports sur le revenu conduisent aussi à ce genre d'adaptations (et par la suite à des répercussions plus étendues que le simple relèvement des salaires individuels). Etant donné que les rapports sur le revenu constituent habituellement un instrument interne à l'entreprise, il sera à l'avenir toujours difficile de prédire les adaptations de salaire. La personne interviewée pour le compte des syndicats a connaissance de certains cas dans lesquels, suite aux rapports sur le revenu, les employeurs désirent accorder plus d'attention aux questions d'égalité des salaires. Mais elle ne peut pour l'instant pas encore déceler un signe de l'efficacité des mesures proactives en ce qui concerne l'adaptation des salaires.

Les personnes interviewées du GAW s'attendent à ce que ces mesures déploient des effets les plus divers. Certains employeurs prennent des mesures d'élimination de l'inégalité salariale sur le plan individuel sans attendre après les négociations, d'autres ne sont même pas prêts à le faire après une décision de justice. Les personnes interviewées

⁹¹ ÖGB/Arbeiterkammer (2012) : Präsentation Befragung BetriebsrätInnen. Einkommensberichte. Erste Erfahrungen und Einschätzungen. Präsentation von Sybille Pirklbauer, AK Wien

⁹² Bundeskanzleramt Österreich (2012) : Gleichbehandlungsbericht für die Privatwirtschaft 2010 und 2011 I. Teil I. Vienne

wées espèrent que, grâce aux rapports sur le revenu, des effets plus marqués sur les structures salariales générales dans une entreprise se feront sentir à l'avenir et qu'ainsi les changements ne profitent pas seulement à des individus victimes de discrimination.

Autres effets

Aucun effet non intentionnel lié à l'établissement des rapports sur le revenu n'a été constaté ; grâce à la collaboration éprouvée entre les membres des comités d'entreprise et les employeurs, la réalisation de ces rapports se passe aussi assez bien. Les partenaires interviewés voient comme une lacune le fait que les rapports ne détaillent pas les éléments du revenu (salaires de base, allocations, heures supplémentaires, frais, bonus et primes, etc.). Ainsi, on identifie assurément un écart entre les salaires, mais il est difficile d'en déterminer la source de manière à pouvoir éliminer la différence de salaire.

Le travail demandé aux entreprises et aux membres des comités d'entreprises pour établir les rapports sur le revenu est considéré comme raisonnable. Etant donné que jusqu'ici seules les grandes entreprises devaient établir des rapports, cette exigence ne touchait que des firmes disposant de services du personnel professionnels et dans lesquelles les données requises étaient disponibles. En outre, les formations de responsables du personnel organisées par la Chancellerie fédérale ont certainement contribué à freiner les effets non intentionnels dans les entreprises. Les personnes interviewées sont d'avis que les mesures proactives contribuent manifestement à une meilleure sensibilisation à la question de l'égalité des salaires, sans oublier ici également les importants efforts consentis dans le domaine de l'information et de la formation (des syndicats et des autorités).

Compte tenu de la compétence d'exécution réduite du GAW et de la GBK, il y a lieu de considérer l'effet préventif en Autriche comme minime. Même la supposition que les procédures individuelles entraîneront une adaptation des systèmes salariaux dans leur entier n'est probablement pas pertinente.

4.2.4 RÉDUCTION DE LA DISCRIMINATION SALARIALE

Grâce au GAW et à la GBK l'Autriche dispose d'institutions efficaces qui donnent des conseils et négocient dans des situations individuelles de discrimination salariale.⁹³ De plus, la forte implication des syndicats et des membres des comités d'entreprise est appropriée pour faire passer sans grandes difficultés des solutions internes à l'entreprise en matière d'égalité des salaires.

Les efforts déployés conduisent certes à éliminer une discrimination salariale dans des cas individuels. Il est en revanche très difficile d'extrapoler cette expérience sur un plan général et de prédire l'évolution de l'écart des salaires entre les femmes et les hommes. Comme les expériences faites avec les mesures proactives sont récentes, il y a lieu de présumer que l'augmentation de transparence n'a jusqu'ici pas eu d'effets sur les écarts entre les salaires. A moyen terme, on s'attend cependant à ce que les mesures proac-

⁹³ Dans le cas du GAW, c'est un grand atout d'avoir des contacts dans les Länder grâce aux avocates et avocats régionaux.

tives entraînent une réduction des écarts de salaire « par la sensibilisation d'une part et par une meilleure application du droit d'autre part ».⁹⁴

A titre de conclusion, nous exposons dans l'aperçu ci-après le nombre d'entreprises autrichiennes qui ont l'obligation de procéder à une analyse des salaires interne à l'entreprise (estimation).

Tableau 4.2 : Aperçu de la mise en œuvre de l'analyse des salaires interne à l'entreprise et des contrôles administratifs par sondage : Autriche

Tous les employeurs privés	100 % (total) Nombre d'employeurs : 308 735 (env. 2,4 mio employés)
Employeurs avec obligation d'établir des rapports sur le revenu (dès 2014 entreprises dès 150 collaborateurs)	0,91 % des employeurs ; env. 41 % des employés Nombre d'employeurs occupant 150 employés et plus : 2800 (env. 984 000 employés)
Employeurs qui établissent des rapports sur le revenu	0,81 % des employeurs ; 36 % des employés En présence d'une mise en œuvre insuffisante d'au moins 11 % (sondage auprès des membres des comités d'entreprise), env. 2490 entreprises établissent des rapports sur le revenu (env. 875 760 employés)
Employeurs contrôlés chaque année à l'initiative du GAW et de la GBK	Aucun Les contrôles sont effectués par les membres des comités d'entreprise, les investigations du GAW/de la GBK ne le sont qu'à l'issue d'une plainte
Respect des directives de la loi sur l'égalité	Les dispositions légales ne sont pas en vigueur depuis assez longtemps pour émettre des affirmations à ce sujet.

Source: calculs des auteur·e·s, établis sur la base de la statistique de l'Autriche (2013) : Leistungs- und Strukturstatistik ab 2008 – Unternehmensdaten,

<<http://statcube.at/superwebguest/login.do?guest=guest&db=deste08w1>>, consultation le 30.4.2013

4.3 SUÈDE

En 1980, la Suède a vu l'entrée en force de la loi *Equal Opportunities Act* qui interdit la discrimination salariale fondée sur le sexe. 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.⁹⁵ En 2009, la législation en vigueur a été remplacée par une nouvelle loi sur la discrimination. Alors que la présente étude de cas expose le système suédois sur la base de la loi sur la discrimination

⁹⁴ Konstazky, S.; Schiessel, E. (2010) : Lohnleichheit von Frauen und Männern. Rechtswirklichkeit und politischer Handlungsbedarf, dans: Blaha, Barbara und Weidenholzer, Josef (Hrsg.) : Freiheit – Beiträge für eine demokratische Gesellschaft. Vienne : Braumüller, p. 43–58

⁹⁵ Cf. Jämställdhetsombudsmannen (2005) : Survey, Analysis and Action Plan for Equal Pay. An in-depth analysis on effects of the regulations of 2001

actuelle, les informations relatives aux outputs et aux effets se réfèrent bien entendu aussi aux expériences faites sous l'ancienne législation.⁹⁶

Dans le cas de la Suède, il convient de souligner la grande importance des conventions collectives qui comprennent aussi, depuis les années 1970, des accords nommés *Gender Equality Agreements*.⁹⁷ L'insertion de normes sur l'égalité des salaires dans les conventions collectives a conduit, jusqu'au début des années 1980, à une réduction de l'écart des salaires.⁹⁸ Entre la fin des années 1980 et l'année 2005, l'écart (non justifié) entre les salaires, situé entre 16 et 18 pourcent, est resté relativement stable.⁹⁹

4.3.1 CONCEPT ET MISE EN OEUVRE

La loi sur la discrimination énonce une interdiction générale de discrimination des travailleurs. Le chapitre 3 stipule : « Employers and employees are in particular to endeavour to equalise and prevent differences in pay and other terms of employment between women and men who perform work which is to be regarded as equal or of equal value ». La loi sur la discrimination est applicable aux employeurs dans le secteur privé comme dans le secteur public.

Aux termes de la loi, on est en présence d'un travail de même valeur lorsque, en considérant l'ensemble des exigences et la nature du travail, on peut admettre que les travaux sont équivalents. Cet examen comprend, d'une manière analogue à celui fait dans le cadre du *pay equity* en Ontario, des aspects tels que les connaissances et les aptitudes, la responsabilité ainsi que les conditions de travail.

Compétence d'exécution

La surveillance de l'égalité des salaires est confiée à un bureau de la médiation étatique centralisé (*Diskrimineringsombudsmannen*). Le bureau de la médiation dans sa forme actuelle est issu de la fusion en 2009 des précédents bureaux de médiation compétents dans différents domaines de la discrimination. En ce qui concerne l'égalité des salaires, les compétences étaient assumées, avant 2009, par le *Gleichstellungsbudsmann*.

Organisation des autorités

Le gouvernement nomme la directrice ou le directeur du bureau de la médiation, *Diskrimineringsombudsmannen*. La tâche principale de ce bureau est de contrôler et d'encourager la mise en œuvre de la loi sur la discrimination. Il s'engage notamment dans la lutte contre la discrimination en raison du sexe, de l'ethnie, de la religion, du handicap, de l'orientation sexuelle et de l'âge. La division *Compliance monitoring* s'attache à contrôler la mise en œuvre des mesures proactives par les entreprises. À côté du bureau de la médiation, il existe une commission contre la discrimination (*Nämnden mot diskriminering*). Cette autorité administrative indépendante emploie 13 personnes et se compose de représentants des syndicats, des organisations

⁹⁶ Les directives relatives aux mesures proactives dans l'« Equal Opportunities Act » ont été pour l'essentiel reprises dans la loi sur la discrimination (cf. Ministry of Integration and Gender Equality [2009] : New anti-discrimination legislation and a new agency, the Equality Ombudsman. Fact Sheet).

⁹⁷ Cf. European Industrial Relations Observatory (EIRO) : Comparative study on gender pay equity : The case of Sweden

⁹⁸ Diskrimineringsombudsmannen (2009) : Pay surveys – provisions and outcomes

⁹⁹ Diskrimineringsombudsmannen (2009) : Pay surveys – provisions and outcomes

d'employeurs et d'associations (p. ex. organisations des personnes handicapées). La commission a notamment pour tâche de vérifier les sanctions pécuniaires du bureau de la médiation et le cas échéant de rendre une décision.

Ressources

Le bureau de la médiation dispose d'environ 13 millions de francs par année. Il occupe au total près de 90 collaborateurs (dont 13 dans la division *Compliance monitoring*). Compte tenu des 9,5 millions de personnes vivant en Suède, cela signifie qu'un peu moins de 1,40 franc par habitant est dépensé chaque année pour le bureau de la médiation. La part consacrée à la mise en œuvre des dispositions légales en matière d'égalité des salaires ne peut pas être isolée.

Obligation de procéder à une analyse interne à l'entreprise

Selon la loi sur la discrimination, tous les employeurs doivent, indépendamment du nombre d'employés, relever et analyser tous les trois ans l'égalité des salaires entre hommes et femmes (*pay surveys and analysis* ; ci-après : analyse des salaires). 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.

Il importe d'une part de contrôler les différences de salaire entre les femmes et les hommes qui accomplissent les mêmes tâches dans une entreprise (*equal work*). D'autre part, il faut comparer la rémunération d'activités qui sont principalement accomplies par des femmes avec la rémunération d'activités qui ne sont pas principalement accomplies par des femmes, mais qui ont une même valeur (*work of equal value*). La valeur se détermine sur la base des connaissances et des aptitudes, de la responsabilité ainsi que des conditions de travail.

Les entreprises comptant plus de 25 collaborateurs 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.¹⁰⁰ 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 collaborateurs, respectivement de leurs représentations. Elles sont tenues de mettre à disposition toutes les informations nécessaires à l'établissement des analyses et des programmes. Le modèle suédois attribue aux représentants des collaborateurs un rôle important dans le cadre de l'analyse des salaires interne à l'entreprise. Cependant, la responsabilité d'établir les

¹⁰⁰ Jusqu'en 2009, les entreprises dès dix collaborateurs étaient tenues de remplir ces obligations. Les dispositions ont été assouplies de sorte que seules les entreprises à partir de 25 collaborateurs doivent établir des programmes d'égalité des salaires et qu'elles ne doivent plus le faire chaque année. Cette limitation a été justifiée par une réduction du travail administratif et des coûts à la charge des entreprises privées (cf. Tondorf, K.; Jochmann-Döll, A. [2010] : Blick über die Grenzen: Regelungen zur Entgeltgleichheit in Schweden. Newsletter zur Entgeltgleichheit, Nr. 4). Cette modification touche plus de 22 000 entreprises qui occupent plus de 300 000 personnes (cf. Statistics Sweden. Enterprises and employees (FDB) by industrial classification, entreprises comptant entre 10 et 19 employé(s).

analyses et les programmes incombe en fin de compte aux entreprises. En règle générale, les programmes d'égalité des salaires restent dans les entreprises et peuvent être consultés par les collaborateurs ; parfois ils sont aussi transmis aux syndicats.

Il n'existe pas d'instrument uniformisé pour établir les analyses de salaires et les programmes d'égalité des salaires. En outre, les analyses de salaire ne doivent pas impérativement être consignées par écrit. Une partie des entreprises utilise les modèles proposés par les syndicats ou le bureau de la médiation,¹⁰¹ une autre partie engage des entreprises de consultation privées. 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).¹⁰²

Ces rapports et les discriminations salariales qui y ont été constatées n'entraînent pas pour les employés un droit à une indemnisation pour compenser un salaire trop bas par le passé. Si, en revanche, dans le cadre d'une plainte individuelle, le tribunal constate qu'il y a discrimination salariale, les employeurs ont à verser un rattrapage de salaire pour la différence de salaire depuis le dépôt de la plainte. Les analyses de salaire et les programmes d'égalité des salaires peuvent être invoqués à titre de moyens de preuve lors des procès individuels.

Portée

La loi sur la discrimination s'applique à toutes les entreprises privées et publiques de Suède. Les programmes d'égalité des salaires ne doivent impérativement être établis que par les entreprises comptant 25 collaborateurs et plus (env. 7 % de l'ensemble des travailleurs de Suède, resp. 67 % de tous les employés).

Compétences d'investigation

Les collaborateurs du bureau de la médiation ont de vastes compétences d'investigation. Ainsi, les employeurs sont tenus de fournir toute indication sur la situation au lieu de travail qui pourrait présenter un intérêt dans le cadre de la surveillance exercée par le bureau de la médiation. Celui-ci peut vérifier les analyses de salaires et les programmes d'égalité des salaires et mener des investigations dans les entreprises. Pour ce faire, celles-ci doivent assurer que les enquêteurs aient accès aux postes de travail et autres sites de travail. Cet élément n'a toutefois pratiquement aucune importance pour les investigations en matière d'égalité des salaires.

Compétences d'exécution

La tâche principale du bureau de la médiation est d'enjoindre aux employeurs de respecter les dispositions de la loi sur la discrimination sur une base volontaire (et d'éviter par conséquent le prononcé de décisions par le bureau de la médiation ou des plaintes individuelles). Si une violation de l'égalité des salaires est présumée, le médiateur prend

¹⁰¹ Un modèle anglais permettant aux petites entreprises d'établir des analyses de salaires est annexé au document suivant : Jämställdhetsombudsmannen (2005) : Survey, Analysis and Action Plan for Equal Pay. An in-depth analysis on effects of the regulations of 2001

¹⁰² Cf. Tondorf, K.; Jochmann-Döll, A. (2010) : Blick über die Grenzen: Regelungen zur Entgeltgleichheit in Schweden. Newsletter zur Entgeltgleichheit, N°4

dans un premier temps contact avec les employeurs. Les entreprises sont tenues de participer aux entretiens et négociations destinés à faciliter la recherche de solutions amiables. Lorsque les employeurs ne remplissent pas leur obligation d'établir des analyses de rémunération ou qu'ils ne les transmettent pas lorsqu'ils en sont priés par le bureau de la médiation, celui-ci peut demander à la commission contre la discrimination d'infliger une amende conditionnelle.¹⁰³ Le bureau de la médiation ne peut donc pas imposer lui-même des amendes. Leur montant dépend de la taille de l'entreprise. Il se monte à 3500 francs au minimum pour les petites entreprises ; pour de plus grandes, il peut aller jusqu'à plus de 100 000 francs. Par conséquent, les amendes sanctionnent le défaut d'accomplissement des obligations de déclaration et de publication, mais pas le non-respect de l'égalité des salaires.

Lorsque des victimes déposent une plainte pour discrimination salariale auprès du bureau de la médiation, ce dernier prend note de ces informations et tente tout d'abord de parvenir à une conciliation entre les parties. Si aucune solution amiable ne peut être trouvée, le bureau de la médiation peut, avec le consentement de la personne concernée, se porter partie et conduire un procès devant le tribunal du travail.

Autres compétences

L'une des compétences essentielles du bureau de la médiation réside dans la possibilité de rendre public le nom des entreprises (contrôlées par ses services) qui ne remplissent pas leurs obligations en matière d'égalité des salaires. Les vérifications et rapports du bureau de la médiation se révèlent ainsi efficaces sur le plan médiatique et exercent sur les employeurs une pression pour qu'ils prennent des mesures. Sur ce plan, cet instrument a également un effet préventif. Une autre tâche de première importance pour convaincre les employeurs consiste à offrir un service de conseil, dans l'objectif d'améliorer les connaissances et la compréhension des employeurs et des partenaires sociaux. A ce sujet, des formations et de nombreuses publications, disponibles sur le site internet, sont proposées.

Rôle des victimes

Le principal service d'assistance pour les victimes de discrimination salariale, ce sont les syndicats qui peuvent les représenter dans une procédure judiciaire devant le tribunal du travail. Il importe ici de rappeler le très haut degré d'organisation des travailleurs en Suède (75 % de l'ensemble des travailleurs font partie d'un syndicat).¹⁰⁴ Si aucun syndicat (ou association) ne souhaite défendre le cas dans une procédure judiciaire ou si la victime ne désire pas être représentée par le syndicat, celle-ci ne peut pas présenter sa requête au tribunal en tant que demandeur individuel. Elle doit alors déposer une plainte auprès du bureau de la médiation. Le médiateur examine la plainte, conseille la personne et si elle y consent, est en mesure d'intenter une action devant le tribunal du travail. Le médiateur n'a pas à décider s'il y a discrimination ou non, pas plus qu'il n'intervient comme expert au tribunal.

¹⁰³ Conditionnelle signifie dans ce cas que l'amende ne doit être versée que si l'employeur ne remplit pas son obligation dans un délai fixé à partir du prononcé de l'amende conditionnelle.

¹⁰⁴ Diskrimineringsombudsmannen (2009) : Pay surveys – provisions and outcomes

Voies de droit ouvertes contre les décisions administratives

Les employeurs, tout comme les syndicats, ont la possibilité de déposer plainte auprès de la commission contre la discrimination contre les mesures prises par le bureau de la médiation. Cette dernière peut elle-même intervenir et annuler les mesures du bureau de la médiation si elle arrive à la conclusion que celui-ci interprète la loi de manière trop restrictive.

4.3.2 OUTPUT

Nombre d'enquêtes

Entre 2001 et 2008, plusieurs milliers de rapports sur l'égalité salariale ont été établis en Suède qui touchent à peu près un quart de l'ensemble des employés du marché du travail suédois.¹⁰⁵ La majeure partie de ces rapports n'est pas soumise au contrôle du bureau de la médiation. Les analyses et rapports des entreprises de moins de 25 collaborateurs en particulier n'étaient et ne sont toujours que très rarement soumis à un contrôle. Dans l'ensemble, le nombre des entreprises contrôlées annuellement par le bureau de la médiation sur la question de l'égalité des salaires va de 75 à 100 selon les estimations. En raison des ressources limitées dont il dispose, le bureau de la médiation concentre son activité sur des entreprises, de plus grande taille de façon à engendrer des effets positifs pour le plus grand nombre de travailleurs possible.

Le plus important projet d'enquête systématique en matière d'égalité des salaires dans les entreprises réalisé jusqu'ici a été mené de 2006 à 2008 par le bureau de la médiation. Les analyses de salaires et les programmes d'égalité des salaires de 570 grandes entreprises suédoises, employant 750 000 personnes au total, ont été contrôlés. Dans 44 pourcent de ces entreprises, l'enquête a permis d'identifier des écarts de salaire non justifiés, qui ont dû être éliminés.

Par année, seules deux plaintes individuelles pour discrimination salariale sont portées en moyenne devant le médiateur. Des solutions sont souvent trouvées avant qu'une telle plainte ne soit déposée. Il n'arrive que très rarement que des cas du médiateur soient portés devant le tribunal du travail ; le dernier cas remonte d'ailleurs à plusieurs années. La réserve observée par le bureau de la médiation s'explique par le fait que, par le passé, des plaintes déposées par des travailleurs avaient échoué, alors que le bureau de la médiation estimait qu'elles avaient de bonnes chances de succès.¹⁰⁶

Nombre d'infractions décelées et conséquences juridiques

En règle générale, les entreprises fournissent au bureau de la médiation les documents requis lorsqu'elles sont désignées pour être soumises à un contrôle. La personne du bureau de la médiation interviewée estime toutefois que les documents sont parfois

¹⁰⁵ Diskrimineringsombudsmannen (2009) avant la décision : Pay surveys – provisions and outcomes : 15

¹⁰⁶ Il s'agit surtout d'une référence à une décision du tribunal du travail de 2001 qui n'a pas vu de discrimination entre les salaires des sages-femmes et des techniciens dans la mesure où cette discrimination attestait aux seconds une plus grande valeur sur le marché du travail (employeurs privés par opposition aux employeurs publics) (European Industrial Relations Observatory [EIRO]: Comparative study on gender pay equity : The case of Sweden)

d'une qualité insuffisante.¹⁰⁷ Lors des derniers contrôles, seules deux des 35 entreprises sollicitées ont pu présenter des analyses et programmes conformes aux exigences légales. Lorsque des infractions sont détectées, les entreprises sont d'ordinaire disposées à fournir par la suite les documents requis, respectivement à prendre les mesures nécessaires.

Un sondage effectué en 2005 a révélé une mise en œuvre largement insuffisante. Parmi les 3000 entreprises qui participaient au sondage, elles n'étaient que 34 pourcent à disposer d'un programme d'égalité des salaires. Les petites entreprises en particulier ne remplissent pas leurs obligations, notamment en ce qui concerne l'établissement des analyses de salaire.¹⁰⁸ La personne interviewée estime que l'hypothèse, selon laquelle 70 pourcent des entreprises privées et 30 pourcent des employeurs publics ne remplissent pas leurs obligations en matière d'établissement des analyses et des rapports, est réaliste.

Par le passé, la possibilité donnée à la commission d'imposer des amendes sur proposition du bureau de la médiation a été très peu utilisée. Ainsi, de 2001 à 2005, le bureau de la médiation n'a transmis que 13 propositions de procédures de ce genre à la commission contre la discrimination.¹⁰⁹

Durée de la procédure de contrôle

La procédure de contrôle diligentée par le bureau de la médiation dure parfois assez longtemps (de neuf mois à un an), du fait que les analyses et les rapports des employeurs sont fréquemment de qualité médiocre.

4.3.3 EFFETS DANS LES ENTREPRISES

Pour exposer le modèle suédois de lutte contre la discrimination salariale, nous distinguons ci-après entre les adaptations concrètes effectuées par les employeurs et les autres effets difficilement quantifiables dans les entreprises.

Adaptations concrètes dans les entreprises

Bien que la mise en œuvre soit très lacunaire en ce qui concerne l'établissement des analyses internes à l'entreprise, celles-ci remplissent généralement leurs obligations à l'issue d'un contrôle du bureau de la médiation et procèdent à des adaptations de salaire ou prennent des mesures.

Pour les 570 grandes entreprises qui ont été contrôlées entre 2006 et 2008, la somme des adaptations de traitement est d'environ 72 millions de couronnes suédoises (env. 10,3 millions de francs) par an. Les adaptations concernaient 5800 travailleurs et travailleuses au minimum, dont 90 pourcent étaient des femmes. Cela signifie qu'environ

¹⁰⁷ En 2012, le médiateur a écrit à 40 000 entreprises et les a rendues attentives à leurs obligations en matière d'égalité des salaires. Cette démarche a touché tous les employeurs d'entreprises comptant dix collaborateurs et plus. La personne du bureau de la médiation interviewée espère que l'information diffusée permettra d'améliorer la qualité des analyses.

¹⁰⁸ Cf. Jämställhetsombudsmannen (2005) : Survey, Analysis and Action Plan for Equal Pay. An in-depth analysis on effects of the regulations of 2001

¹⁰⁹ Cf. Jämställhetsombudsmannen (2005) : Survey, Analysis and Action Plan for Equal Pay. An in-depth analysis on effects of the regulations of 2001

0,8 pourcent des employés des entreprises contrôlées ont obtenu une augmentation de salaire d'environ 140 francs par mois.

Un tiers des entreprises contrôlées entre 2006 et 2008 ont pris d'autres mesures (que des adaptations de salaire) afin de parvenir à l'égalité salariale. En font partie les programmes de développement professionnel, les formations destinées aux cadres en matière de fixation des salaires, l'augmentation de la proportion de femmes à l'échelon des cadres et le gel des augmentations de salaire pour les hommes qui reçoivent une rémunération plus élevée dans une position comparable.

Les adaptations de salaire et les autres mesures prises par les employeurs ont été réalisées en partie avant et en partie après le contrôle du bureau de la médiation. Il faut en conclure que la loi incite pour le moins aussi partiellement à effectuer des adaptations de salaires qui ne sont pas contrôlées de manière active par le bureau de la médiation.

Les employeurs ont trois ans au maximum pour éliminer la discrimination entre les salaires. Le médiateur les invite toutefois à prendre les mesures nécessaires aussi rapidement que possible et leur apporte son soutien pour la mise en place de mesures concrètes.

Autres effets

Outre les adaptations concrètes effectuées dans les entreprises, le bureau de la médiation signale d'autres effets dans les entreprises qui ne sont toutefois pas directement mesurables. Pour les entreprises, le recours aux analyses de salaire a amené des avantages sur plusieurs plans. Les critères généraux de fixation des salaires sont appliqués de façon plus rigoureuse et l'on accorde davantage d'importance à la question de l'égalité des sexes au sein de l'exploitation. Cette procédure a pour effet non seulement de renforcer l'attention des employeurs, mais également de sensibiliser les travailleurs et les syndicats en matière d'égalité salariale. A cet égard, la combinaison entre information et conseils d'une part et inspection d'autre part est considérée comme capitale. Le bureau de la médiation en conclut que l'obligation de procéder à une analyse interne à l'entreprise représente un « valuable instrument for achieving equal pay at individual workplaces ». ¹¹⁰ Dans les cas individuels, les démarches proactives se sont en outre révélées plus efficaces que les médiations ou les procédures judiciaires.

Les personnes interviewées admettent que les compétences d'exécution du bureau de la médiation développent un certain effet préventif. Elles constatent que la possibilité de faire un rapport à la commission contre la discrimination lors des contrôles amène même des employeurs réticents à établir des analyses de rémunération. Dans l'ensemble néanmoins, les compétences d'exécution du bureau de la médiation (en particulier en ce qui concerne le caractère conditionnel des amendes) sont trop restreintes pour générer un effet préventif important.

4.3.4 RÉDUCTION DE LA DISCRIMINATION SALARIALE

En définitive, les efforts de la Suède exposés dans le cadre de cette étude ont pour but de réduire la discrimination salariale entre hommes et femmes. Selon le bureau de la

¹¹⁰ Diskrimineringsombudsmannen (2009) : Pay surveys – provisions and outcomes

médiation, l'écart de salaire global entre les femmes et les hommes n'a cependant que peu changé depuis la fin des années 1980 et se situe entre 16 et 18 pourcent.¹¹¹ Les données de ces dernières années attestent une légère réduction de l'écart des salaires à 15,8 pourcent en 2011 (rémunération horaire brute moyenne des employés à plein temps et à temps partiel).¹¹² Si l'on prend en compte les différences dues à l'activité, la formation, l'âge, les heures de travail et le poste de travail, il reste un solde non explicable, soit une discrimination salariale de 5,9 pourcent pour l'année 2011.¹¹³ Le bureau de la médiation s'exprime ci-après en termes prudents pour qualifier les facteurs auxquels cet écart est dû : « The remaining pay differential (...) cannot be explained with the aid of the information currently available in Sweden's official statistics on wages and salaries. The possibility that it could be a manifestation of unjustified differences in pay and direct discrimination as defined in the Discrimination Act cannot be ruled out. ». ¹¹⁴ Cette différence de salaire avérée ne s'est pourtant que peu réduite au cours de ces dernières années.¹¹⁵

Il n'est pas possible de chiffrer la contribution des mesures prises par le bureau de la médiation aux modifications (quoiqu'il en soit minimales) de l'écart entre les salaires. Néanmoins, les éléments suivants peuvent être cités au nombre des raisons pour lesquelles les mesures prises par le bureau de la médiation n'ont jusqu'ici pas conduit à une réduction sensible de la discrimination salariale:¹¹⁶

- De fait, seules les entreprises de plus de 25 collaborateurs sont tenues de prendre des mesures proactives.
- Les programmes d'égalité des salaires ne sont pas standardisés et ne doivent être soumis au bureau de la médiation que sur demande.
- Les employeurs contrôlés par le bureau de la médiation sont peu nombreux (0,03 % par année).
- La compétence d'exécution du bureau de la médiation est limitée, les entreprises n'ont donc pas à craindre de peines pécuniaires si, lors d'un contrôle, il s'avère qu'elles n'ont pas encore appliqué de mesures (référence est faite aux amendes conditionnelles).

A titre de conclusion, nous exposons dans l'aperçu ci-après le nombre d'entreprises de Suède qui ont l'obligation de procéder à une analyse des salaires interne à l'entreprise et à des contrôles administratifs par sondage (estimation).

¹¹¹ Diskriminieringsombudsmannen (2009) : Pay surveys – provisions and outcomes

¹¹² Eurostat: Gender Pay Gap in unadjusted form :

<<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=en&pcode=tsdsc340>>, consultation le 30.4.2013

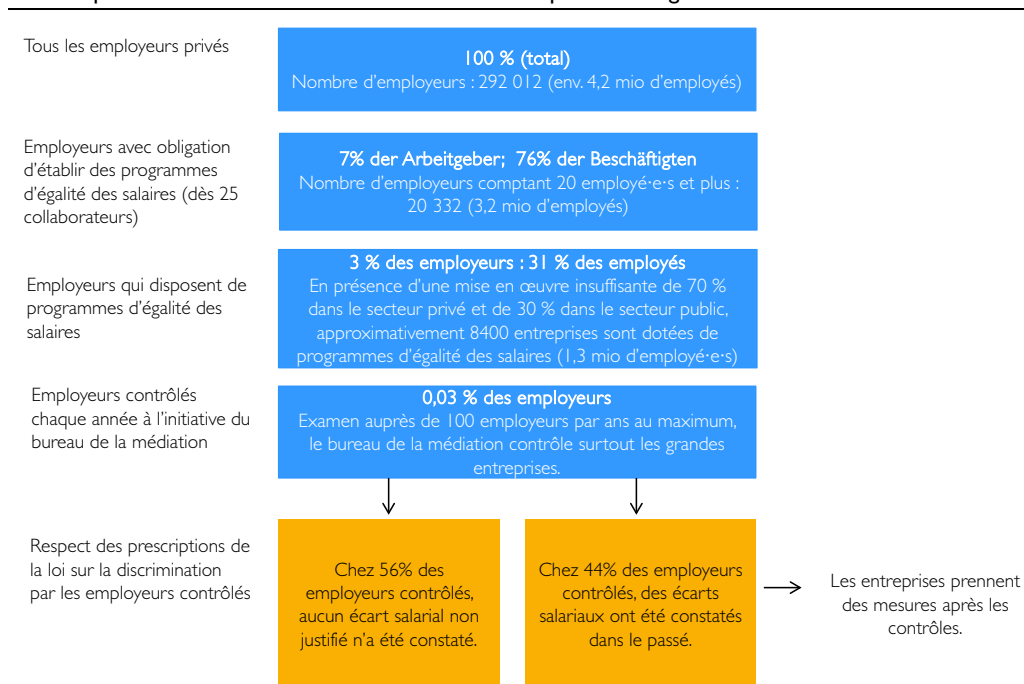
¹¹³ Cf. National Mediation Office Sweden (2012) : Summary Annual Report for 2012

¹¹⁴ Diskriminieringsombudsmannen (2009) : Pay surveys – provisions and outcomes

¹¹⁵ Cf. à ce sujet aussi Statistics Sweden (2013) : Women and Men in Sweden. Facts and Figures 2012 et National Mediation Office Sweden (2009) : Summary Annual Report for 2009

¹¹⁶ Cf. à ce sujet aussi Lappalainen, P. et al. (2010) : Active measures in Sweden – in theory and practice

Tableau 4.3: Aperçu de la mise en œuvre de l'analyse des salaires interne à l'entreprise et des contrôles administratifs par sondage : Suède



Source : calculs établis par les auteur·e·s sur la base de données fournies par de Statistics Sweden (2013) : Enterprises and employees (FDB) by industrial classification and size class. Year 2008 – 2012.

Ce chapitre présente une synthèse des modèles étudiés. Le chapitre 5.1 donne un bref aperçu de chaque modèle et le chapitre 5.2 expose en résumé les considérations relatives aux coûts et à l'utilité des modèles étudiés. En se fondant sur les analyses de cas, le chapitre 5.3 s'attache à comparer brièvement les différents éléments conceptuels et le chapitre 5.4 ceux d'ordre organisationnel. Nous en soulignons les avantages et les inconvénients. A partir de ces réflexions, nous émettons, dans un dernier chapitre 5.5, des recommandations pour la mise en place d'un modèle suisse de contrôle et d'application de l'égalité des salaires.

5.1 APERÇU DES MODÈLES ÉTUDIÉS

Nous résumons ci-après les modèles étudiés.

Aperçu des modèles suisses

Dans le *modèle du Surveillant des prix*, les dispositions légales fédérales sont exécutées par une autorité fédérale. Les enquêtes sont menées d'office ou sur dénonciation. L'autorité dispose de larges compétences d'investigation et les informations sont récoltées par le biais de questionnaires standardisés. Lorsqu'il n'est pas possible d'aboutir à un règlement amiable, l'autorité peut ordonner la baisse de prix, respectivement refuser son augmentation. La voie de droit conduit au Tribunal administratif fédéral (TAF) ; ont qualité pour agir les entreprises concernées et les organisations de consommateurs. Il n'existe pas de coexistence d'une procédure de droit civil et d'une autre de droit administratif. Une décision est très rarement prononcée en raison des craintes des entreprises quant aux éventuels dommages à leur réputation. D'une manière générale, ce modèle a un effet préventif important, notamment parce qu'il est combiné avec des relations publiques actives et que les règlements amiables ainsi que les décisions sont publiés.

Le *modèle de la Commission fédérale des maisons de jeu* voit également la législation fédérale mise en œuvre par une autorité fédérale. Les inspections sont en partie effectuées par les cantons. Ce modèle vise à assurer le contrôle des entreprises concessionnaires, la portée en est donc limitée. L'autorité dispose de larges compétences (invasives) d'investigation et d'application. Comparés à d'autres modèles, ce système prévoit un contrôle strict, fortement réglementé par la loi, qui prévoit des inspections annuelles automatiques et qui impose l'obligation de déclarer et une révision par le biais de sociétés d'audit spécialisées. Les inspections peuvent être effectuées par l'autorité fédérale ou déléguées à des autorités cantonales. Les compétences d'application des commissions s'étendent des décisions spécifiques (p. ex. modification de l'offre de jeu) au retrait de la concession. Les particuliers lésés par des maisons de jeu doivent faire valoir leurs revendications par une action ordinaire auprès des tribunaux civils. Compte tenu du contrôle de l'ensemble des entreprises concernées, le modèle est efficace, mais son champ d'application restreint (21 maisons de jeu) le rend toutefois peu applicable dans d'autres domaines. Il génère par ailleurs un travail conséquent.

Le modèle des *Mesures d'accompagnement* à la libre circulation des personnes prévoit que les offices cantonaux et les partenaires sociaux mettent en œuvre les dispositions relatives aux conditions de salaire et de travail dans l'objectif de faire respecter les conditions de travail et de salaire minimales applicables en Suisse. L'exécution s'effectue dans le cadre des structures habituelles prévues pour le contrôle des rapports de travail à l'échelle cantonale (cf. art. 7 LDét). Une subdivision s'opère à ce niveau : pour les branches ne disposant pas de convention collective de travail (CCT) déclarées de force obligatoire (DFO), les commissions tripartites des cantons sont compétentes. Quant à elles, les branches disposant d'une CCT DFO sont soumises au contrôle de commissions paritaires. Les contrôles sont parfois délégués à des associations de contrôle du marché du travail par le biais de conventions de prestations (p. ex. l'association *Verein Baustellenkontrolle Basel* dans le canton de Bâle-Ville). Les normes de la libre circulation des personnes imposent aux entreprises concernées d'annoncer leurs travailleurs détachés. Les contrôles sont effectués sur la base de ces annonces et se fondent sur les décomptes de salaires, contrats et transferts de salaire ainsi que des inspections. Le SECO fixe tous les ans pour chaque canton un nombre déterminé de contrôles à effectuer. Nous observons parfois la coexistence d'une procédure de droit civil et d'une autre de droit administratif : dans les branches couvertes par des CCT DFO, des travailleurs individuels peuvent faire valoir le respect des salaires minimaux devant les tribunaux civils. De surcroît, en vertu de l'article 11 LDét, les partenaires sociaux ont qualité pour agir en constatation de la violation de la LDét.

Dans le *modèle de la Lutte contre le blanchiment d'argent*, les tâches essentielles de mise en œuvre de la législation fédérale incombent à la FINMA. Une petite partie des près de 7000 intermédiaires financiers est ainsi soumise à la surveillance directe de la FINMA (p. ex. les banques), tous les autres sont contrôlés par l'un des douze organismes d'autorégulation (OAR) reconnus, respectivement agréés par la FINMA (p. ex. pour les sociétés fiduciaires, les conseillers en placement ou les notaires). Il s'agit par conséquent d'un système d'autorégulation guidé par la loi et l'administration. Les OAR précisent les obligations de leurs membres dans des règlements, en contrôlent généralement chaque année l'observation et veillent à assurer la formation continue de leurs membres. Tant les personnes chargées des contrôles que les organes de révision doivent faire preuve des connaissances spécifiques requises et être indépendants des intermédiaires financiers qu'ils contrôlent. Ces intermédiaires sont examinés par des sociétés d'audit externes agréées. Les OAR peuvent engager des procédures en vue de sanctions et faire appel à des chargés d'enquête. Les sanctions prévues sont l'avertissement, la peine pécuniaire ou l'exclusion de l'intermédiaire financier. Les éventuels litiges sont habituellement réglés par un tribunal arbitral. Les OAR sont eux-mêmes soumis à la surveillance de la FINMA. Ces deux organes avisent l'autorité de contrôle 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 pour 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 des premiers contrôles sont externalisés.

Aperçu des modèles étrangers

Dans les trois cas étrangers examinés, le principe de l'égalité des salaires s'applique aux employeurs privés et publics. En Autriche, la réglementation est fixée dans différents actes législatifs sur le plan fédéral et des *Länder*. En Suède et en Ontario, les rapports de travail privés et le secteur public sont soumis aux mêmes bases légales. En Autriche, au vu de la loi sur l'égalité, les autorités ne contrôlent le respect des dispositions que dans le secteur privé. Les *Länder* possèdent leurs propres commissions de surveillance de l'égalité des salaires dans l'administration, et l'Etat fédéral est soumis, en sa qualité d'employeur, à la loi fédérale sur l'égalité (*Bundesgleichbehandlungsgesetz*). En revanche, le *Pay Equity Act* s'applique tout à la fois au secteur privé et au secteur public. Font partie de ce dernier les administrations de la province et des municipalités ainsi que, entre autres, les hôpitaux publics, les écoles et les universités. En Suède, la loi analogue s'applique aussi aux employeurs privés et publics, ces derniers, notamment les municipalités, devant aussi tous établir les analyses de salaires voulues par la loi. Les autorités canadiennes et suédoises peuvent soumettre à un contrôle aussi bien les employeurs privés que les employeurs publics.

Le *modèle de l'Ontario* applique un système combinant la *self compliance* (soumission volontaire) avec des instruments d'application efficaces. Il comprend l'obligation pour tous les employeurs publics et privés d'effectuer des analyses d'égalité des salaires (dès 10 collaborateurs) et d'établir à titre unique des programmes d'égalité des salaires (dès 100 collaborateurs), qui doivent être soumis aux collaborateurs, respectivement à leurs représentations. Pour ce faire, les autorités mettent à disposition des modèles et des outils. Les investigations sont menées par des enquêteurs (*review officers*) du *Pay Equity Office (PEO)* sur la base de plaintes ou d'office et sont réalisées au moyen de questionnaires et des programmes d'égalité des salaires. L'autorité peut consulter tous les documents pertinents et interroger les travailleurs et les employeurs. Dans la mesure où aucune solution n'est atteinte à l'amiable, les enquêteurs peuvent contraindre les entreprises à effectuer des analyses de salaires, à établir des programmes d'égalité des salaires, à ajuster les salaires pour le futur et à verser un montant rétroactif. Les décisions prononcées par les enquêteurs peuvent être attaquées devant une autorité supérieure spécialisée (*Pay Equity Hearings Tribunal [PEHT]*). La plupart des cas sont toutefois résolus à l'amiable. Il est attribué un effet préventif à ce modèle en raison de l'obligation d'établir une analyse des salaires interne à l'entreprise, à la « menace d'un contrôle par sondage » et au risque de devoir verser d'importants montants rétroactifs. Le fait que l'application du *pay equity* et du *pay equality* soit attribuée à deux autorités différentes est d'ordre historique, mais n'est pas approprié.

Dans le *modèle autrichien*, les compétences des autorités sont relativement restreintes et l'application de la loi passe pour l'essentiel par les tribunaux civils. Sur le plan fédéral, le ministère public de l'égalité (*Gleichbehandlungsanwaltschaft, GAW*) et la commission de l'égalité (*Gleichbehandlungskommission, GBK*, Sénat I) sont compétents pour le domaine de l'égalité salariale (*pay equity* et *pay equality*). Les membres des comités d'entreprise et les syndicats sont étroitement associés aux contrôles. Tous les deux ans, les entreprises de plus de 150 employés sont tenues d'établir des rapports sur le revenu en se servant des outils mis à disposition par l'administration et les syndicats. Etant donné qu'en Autriche 90 pourcent des employés sont soumis à des conventions tarifaires, il est la plupart du temps possible de procéder à des comparaisons en se réfé-

rant aux "catégories de personnel" définies dans les conventions tarifaires. Les écarts de salaires doivent être analysés. Les rapports sur le revenu sont examinés par les membres des comités d'entreprise ou les représentants des collaborateurs. Dans les entreprises sans représentation des collaborateurs, les rapports sont rendus accessibles à tous. Si une différence de salaire discriminatoire ne peut pas être aplanie par un accord interne à l'entreprise, les employés peuvent en appeler au GAW, qui ouvre une enquête. Il peut demander tous les documents qu'il estime nécessaires, effectuer des inspections sur place et interroger des personnes ainsi que solliciter des assurances sociales les données sur le revenu de catégories comparables de personnes. Les employés, les membres des comités d'entreprise et le GAW peuvent engager une procédure de commission auprès de la GBK, au cours de laquelle des cas individuels sont examinés. En principe, la commission pourrait mener des investigations d'office mais, en général, ce n'est le cas que lorsque la commission se saisit de toute façon du cas en raison d'autres motifs de discrimination (p. ex. harcèlement sexuel). Lorsqu'elle a constaté l'existence d'une violation de l'égalité des salaires, la commission enjoint l'entreprise de rétablir l'état de droit dans un délai de deux mois. Si l'entreprise n'obtempère pas, les défenseurs des intérêts des victimes (mais ni le GAW ni la victime elle-même) peuvent intenter une action devant le tribunal civil. Ce modèle combine l'obligation d'analyse des salaires interne à l'entreprise, une conciliation ainsi que l'évaluation par un organe composé de spécialistes (commission). Mais les revendications matérielles doivent être défendues par les syndicats devant le tribunal civil.

La Suède présente elle aussi un fort pourcentage de conventions collectives de travail et une affiliation aux organisations syndicales étendue. Le *modèle suédois* combine l'obligation d'analyse des salaires interne à l'entreprise, les tâches administratives de contrôle et de conciliation et la voie de l'action judiciaire civile. Le contrôle administratif est assuré par un bureau de la médiation en matière de discrimination d'ordre général et par une commission, qui s'occupent tous deux de l'égalité entre hommes et femmes parmi d'autres aspects de la discrimination. Tous les trois ans, l'ensemble des employeurs doit relever les salaires et les analyser avec le concours des représentations des collaborateurs, indépendamment du nombre d'employés. Les entreprises comptant plus de 25 employés doivent de plus établir tous les trois ans un programme d'égalité des salaires qui comporte les mesures d'adaptation envisageables. Les différences de salaire discriminatoires doivent être éliminées dès que possible, mais au plus tard dans un délai de trois ans. Les personnes concernées peuvent adresser une plainte ou une dénonciation au bureau de la médiation ; par ailleurs, l'autorité a le droit, de son propre chef, d'effectuer des contrôles par sondage. Le bureau de la médiation dispose de larges pouvoirs d'investigation. Il peut consulter les documents pertinents des entreprises et, en présence d'une violation des obligations de déclarer et de collaborer, proposer à la commission contre la discrimination d'infliger une amende. S'il y a des raisons de présumer la violation de l'égalité des salaires, le bureau de la médiation est habilité à inviter les employeurs à négocier un arrangement à l'amiable et proposer des mesures d'ajustement des salaires. En cas d'échec, le bureau de la médiation peut, avec le consentement de la personne concernée, intenter une action civile. Les syndicats peuvent aussi représenter les victimes dans les procès civils. Le bureau de la médiation peut rendre publics les noms des employeurs en faute.

5.2 COÛTS ET PROFIT DES MODÈLES ÉTUDIÉS

Le cadre de la présente étude ne nous permet pas d'émettre des considérations exactes en ce qui concerne le coût et le profit de chacun des modèles. Soit les données nécessaires à ce genre de calcul ne sont pas disponibles (c'est-à-dire que les autorités compétentes ne les ont pas saisies ou pas de manière suffisamment détaillée), soit elles ne peuvent être obtenues que moyennant une charge administrative importante.

Les indications relatives aux *coûts* englobent souvent d'autres domaines de tâches assumées par l'autorité en question et ne donnent donc pas de renseignements sur les dépenses consenties pour les instruments de contrôle et d'application. Ainsi qu'il a été mentionné au chapitre 2.2, les études de cas analysées ne contiennent pratiquement pas d'indications concrètes sur l'efficacité, c'est-à-dire sur l'utilité des instruments examinés (indications relatives au nombre et au type d'adaptations, p. ex. hausse des salaires et paiements rétroactifs que les entreprises ont effectués à la suite des contrôles). Dès lors, la présente analyse en est réduite à s'appuyer en grande partie sur les estimations faites par les personnes interviewées pour le compte des autorités.

En particulier, *le profit* tiré de l'obligation faite aux entreprises d'analyser leurs salaires sous l'angle de la discrimination salariale et d'établir un rapport interne n'est pas quantifiable, car les analyses restent habituellement un instrument interne à l'entreprise et ne doivent être remises aux autorités qu'en cas de contrôle. Les représentants compétents des autorités sont néanmoins unanimes en ce qui concerne l'effet positif des mesures proactives quant à une plus grande sensibilisation et à une meilleure transparence en matière d'égalité des salaires auprès des employeurs comme des employés. Ils ajoutent que les critères généraux relatifs à la fixation des salaires sont appliqués de plus en plus rigoureusement et considèrent en outre que le facteur de succès principal est la combinaison de l'information et des conseils d'un côté et le contrôle administratif par sondage de l'autre.

L'étude de cas suédoise met en évidence l'impact des contrôles administratifs grâce auxquels une discrimination salariale est constatée seulement dans un peu moins de la moitié des entreprises contrôlées à intervalles réguliers. D'une manière générale, les entreprises coopèrent et sont prêtes à prendre des mesures suite à un contrôle. Comme le montre un examen des contrôles effectués dans les années 2006 à 2008, la somme des adaptations de traitement dans 570 grandes entreprises était de 72 millions de couronnes suédoises (à peu près 10,3 millions de francs) par année. Ces ajustements concernaient 5800 employés, dont 90 pourcent étaient des femmes. Il convient encore de souligner les autres mesures prises par les entreprises comme les programmes de développement professionnel, les formations destinées aux cadres en matière de fixation des salaires, l'augmentation de la proportion de femmes à l'échelon des cadres et le gel des augmentations de salaire pour les hommes. Dans la province d'Ontario, quelque 15 pourcent des entreprises soumises à un contrôle ont été contraintes de procéder à des ajustements de salaire et parfois à un rattrapage salarial. En Autriche, seuls des contrôles individuels sont effectués qui, aux dires de l'autorité compétente, conduisent bel et bien à des adaptations de salaire. En jetant un coup d'œil en Suisse, on s'aperçoit que les contrôles de l'égalité des salaires déjà en vigueur dans les marchés publics attestent dans 15 pourcent des cas une discrimination salariale *significative* de plus de cinq

pourcent et n'en constatent aucune que dans 25 pourcent des cas. Mais très peu de contrôles ont été achevés à ce jour. Entre 2006 et 2013, 28 contrôles ont été effectués dont 20 menés à bien.¹¹⁷

5.3 VARIANTES DANS LA CONCEPTION DES SYSTÈMES

En fonction des possibles étapes du contrôle étatique et de l'application d'une exigence légale, ce chapitre se fonde sur l'observation des cas suisses et étrangers choisis comme exemple pour présenter une description et une analyse de plusieurs éléments. Nous distinguons les éléments suivants : en amont du contrôle et de la mise en application étatiques, nous définissons la phase de l'analyse interne à l'entreprise (A) qui exige des entreprises la prise de 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).

Les réflexions émises se basent sur une synthèse des modèles suisses et étrangers étudiés. En ce qui concerne les études de cas étrangers, 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 (confirmés par l'expérience) susceptibles de contribuer à prévenir la discrimination salariale en Suisse, à l'identifier et à l'éliminer. Les études de cas suisses présentent aussi des aspects intéressants. Mais la difficulté dans ce cas est qu'elles ne sont que partiellement comparables avec les modèles d'application de l'égalité des salaires, respectivement seulement en partie transposables puisque, à l'exception des mesures d'accompagnement dans le domaine des CCT DFO, il ne s'agit pas de faire valoir les droits de particuliers.

5.3.1 ANALYSE INTERNE À L'ENTREPRISE ET RAPPORTS

Les cas étrangers examinés de même que des études portant sur d'autres modèles étrangers¹¹⁸ mettent en évidence que, ces dernières années, de nombreux pays ont introduit à l'égard des entreprises une obligation légale d'examiner de manière formalisée leurs salaires sous l'angle des différences sexospécifiques et d'établir un rapport à ce sujet. Dans certains cas, cette obligation se limite aux entreprises d'une taille déterminée. La Suisse connaît dans différents domaines, notamment techniques (p. ex. le contrôle des denrées alimentaires), une obligation de déclarer imposée aux entreprises. Cet instrument est par ailleurs répandu dans le secteur financier ou bancaire. Il y a en outre lieu de mentionner que la Conférence des achats de la Confédération recommande aux

¹¹⁷ Cf. Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (2013) : Indicateurs. Contrôles de l'égalité des salaires dans les marchés publics (Confédération), Berne. (non publié)

¹¹⁸ Institut suisse de droit comparé ISDC (2013) : Avis sur les mesures étatiques en matière de discrimination salariale hommes-femmes, Lausanne (non encore publié) ; Schär Moser, M. und Strub, S. (2011) : Massnahmen und Instrumente zur Bekämpfung der geschlechtsspezifischen Lohndiskriminierung. Die Schweiz im Spiegel des europäischen Auslands. SGB Dossier Nr. 79, Berne : Schweizerischer Gewerkschaftsbund ; Office fédéral de la justice (2008) : Egalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle : divers modèles d'autorités dotées de compétences d'investigation et d'intervention, Berne (rapport)

soumissionnaires sur les marchés publics de signer une déclaration confirmant qu'ils respectent les conditions de travail, les dispositions sur la protection des travailleurs et l'égalité des salaires entre femmes et hommes.¹¹⁹ Dans ce domaine, certains cantons agissent également et ont pris leurs propres mesures.¹²⁰

Nous pouvons en substance observer les deux variantes ci-après, qui se distinguent encore chacune en fonction d'autres critères.

A1	Obligation pour l'entreprise d'effectuer une analyse interne (variation selon les particularités matérielles et l'utilisation des outils, la portée, la périodicité, l'établissement et le contrôle avec ou sans la participation des représentations des travailleurs)	- Autriche - Suède - Ontario
A2	Obligation de charger des tiers (organe de révision, société d'audit) d'effectuer une analyse interne à l'entreprise (et obligation d'établir un rapport à l'intention de l'organe de contrôle)	- CFMJ - FINMA

Variante A1 : analyse interne effectuée par l'entreprise

La variante A1 se fonde sur l'obligation faite aux entreprises d'établir des analyses et des rapports. Les trois modèles étrangers examinés accordent à l'obligation d'analyse interne à l'entreprise une importance essentielle. Sur le plan de la conception des systèmes, on distingue entre les analyses, d'une part, et les programmes d'égalité des salaires, d'autre part. L'analyse permet de relever les différences de salaire discriminantes. Deux des pays étudiés prévoient, en complément, des programmes d'égalité des salaires qui fixent les mesures de politique salariale pour l'avenir. En Suède par exemple, on distingue entre les analyses de salaire générales (que toutes les entreprises doivent établir tous les trois ans) et les programmes d'égalité des salaires que seules les entreprises de plus de 25 personnes sont tenues d'élaborer, aussi tous les trois ans. Dans la province de l'Ontario, toutes les entreprises comptant plus de dix personnes sont tenues de procéder à une analyse unique des salaires sous l'angle de l'égalité salariale (*pay equity*) et de procéder, le cas échéant, aux ajustements nécessaires. Les employeurs occupant plus de 100 collaborateurs ont de plus à titre unique l'obligation d'établir des projets d'égalité des salaires écrits. En Autriche, après une introduction progressive depuis 2011, tous les employeurs occupant plus de 150 collaborateurs devront dès 2014 établir tous les deux ans des rapports sur le revenu (analyses de salaire). Les trois pays étudiés étendent l'obligation d'analyse interne aussi bien aux entreprises publiques que privées.

Ainsi que le montre l'analyse, dans les pays disposant d'une bonne organisation des salariés et d'une couverture presque intégrale par des conventions collectives de travail (comme la Suède) ainsi que de représentations généralisées des travailleurs au sein de l'entreprise (Autriche), les travailleurs jouent un rôle essentiel dans le contrôle, et en partie aussi dans l'élaboration des analyses de salaires et des programmes. Dans aucun des trois exemples étrangers les résultats ne sont automatiquement transmis à une

¹¹⁹ Cf. <<http://www.bbl.admin.ch/bkb/02617/02628/index.html?lang=de>>, consultation le 10.7.2013

¹²⁰ Cf. p. ex. le canton de Berne: <http://www.bve.be.ch/bve/de/index/direktion/ueber-die-direktion/dossiers/oeffentliches_beschaffungswesen/lohngleichheit_fuermaennerundfrauen.html>, consultation le 22.7.2013

autorité étatique. Ce n'est que dans le cadre d'un contrôle éventuel que les conclusions de l'analyse interne à l'entreprise sont remises à l'autorité compétente. Les conclusions doivent cependant être portées à la connaissance des travailleurs respectivement de leurs représentations au sein de l'entreprise,. Cette approche entend encourager les entreprises à trouver elles-mêmes une solution. A cet effet, il faut donner aux employeurs comme aux travailleurs un instrument qui leur permette d'identifier les discriminations salariales. En effet, la sensibilisation des employeurs et des employés aux possibles écarts entre les salaires, la mise en place d'une politique de transparence dans ce domaine et la recherche conjointe de solutions amiables sont les principaux points forts de l'analyse interne à l'entreprise. En outre, grâce à cet instrument, l'attention se déplace vers les structures salariales générales de l'entreprise et ne se limite plus à des cas particuliers. Les personnes interrogées observent cet impact à diverses reprises. Mais il n'existe pas de données permettant de mesurer cet effet.

Une faiblesse générale des cas étudiés réside dans le fait que la mise en œuvre visant à faire respecter l'obligation d'analyse interne à l'entreprise est largement insuffisante. Jusqu'à 70 pourcent des entreprises ne remplissent pas leur obligation, probablement en partie en raison du travail supplémentaire qu'elle suscite. Cette réticence pourrait cependant aussi bien être due au fait que les contrôles et les sanctions en cas de non-respect de l'obligation de déclarer ne sont pas assez stricts dans les exemples étrangers examinés et que les entreprises n'ont pas à craindre de conséquences négatives (les rapports peuvent être fournis ultérieurement sans risque de sanction). Les modèles étrangers ont tendance à faire reposer la mise en œuvre fortement sur les travailleurs, qui ne disposent souvent pas des connaissances spécifiques nécessaires à l'accomplissement de cette tâche.

Variante A2 : obligation de faire procéder par des tiers (organe de révision, société d'audit) à une analyse interne à l'entreprise (et obligation d'établir un rapport à l'intention de l'organe de contrôle)

La variante A2 prévoit que l'analyse interne à l'entreprise soit complétée *par un rapport obligatoire (rapport de révision) établi par un organe externe*. Contrairement au modèle A1, cette variante comporte en outre une obligation générale de transmettre les rapports à l'organe de contrôle compétent. C'est ainsi que les 21 entreprises soumises à la législation sur les maisons de jeu doivent établir à l'intention de la CFMJ un rapport sur différents aspects de leur activité. Les rapports explicatifs doivent être dressés par un organe de révision spécialisé, indépendant sur le plan économique et juridique, et financés par les maisons de jeu. Il en va de même dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent, où des rapports de révision doivent être établis par des experts externes à l'intention des organismes d'autorégulation. Les intermédiaires financiers doivent se soumettre, en ce qui concerne le respect de la législation sur la lutte contre le blanchiment d'argent, à un contrôle effectué par des sociétés d'audit externes agréées. Ces modèles sont sans aucun doute efficaces et externalisent les coûts à des particuliers. Dans la pratique, ils concernent des branches bien déterminées, donc un nombre limité de firmes. Comme le montre l'analyse, le recours à des organes de révision et à des sociétés d'audit externes est très contraignant. Dans ces cas, la mise en œuvre ne présente pratiquement pas de lacunes.

5.3.2 CONTRÔLES

Indépendamment de l'analyse proactive interne à l'entreprise, il existe dans les cas étudiés des mesures grâce auxquelles l'Etat garantit le respect des dispositions légales dans les entreprises. La possibilité d'exiger des informations et des documents ou de procéder à des investigations sur place fait partie des compétences de contrôle classiques. Dans tous les cas examinés, les entreprises sont soumises à une obligation de renseigner et de collaborer. Au vu des exemples considérés, on constate d'une manière générale que lorsque l'Etat surveille les entreprises, les contrôles sont habituellement efficaces. Cela signifie que les entreprises sont fréquemment prêtes à coopérer et qu'elles sont ouvertes à des négociations pour trouver des solutions amiables (cf. chap. 5.3.3).

Sur la base de l'analyse des cas étudiés, nous distinguons trois variantes en ce qui concerne la nature des contrôles. Le degré de contrainte de l'intervention étatique se renforce d'une variante à l'autre.

B1	Délégation du contrôle à la branche (organismes d'autorégulation, commissions paritaires) – autorité investie d'une fonction de surveillance à l'égard des OAR	- FINMA - Mesures d'accompagnement (pour les entreprises avec CTT DFO)
B2	Contrôle administratif individuel (sur dénonciation, plainte formelle ou d'office)	- Autriche
B3	Contrôle administratif par sondage (soit en complément à un contrôle sur dénonciation ou une plainte formelle, soit contrôle exclusivement ponctuel)	- Suède - Ontario - Surveillant des prix - Mesures d'accompagnement (pour les entreprises sans CTT DFO) - CFMJ (enquête exhaustive)

Variante B1 : délégation du contrôle à la branche

La variante B1 prévoit que l'autorité étatique se limite à assurer une fonction de surveillance et, d'ordinaire, ne procède pas elle-même à des contrôles. Le modèle des *organismes d'autorégulation* appliqué dans la lutte contre le blanchiment d'argent mise sur les contrôles effectués par les branches elles-mêmes ; les organismes d'autorégulation sont à leur tour soumis à l'approbation et au contrôle administratif de la Confédération. Les mesures d'accompagnement dans le canton de Bâle-Ville donnent à des commissions paritaires (professionnelles) la compétence d'effectuer les contrôles dans les branches dotées d'une convention collective de travail déclarée de force obligatoire (CCT DFO). Ces commissions se composent de représentants des employeurs et des travailleurs. A Bâle-Ville, les commissions paritaires ont chargé l'association *Verein Baustellenkontrolle Basel* d'exécuter les contrôles. Cette délégation présente assurément l'avantage de l'indépendance de l'association. Les commissions paritaires étant fort hétérogènes et disposant de ressources très variables, cette solution permet en outre une exécution uniformisée et professionnelle. Dans d'autres cantons, les contrôles sont effectués par les commissions paritaires, c'est-à-dire par les branches elles-mêmes. En pareil cas, comme dans celui de l'autorégulation en matière de lutte

contre le blanchiment d'argent, l'inconvénient consiste en un manque d'indépendance des contrôles.

Variante B2 : contrôle administratif individuel

La variante B2 prévoit le *contrôle administratif au cas par cas*, sur dénonciation, respectivement sur plainte formelle ou d'office. Parmi nos exemples, l'Autriche recourt à ce modèle. Ainsi que mentionné au chapitre 5.3.1, l'examen de l'égalité des salaires interne à l'entreprise effectué par les membres des comités d'entreprise revêt une importance capitale. Les organes étatiques en revanche ne contrôlent les exploitations que sur plainte des travailleurs ou, rarement, d'office. Alors que les contrôles au cas par cas conduisent inmanquablement à des résultats efficaces sur le plan des salaires dans l'entreprise en question, l'inconvénient de ce système est qu'il n'est pas susceptible de concourir à un ajustement préventif des systèmes salariaux globaux. Sans compter que ces contrôles individuels effectués par les autorités administratives peuvent entraîner des problèmes de délimitation avec la voie de l'action de droit civil

Variante B3 : contrôle administratif par sondage

La variante B3 envisage un *contrôle par sondage*, qui peut être combiné avec le contrôle individuel (sur plainte). Ce modèle prévoit la sélection d'entreprises, soumises à des contrôles ne se limitant pas aux salaires de certains individus (comme dans les contrôles individuels, voir ci-avant), mais qui portent sur l'ensemble des salaires de l'entreprise. Il est appliqué dans cinq des sept cas étudiés, avec une quantité d'entreprises contrôlées variant selon les cas. En étudiant les modèles étrangers, on remarque que, en Suède, une centaine d'entreprises (grandes pour l'essentiel) sont contrôlées par année, en Ontario près de 1000. En Suisse, le Surveillant des prix enquête chaque année dans à peu près 30 entreprises. Les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes ont donné lieu l'année dernière dans le canton de Bâle-Ville à près de 530 contrôles auprès d'entreprises sans CCT DFO. En ce qui concerne la CFMJ, environ 170 contrôles sont opérés chaque année dans les 21 maisons de jeu (en collaboration avec les cantons). Dans le cadre d'un cycle d'investigations, les contrôles par sondage peuvent se concentrer par exemple sur des branches déterminées ou des exploitations d'une certaine importance.

Les contrôles par sondage d'office ont l'avantage d'avoir un effet contraignant général et non limité aux cas particuliers. De tels contrôles ont conduit dans les cas examinés en Suède et en Ontario à des ajustements de salaire à l'amiable et peuvent dès lors être considérés comme efficaces. La « menace de contrôle » devrait en outre déployer un effet préventif qui est renforcé dans les cas où les rattrapages de salaire, en présence de discrimination salariale avérée, remontent très loin (Ontario) ou lorsque l'autorité dispose – en cas de discrimination – d'instruments d'application complémentaires. A titre d'inconvénient, il faut remarquer que des contrôles par sondage plus étendus nécessitent davantage de moyens que les contrôles individuels. Ainsi, dans le cas de la Suède et de l'Ontario, les mesures d'économie contraignent les autorités à réduire progressivement le nombre de contrôles ces dernières années.

5.3.3 CONCILIATION ET RECOMMANDATION

Dans les trois exemples étrangers, la constatation par l'autorité d'écarts de salaire discriminatoires débouche sur une procédure de conciliation destinée à trouver une solution à l'amiable. Le Surveillant des prix a également recours à cette procédure.

C1	Conciliation	- Ontario - Suède - Autriche - Surveillant des prix, dans le domaine des entreprises privées
C2	Recommandations	- Autriche, en ce qui concerne l'ajustement des salaires pour le futur (resp. depuis le dépôt de la plainte) - Ontario, en ce qui concerne l'ajustement des salaires pour le futur et le rattrapage salarial - Suède - Surveillant des prix, en ce qui concerne les autorités politiques (sans autres pouvoirs) - Mesures d'accompagnement, dans le cas des CCT non DFO

Variante C1 : conciliation

Dans le domaine de l'égalité salariale, la première étape prévue dans les trois exemples étrangers étudiés consiste toujours dans un essai de *conciliation* et la recherche d'une solution amiable. Comme l'illustre en particulier l'exemple de la Suède, en cas d'infractions avérées à l'égalité des salaires, la conciliation et la recherche de solutions à l'amiable élaborées avec l'autorité et les employeurs ainsi que, le cas échéant, les victimes et les syndicats, sont au final plus efficaces qu'une médiation ou le règlement du litige par voie judiciaire. Comme le montre l'exemple suédois, il est recommandé de déclarer contraignante la participation aux négociations en vue de la recherche d'une solution amiable dans le cadre de l'obligation de collaborer. Le Surveillant des prix s'efforce aussi de trouver un consensus dans le domaine des entreprises privées pour obtenir une baisse des prix, une augmentation des prix réduite ou le report de l'augmentation de prix. S'il ne parvient pas à un règlement amiable, il peut en dernier recours imposer la baisse de prix par décision.

La conciliation peut avoir pour but soit l'élimination immédiate de la discrimination salariale (rattrapage salarial et fixation des salaires actuels), soit plutôt des « mesures douces » telles que l'élaboration de programmes d'égalité des salaires. Ces programmes convenus avec les entreprises peuvent par exemple prévoir une adaptation progressive des salaires et d'autres mesures pertinentes en matière d'égalité dans les entreprises.

Variante C2 : recommandations

La compétence d'adresser des *recommandations* est surtout prévue pour les modèles dans lesquels l'autorité n'est pas habilitée à fixer elle-même les salaires ou les rattrapages de salaire de manière contraignante. En Autriche, en cas d'échec de la conciliation, l'employeur est prié par écrit de mettre fin à la discrimination salariale dans les

deux mois. L'autorité ne peut toutefois pas imposer elle-même de mesures suite à la constatation d'une discrimination liée à cette demande. Il s'agit de fait de recommandations équivalant à une évaluation d'experts qui peuvent aider la victime à décider si une action devant le tribunal du travail en vaut la peine (action en paiement de la différence de salaire depuis le dépôt de la plainte). La pratique montre toutefois que les victimes, lorsqu'elles sont encore employées par l'entreprise incriminée, sont rarement disposées à engager une procédure de commission ou une action judiciaire à l'encontre de leur employeur.

Parmi les cas suisses étudiés, le Surveillant des prix a la possibilité d'émettre des recommandations à l'intention des autorités politiques. C'est aussi le cas pour les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes dans le cadre de la procédure amiable conduite dans le domaine des CCT non DFO. Ni le Surveillant des prix ni les commissions paritaires ne peuvent prononcer des amendes ou d'autres sanctions.

L'incitation à trouver des solutions à l'amiable, respectivement à se plier aux recommandations, est considérablement renforcée lorsque l'autorité dispose de compétences complémentaires, par exemple: la compétence de rendre des décisions sur la relation de droit matérielle et la publicité (comme le Surveillant des prix ou l'autorité de l'Ontario après l'échec des négociations) ou la qualité pour agir, comme le bureau de la médiation en Suède lorsqu'une recommandation n'est pas suivie (cf. chap. 5.3.4). De surcroît, dans l'Ontario, l'obligation de rattrapage salarial sur une longue période est un élément incitatif poussant à trouver des solutions par le biais de la conciliation ou à se plier aux recommandations.

5.3.4 APPLICATION

Ce chapitre est consacré aux mesures de mise en application. Il s'avère que les modèles de mise en application suisses étudiés ne peuvent que partiellement être transposés au domaine de l'égalité des salaires. Il y a lieu de remarquer en préambule que, dans les exemples étrangers étudiés, une solution à l'amiable est fréquemment trouvée, alors que les mesures d'application et la contrainte administrative sont rarement appliquées. Nous distinguons ci-après plusieurs variantes pour lesquelles le degré de contrainte de l'intervention étatique se renforce d'une variante à l'autre.

D1	Application par l'autorité dans le cas de l'autorégulation	- FINMA
D2	Application des obligations d'analyse interne à l'entreprise, de transmission et de collaboration (sans compétences d'application plus étendues)	- Autriche - Mesures d'accompagnement (pour les entreprises sans CCT DFO)
D3	Qualité pour agir de l'autorité auprès d'un tribunal civil (en complément aux obligations d'exécution de l'analyse interne à l'entreprise, de transmission et de collaboration) - uniquement en cas de plaintes - uniquement en cas de contrôle par sondage - dans les deux cas de figure	- Suède
D4	Compétences d'application complémentaires de l'autorité : sanctions administratives en cas de non-respect de l'égalité des salaires.	- Surveillant des prix : décision portant sur des baisses de prix - Mesures d'accompagnement: application auprès des entreprises dotées d'une CCT DFO en vue de faire respecter la CCT (régime de sanctions) - CFMJ : application concernant les dispositions matérielles de la législation sur les maisons de jeu ; sanctions administratives
D5	Compétences d'application maximales de l'autorité : décision portant sur les droits matériels des victimes (rattrapage salarial et fixation du salaire)	- Ontario: décision portant sur l'élimination de la discrimination salariale et le versement de rattrapages de salaire

Variante D1 : application par l'autorité dans le cas de l'autorégulation

Dans la variante D1, l'autorité se limite à surveiller les *systèmes d'autorégulation* à qui sont délégués le contrôle et l'application (organismes d'autorégulation, OAR). La FINMA, par exemple, exerce cette surveillance à un premier niveau en approuvant l'organisation et les règlements des OAR. En outre, les OAR ont l'obligation de signaler à la FINMA lorsqu'ils engagent une procédure en vue de sanctions, d'un avertissement, d'une peine pécuniaire ou de l'exclusion d'un membre et lorsqu'ils font appel à un chargé d'enquête. La FINMA peut retirer la reconnaissance à une OAR et se charger elle-même de la surveillance des membres de la branche. Du point de vue de l'autorité, cette variante est avantageuse sur le plan des coûts, l'application effective revenant aux branches elles-mêmes. Il faut remarquer néanmoins à titre d'inconvénient

que les possibilités de sanctions d'une association professionnelle sont relativement limitées. (En ce qui concerne les autres avantages et inconvénients cf. chap. 5.3.2 et 5.4.3).

Variante D2 : application de l'analyse interne à l'entreprise, des obligations de transmission et de collaboration

Dans la variante D2, l'autorité peut obtenir l'exécution de *l'obligation d'analyse interne à l'entreprise ainsi que des obligations de transmission et de collaboration dans le cadre des contrôles et des séances de conciliation administratives* par voie de décision et le cas échéant par des sanctions administratives. De telles compétences permettent par exemple d'imposer l'établissement correct des analyses de salaires ainsi que la transmission de documents et la participation aux séances de conciliation (cf. en Ontario et en Suède). Dans tous les cas étudiés, les autorités disposent de compétences d'application concernant les obligations de participation et de transmission.

Les compétences de mise en application prévues dans cette variante sont limitées au domaine précité. En d'autres termes, l'autorité n'est pas habilitée à prononcer des sanctions administratives en raison d'une violation du principe de l'égalité des salaires et ses décisions ne déploient aucun effet sur les prétentions des particuliers lésés. L'obtention du droit à l'égalité salariale, c'est-à-dire de l'ajustement du salaire pour le futur ainsi que des droits à une indemnité et à un rattrapage salarial, reste soumise à une décision judiciaire. La procédure administrative comportant le contrôle de l'obligation de déclarer, les investigations, la conciliation et les recommandations se situe en amont de la voie de l'action judiciaire de droit civil qui doit être empruntée par la victime (resp. par sa représentation ou par les syndicats). Dans le cas de l'Autriche par exemple, les syndicats doivent intenter une action lorsque l'employeur ne se plie pas à l'injonction d'éliminer la discrimination salariale émise par l'autorité. La situation est analogue dans le cas des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, où les compétences des autorités cantonales dans le domaine des CCT sans DFO sont limitées à l'application des obligations de participation et aux investigations. Elles sont habilitées à examiner les relevés de salaires auprès des branches concernées et à exiger des documents, mais elles ne disposent pas de compétences d'application complémentaires. L'inconvénient de cette variante, dans laquelle l'autorité est dépourvue de compétences complémentaires, réside dans le fait que la revendication des prétentions incombe finalement au lésé et qu'elle reste généralement individuelle.

Variante D3 : qualité pour agir de l'autorité auprès d'un tribunal civil

Dans la variante D3, *l'autorité peut elle-même intenter une action devant les tribunaux civils* lorsqu'une solution à l'amiable n'a pu être trouvée. C'est le cas en Suède (qualité pour agir dans des cas individuels avec le consentement des travailleurs concernés). Ce sont les tribunaux civils, et non l'autorité administrative, qui se prononcent sur le montant des indemnités, respectivement sur celui des rattrapages de salaire ; les entreprises doivent néanmoins s'attendre à la « menace » d'une action en justice de l'autorité. Outre son utilité dans les cas de plaintes individuelles classiques, la qualité pour agir revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de donner suite aux contrôles par sondage qui examinent la structure des salaires de toute une entreprise.

Cette variante présente deux avantages. En premier lieu, la qualité pour agir de l'autorité lors de contrôles par sondage encourage les entreprises à rechercher au préalable une solution à l'amiable et, en second lieu, elle renforce une application à une plus large échelle et complète ainsi de façon idéale les plaintes individuelles des lésés.

Le système juridique suisse ne connaît que de rares cas donnant à l'autorité la qualité pour agir. L'article 10 alinéa 3 de la Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241)¹²¹ attribue à la Confédération la qualité pour agir en matière de concurrence déloyale, par exemple lorsque les intérêts de plusieurs personnes ou d'un groupe de personnes appartenant à un secteur économique subissent une atteinte.¹²² La disposition qui étend la qualité pour agir de la Confédération est entrée en vigueur en 2012. Dans son message de 2009, le Conseil fédéral justifiait l'extension par le fait que les intérêts collectifs, soit les intérêts de personnes et de branches déterminées ainsi que les intérêts de la collectivité devaient être mieux pris en compte. D'après lui, il s'agissait en outre de « protéger la concurrence loyale en tant qu'institution, car il en est fait peu cas au vu de l'importance accordée aux actions en justice individuelles ».¹²³ La création d'une autorité habilitée à investiguer et à intenter une action en matière d'égalité salariale a également été réclamée au niveau parlementaire.¹²⁴ En parallèle à la situation en matière de concurrence déloyale, on peut faire valoir que, compte tenu des lacunes actuelles, il existe un intérêt public majeur à renforcer la concrétisation des droits à l'égalité des salaires par l'introduction d'un instrument sous forme d'une action dans le cadre des contrôles par sondage.

Variante D4 : compétences d'application de l'autorité complémentaires
Dans le cadre de cette variante, l'autorité peut, en présence de violations avérées du principe d'égalité des salaires ou d'autres dispositions légales – suivant le cas considéré –, prononcer des *sanctions administratives* ou d'autres mesures en vue de rétablir l'état de droit. En revanche, les lésés doivent faire valoir leurs prétentions matérielles devant un tribunal civil. Aucun des cas étrangers ne connaît cette variante en matière d'égalité des salaires.

Les compétences de la CFMJ en matière d'exécution sont étendues. Elle peut ainsi prendre des mesures provisionnelles, procéder à des confiscations, prononcer des décisions spécifiques (rétablissement de l'état de droit, modification de l'offre de jeu), imposer des amendes et retirer la concession. La loi sur les maisons de jeu (LMJ) est un acte législatif de droit public traditionnel qui régit la surveillance des maisons de jeu au sens large. La LMJ se différencie essentiellement du domaine de l'égalité des salaires par le fait qu'elle ne prévoit pas de droit à une indemnisation matérielle des particuliers par les maisons de jeu, même si la loi défend aussi les intérêts des joueurs et

¹²¹ La qualité pour agir sous cette forme a été introduite le 1.4.2012.

¹²² Art. 1 de l'ordonnance concernant le droit de la Confédération d'intenter une action dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale du 12.10.2011, RS 241.3. Selon cette ordonnance, la Confédération est représentée par le Secrétariat d'Etat à l'économie SECO.

¹²³ Message concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 2.9.2009 (LCD), FF 2009 5539, p. 5551 et 5568 ss

¹²⁴ IP Carlo Sommaruga I 1.445 du 9.6.2011

des joueuses.¹²⁵ Le Surveillant des prix dispose également de larges compétences d'application. Si la négociation d'un règlement amiable a échoué, il décide de baisser de prix, décision qui déploie alors aussi ses effets entre les particuliers, c'est-à-dire entre les fournisseurs concernés et le groupe des consommateurs. Les transgressions à une décision de baisse de prix sont sanctionnées par une amende. Ce cas est néanmoins très différent du modèle d'application de l'égalité des salaires de l'Ontario, parce que les décisions du Surveillant des prix n'ont pas d'impact sur les prétentions financières des éventuels lésés. Le Surveillant des prix défend l'intérêt public à une protection contre des prix abusifs, mais ne rend pas de décisions concernant des litiges financiers directs (p. ex. demandes de remboursement de consommateurs isolés).

Dans la pratique, les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes (pour l'application des salaires minimaux dans les branches dotées de CCT DFO ou de contrats-type de travail de droit fédéral ou cantonal) représente le mieux le modèle prévoyant des sanctions de procédure administrative parallèlement à l'application des demandes individuelles en matière de droit civil. Dans ce cas, l'autorité est habilitée à prononcer des sanctions administratives lors de violation des dispositions sur le salaire minimum. Elle peut aussi infliger des amendes à la condition qu'il y ait infraction systématique, et dans un esprit de lucre, aux dispositions sur les salaires minimaux contenues dans les contrats-type de travail (CTT). En revanche, l'autorité ne peut pas elle-même se prononcer sur des prétentions en rattrapage salarial, qui doivent être portées devant le tribunal civil, respectivement revendiquées selon les mécanismes convenus dans la convention collective applicable. Lorsqu'un rattrapage salarial est effectué, il est toutefois déduit de l'amende. L'application des salaires minimaux dans le cadre des CTT ainsi que des CCT DFO et celle de l'égalité salariale se différencient par la transparence des demandes qui, dans le cas des CTT et CCT DFO, sont claires et simples à définir pour les parties à la procédure.

En dehors des cas que nous avons examinés, nous trouvons cette complémentarité entre application de prétentions de droit civil et actes d'application de droit administratif sous une forme particulièrement marquée dans le droit suisse des cartels. La loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart ; RS 251) comprend aussi bien l'instrument de l'action civile des lésés que la compétence de la Commission de la concurrence à prononcer des mesures d'exécution administratives qui dépassent les compétences d'investigation et de contrôle. Les autorités en la matière enquêtent sur des restrictions à la concurrence d'office, sur requête des parties concernées ou sur plainte de tiers. Elles peuvent proposer un règlement amiable aux parties en présence. En première instance, la procédure se termine soit par l'approbation de l'accord amiable par la Commission de la concurrence, soit par une décision sur les mesures à prendre (art. 30 LCart) ; le recours est ouvert auprès du Tribunal administratif fédéral. Les personnes concernées (p. ex. lésés présumés) peuvent participer à l'enquête en qualité de tiers (art. 43 LCart). En parallèle, les lésés peuvent intenter une action pour motif de restrictions illicites à la concurrence dans une procédure civile et demander la suppression ou la cessation de l'entrave, la réparation du dommage et la remise du gain réalisé indûment (art. 12

¹²⁵ Pour faire valoir leurs droits, les lésés privés doivent faire appel aux tribunaux civils (resp. par des conclusions civiles dans le cadre d'une procédure pénale).

LCart). Toutefois, les procédures civiles sont rares.¹²⁶ L'article 15 LCart établit le lien avec les instruments de contrôle et d'application des autorités. Lorsque la *licéité* d'une restriction à la concurrence est mise en cause au cours d'une procédure civile, l'affaire est transmise pour avis à la Commission de la concurrence. Il est notamment nécessaire d'avoir l'approbation de l'autorité compétente lorsque la pratique des autorités en matière de concurrence n'a pas abouti à une clarification de la question. La loi sur les cartels est actuellement en phase de révision, notamment parce que la compétence d'infliger des amendes doit intervenir déjà au niveau de la première instance auprès d'un tribunal indépendant. Néanmoins, les procédures civiles et administratives parallèles devraient être maintenues.¹²⁷

La loi sur les cartels et les mesures d'accompagnement (avec CCT DFO) suivent la logique voulant qu'il existe un intérêt « public » à une concurrence efficace, respectivement au respect des salaires minimaux, qui va au-delà de l'intérêt des victimes de manderesse. De manière analogue, on pourrait faire valoir, en matière d'égalité des salaires, un intérêt public à une protection efficace contre la discrimination.

Variante D5 : compétences de mise en application maximales de l'autorité

Dans une variante prévoyant des compétences de mise en application maximales, l'autorité ou la commission administrative se prononce sur l'ajustement du salaire et le paiement de rattrapages de salaire. Les lésés ne doivent pas faire valoir leurs exigences matérielles devant un tribunal civil. Ainsi, après l'échec d'une conciliation, l'autorité de l'Ontario rend une décision sur l'ajustement des salaires (pour l'avenir) et le montant du rattrapage salarial. La voie de droit s'étend de l'autorité qui a rendu la décision (PEO) à l'autorité supérieure spécialisée (PEHT) pour aboutir devant la Cour supérieure de l'Ontario par le biais d'une plainte judiciaire administrative. En même temps, les victimes peuvent aussi emprunter la voie civile, ce qui, aux dires d'une personne interviewée en Ontario, pourrait mener (théoriquement) à des situations parallèles complexes. Dans la pratique, les personnes concernées choisissent la voie administrative, respectivement le tribunal pour autant que seule l'égalité salariale soit en jeu.

Le droit au paiement du salaire ou du rattrapage salarial, respectivement à une indemnisation, est, dans la conception du droit suisse, une prétention caractéristique de droit civil entre deux particuliers qui est tranchée par des tribunaux civils (tribunaux du travail). Dès lors, cette variante de compétences maximales est, tout au moins en

¹²⁶ Dans le domaine des cartels, la maxime de disposition et la maxime éventuelle sont applicables ; elles ont pour effet d'accentuer le risque pris par le demandeur. Les problèmes de preuve et le risque lié aux coûts du procès (frais judiciaires et dépens) ont pour conséquence la primauté de la voie de droit public. Cf. à ce sujet DFE (2008) : Evaluation selon l'art. 59a LCart. Procédure civile en droit des cartels – Statistique. Rapport P7, p. 9 s.; DFE (2008) : Evaluation selon l'art. 59a Cart. Rapport du groupe d'évaluation Loi sur les cartels, p. 83

¹²⁷ Cette démarche a entre autres pour but d'élargir la légitimation à intenter une action civile, de refondre la Commission de la concurrence dans un organe administratif spécialisé (Autorité de la concurrence) et de transférer les décisions de première instance à une nouvelle section du Tribunal administratif fédéral (sur proposition de la commission). A l'appui de la dernière mesure mentionnée il est fait valoir que les paiements ou les sanctions habituellement élevés doivent être prononcés déjà en première instance par un tribunal indépendant. Conseil fédéral (2012) : Message relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence du 22.2.2012, FF 2012 3631, p. 3632 s.

Suisse, en contradiction avec le système pour ce qui a trait à la revendication de créances salariales individuelles. Cette contradiction est tout particulièrement prononcée si l'on prend le cas de l'Ontario, où l'autorité ne se limite pas à prononcer une décision en constatation sur l'existence d'une discrimination salariale et, le cas échéant, une amende, mais où elle rend de plus une décision sur des droits à titre rétroactif, respectivement sur des rattrapages de salaire. Cette variante est de surcroît problématique en raison de la bipartition de l'objet du litige et de la délimitation d'avec la procédure civile, lorsque le litige ne se cantonne pas à la question de la discrimination salariale, mais qu'il s'étend à d'autres aspects du droit du travail ou de l'égalité (comme le harcèlement sexuel ou un licenciement à caractère discriminatoire).

5.4 MODÈLES D'ORGANISATION

Les cas étudiés présentent, outre des conceptions de système distinctes, des formes d'organisation différentes. Nous distinguons en substance trois modèles : le recours à une autorité administrative avec ou sans commission et le modèle de l'autorégulation.

5.4.1 AUTORITÉ ADMINISTRATIVE AVEC COMMISSION

Dans cinq des sept cas étudiés en Suisse et à l'étranger, le contrôle et l'application sont attribués à une commission, qui agit en qualité d'organe doté d'un pouvoir de décision. Elle est d'ordinaire flanquée d'un secrétariat permanent qui exerce la fonction de contrôle et exécute les décisions de la commission. Ce type de modèle existe aussi bien sur le plan fédéral que sur le plan cantonal. L'Autriche, l'Ontario, la Suède et la CFMJ ainsi que les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes dans le canton de Bâle-Ville correspondent à ce modèle.

- En Autriche, la commission de l'égalité GBK est rattachée à la Chancellerie fédérale. Sa principale tâche consiste à examiner les questions de discrimination au regard de la loi sur l'égalité (GlBG). Elle comporte trois sénats, dont le Sénat I qui est compétent en matière d'égalité entre femmes et hommes dans le monde du travail. Ce dernier se compose de la présidente et de onze autres membres, qui accomplissent leur travail à titre bénévole et sont désignés par les partenaires sociaux (Chambre fédérale du travail et des travailleurs, Confédération des syndicats autrichiens, Chambre économique autrichienne, Association autrichienne de l'industrie) ainsi que par la Chancellerie fédérale et par deux ministères. La commission est assistée dans son travail par un secrétariat. Le ministère public de l'égalité GAW est aussi établi auprès de la Chancellerie fédérale. La tâche principale des avocats du GAW est de conseiller et soutenir les personnes qui se sentent discriminées. Le GAW est libre d'exercer son activité sans directives et en toute indépendance. Les consultations sont gratuites pour les particuliers.
- La commission de l'égalité salariale *Pay Equity Commission (PEC)* en Ontario se compose de deux autorités spécialisées : le bureau de l'égalité salariale *Pay Equity Office (PEO)* et le tribunal des auditions en matière d'égalité salariale *Pay Equity Hearings Tribunal (PEHT)*. Elle est dirigée par une commissaire nommée par le *Lieutenant Governor* de la province et qui assure la direction du PEO. Celui-ci a la charge de contrôler les entreprises ainsi que d'organiser les consultations et les relations publiques. Il incombe au PEHT de se prononcer sur des questions juri-

diques ayant trait au *Pay Equity Act*. Une audition a lieu notamment lorsque les parties ne sont pas d'accord avec les décisions du PEO. Le tribunal, tripartite (experts, représentants des employeurs et des travailleurs), compte neuf membres également nommés par le *Lieutenant Governor*.

- En Suède, un bureau de la médiation en matière de discrimination a été instauré. Le gouvernement en nomme la directrice ou le directeur. La tâche principale de ce bureau est de contrôler et d'encourager la mise en œuvre de la loi sur la discrimination. Il s'engage notamment dans la lutte contre la discrimination en raison du sexe, de l'ethnie, de la religion, du handicap, de l'orientation sexuelle et de l'âge. Contrairement aux deux autres cas étudiés, dans le modèle suédois l'autorité considérée se trouve par conséquent intégrée dans un service de lutte contre la discrimination à plus large portée. Aux côtés du bureau de la médiation, il existe une commission contre la discrimination (*Nämnden mot diskriminering*). Cette autorité administrative indépendante, composée sur une base paritaire, emploie treize personnes. La commission a notamment pour tâche de vérifier les sanctions pécuniaires du bureau de la médiation et le cas échéant de rendre une décision.
- La Commission fédérale des maisons de jeu CFMJ est une commission de milice dont les membres (experts indépendants) sont désignés par le Conseil fédéral. Elle est flanquée d'un secrétariat permanent qui exerce la surveillance directe sur les maisons de jeu, instruit les cas pénaux et rend des décisions dans les cas où la Commission lui a délégué cette compétence. De plus, il prépare les affaires de la Commission, lui soumet des propositions et exécute les décisions de cette dernière. Les cantons mettent à la disposition de la CFMJ du personnel de l'administration cantonale pour lui prêter assistance dans sa tâche de surveillance.
- Dans le canton de Bâle-Ville, une commission tripartite est chargée de la surveillance des branches ne disposant pas d'une convention collective de travail déclarée de force obligatoire (CCT non DFO). Elle compte neuf membres, soit trois délégué·e·s des organisations de travailleurs, de celles des employeurs ainsi que du canton, qui sont nommés par le Conseil d'Etat. Le secrétariat de la commission est dirigé par l'AWA. Suite au contrôle effectué par l'AWA et fondée sur son rapport, la commission tripartite décide si les salaires sont conformes à l'usage professionnel et local. Les commissions paritaires (CP) sont quant à elles compétentes pour procéder aux contrôles dans les branches disposant d'une convention collective de travail déclarée de force obligatoire (CCT DFO). Une CP (professionnelle) se compose de représentant·e·s des employeurs et des travailleurs. Les CP délèguent l'activité de contrôle à des tiers sur la base de contrat de prestations. Les infractions détectées sont signalées à l'AWA, qui a la compétence de prononcer des sanctions administratives.

La répartition des tâches entre la commission et le secrétariat présente plusieurs avantages. Dans des domaines où les décisions touchent au droit matériel et où, suivant les circonstances, de gros montants sont en jeu, la légitimité des décisions rendues par une commission composée d'experts de différents domaines, respectivement sur une base paritaire, est renforcée. Hormis la CFMJ, qui est une commission d'experts, tous les autres modèles comportant une commission prévoient une représentation des partenaires sociaux.

5.4.2 AUTORITÉ ADMINISTRATIVE SANS COMMISSION

Ce modèle d'organisation prévoit de doter une unité administrative nouvelle ou pré-existante de compétences exclusives en matière de contrôle et de mise en application. L'unité administrative n'est pas secondée par une commission. Parmi les cas que nous avons examinés, seul le Surveillant des prix incarne ce modèle.

La Surveillance des prix est une unité administrative du DEFR. Sur le plan administratif, elle est rattachée au Secrétariat général du DEFR. Elle est totalement indépendante du département sur toutes les questions matérielles, car elle est habilitée à effectuer des contrôles et à prendre des décisions en toute indépendance. Le Surveillant des prix assume en outre une fonction essentielle de médiateur auprès des consommateurs en mettant à disposition un service d'annonces accessible au grand public. La fonction de médiateur peut particulièrement bien être exercée par une personne (le Surveillant des prix personnifié) qui jouit d'une certaine notoriété, rôle moins facile à jouer par une commission. La Surveillance des prix est organisée de façon similaire au domaine de la protection des données. Le Préposé à la protection de données et à la transparence est un organe fédéral indépendant chargé de veiller au respect de la loi sur la protection des données, qui établit les faits d'office ou à la demande de tiers. Le préposé peut, par ailleurs, formuler des recommandations et porter l'affaire devant l'instance supérieure lorsque les recommandations ne sont pas suivies.¹²⁸

5.4.3 MODÈLES D'AUTORÉGULATION

Dans le cadre des modèles d'autorégulation, ainsi que nous l'avons mentionné à plusieurs reprises, l'Etat délègue le contrôle et l'application des tâches publiques à des tiers. Il limite son intervention à une simple fonction de surveillance. Dans nos exemples, on rencontre ce modèle dans le cas de la FINMA. La loi sur le blanchiment d'argent soumet tous les intermédiaires financiers soit à une surveillance directe par la FINMA, soit à un contrôle par des organismes d'autorégulation (OAR). Au sein de la FINMA, la section Blanchiment d'argent et Analyse de marchés est chargée de la surveillance des OAR. Elle décide de l'attribution ou du retrait de la reconnaissance aux OAR, de l'approbation des règlements que ceux-ci promulguent et veille à ce que les OAR fassent appliquer leurs règlements.

Les modèles de contrôle et d'application par autorégulation conviennent en particulier pour des branches spécifiques. L'autorégulation part de l'idée que les acteurs de la branche sont les plus aptes à résoudre les problèmes qui peuvent se poser.¹²⁹ Cela concerne avant tout le secteur hautement spécialisé de la finance et des banques ou les secteurs économiques hautement techniques. Parmi les points forts à mettre sur le compte de l'autorégulation, on compte aussi la mobilisation des connaissances spécialisées, puisque les acteurs de la branche considérée influencent directement le mécanisme de régulation par leur savoir et contribuent ainsi à en accroître l'acceptation auprès des entreprises concernées. Toute autorégulation présente cependant un problème au niveau des sanctions, parce que les possibilités d'intervention étatique présentent des

¹²⁸ Cf. Office fédéral de la justice (2008) : *Egalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle : divers modèles d'autorités dotées de compétences d'investigation et d'intervention*, Berne, p. 12 (rapport)

¹²⁹ Cf. Weber, R. H. et al. (2006) : *Integrierte Finanzmarktaufsicht. Rechtliche und ökonomische Beurteilung des FINMA-Projekts*. Zurich, p. 129

lacunes ; en effet, les possibilités de sanctionner une association professionnelle sont relativement limitées (peines conventionnelles et autres mesures de droit associatif).¹³⁰

5.5 PROPOSITIONS EN VUE D'UN MÉCANISME DE CONTRÔLE ET D'APPLICATION ÉTATIQUE EN MATIÈRE D'ÉGALITÉ DES SALAIRES EN SUISSE

Ce dernier chapitre présente les conditions légales applicables en Suisse et leur mise en œuvre/application dans le domaine de l'égalité des salaires (chap. 5.5.1). Compte tenu de ce cadre légal et des conclusions tirées des cas étudiés, nous avons finalement formulé des recommandations en vue de la mise en place d'un modèle suisse de contrôle et de mise en application de l'égalité des salaires (chap. 5.5.2).

5.5.1 SITUATION ACTUELLE

Principe de l'égalité des salaires

Le principe de l'égalité des salaires énoncé à l'article 8, alinéa 3 Cst. et à l'article 3 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) s'applique impérativement et sans restriction à tous les rapports de travail salariés. L'ensemble des employeurs de droit public et privé y sont soumis. Le droit de l'individu à l'égalité naît avec la création des rapports de travail et prévoit un salaire égal pour un travail égal ainsi qu'un salaire égal pour un travail de valeur égale, mais équivalent.

Dans les deux cas de figure, toute discrimination salariale directe ou indirecte est interdite. De manière schématique, il y a tout bonnement discrimination salariale lorsqu'une différence apparaissant dans le calcul ne peut pas être objectivement justifiée par le travail lui-même ou par la qualification.¹³¹ Les comparaisons concernent toujours les rapports de travail au sein d'une entreprise, respectivement à l'intérieur d'une collectivité de droit public (classification du personnel dans une commune, dans un canton). La pratique du Tribunal fédéral reconnaît deux méthodes d'analyse pour constater des différences de salaires discriminatoires : l'évaluation analytique du travail et l'analyse statistique des salaires ou analyse de régression.¹³² Les démarches suivantes sont complexes : asseoir la comparaison de deux activités ou catégories professionnelles, évaluer le travail ainsi que les méthodes d'analyse qui y sont liées et procéder au constat juridique d'une discrimination directe ou indirecte. C'est pourquoi, en général, il est nécessaire de recourir à des expertises judiciaires.¹³³ Les travailleurs doivent faire valoir leurs droits devant les tribunaux (art. 5, al. 1, let. d LEg). Les prétentions salariales peuvent être invoquées rétroactivement pour toute la durée des rapports de travail pendant laquelle un salaire discriminatoire a été versé, pour autant que le défen-

¹³⁰ Cf. Weber, R. H. et al. (2006) : Integrierte Finanzmarktaufsicht. Rechtliche und ökonomische Beurteilung des FINMA-Projekts. Zurich, p. 131

¹³¹ Cf. à ce sujet Freivogel, E. (2009) : art. 3, dans : Kaufmann, C. ; Steiger-Sackmann S. (éd.) : Kommentar zum Gleichstellungsgesetz (GSG), Bâle, ch. m. 95 ss ; Aubry Girardin, F. (2011) : Discrimination salariale: Art. 3 LEg, dans : Aubert, G. ; Lempen K. (éd.) : Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève, p. 67–96, p. 77 ss

¹³² Freivogel, op. cit., ch. m. 119 ss ; Schmid, S. R. (2011) : Méthodes d'évaluation : art. 3 LEg, dans : Aubert, G. ; Lempen K. (éd.) : Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève, p. 91–96, p. 93 ss

¹³³ Aubry Girardin, op. cit., p. 79 ; Schmid, op. cit., p. 96 ss

deur n'ait pas invoqué la prescription et que les demandes ne soient effectivement pas prescrites.¹³⁴

Système d'application actuel

Selon la loi sur l'égalité, les autorités n'ont pas de compétences en matière d'investigation ni de mise en application et n'ont pas qualité pour agir. La loi ne prévoit pas non plus une participation tripartite, qui associerait les employeurs au processus (comme dans le contrôle du marché du travail).

Devoir de mise en œuvre efficace du mandat constitutionnel

L'article 8, alinéa 3 Cst. établit d'une part le principe justiciable de l'égalité salariale entre femmes et hommes qui déploie des effets directs aussi dans les rapports de travail entre particuliers. D'autre part, l'article 8, alinéa 3 Cst. fait obligation au législateur de veiller à instaurer l'égalité de fait et de droit, notamment dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. Ce mandat de légiférer se réfère également à la réalisation de l'égalité des salaires et concrétise la règle générale contenue à l'article 35, alinéa 3 Cst. qui impose à l'Etat l'obligation de veiller à la réalisation des droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, dans les relations qui lient les particuliers entre eux.

A l'heure actuelle, la réalisation de l'égalité salariale dépend de la disposition des victimes, respectivement des associations de travailleurs, à intenter un procès. Certes, quelques « procès pilote » ont eu un effet positif, mais ils ont pour la plupart été menés à l'encontre d'employeurs publics. Des différences notables sont aussi perceptibles entre les cantons, aussi bien en ce qui concerne la fréquence des actions que les modalités de la procédure de conciliation. 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 en matière de discrimination salariale par les employeurs privés.¹³⁵ L'effet préventif sur l'économie privée est faible, les entreprises sont trop peu incitées à structurer leurs salaires de manière non discriminatoire. Les statistiques montrent que, même ces dernières années, les écarts de salaires discriminatoires ne se sont que peu réduits. En outre, la réalisation de l'égalité salariale repose sur les victimes, qui s'abstiennent souvent d'intenter une action. Il s'agit en particulier de travailleuses au bénéfice d'un contrat de travail en cours et dont la démarche devant un tribunal recèle le risque de porter atteinte, de manière permanente, au rapport de confiance sous-jacent au contrat de travail.

Attribuer la mise en œuvre des dispositions légales aux personnes concernées par la voie judiciaire est judicieux dans les domaines où le principe de conformité (*compliance*) est en vigueur et où la voie judiciaire a pour but de corriger des erreurs ponctuelles de particuliers dans des cas isolés et de verser des indemnités. Ce type de système peut en revanche se révéler insuffisant lorsqu'on observe une absence de *compliance* à une large échelle et sur une longue période. Cette situation peut être la conséquence de lacunes systémiques, par exemple parce que la législation ne définit pas suf-

¹³⁴ Freivogel, op. cit., ch. m. 78 ss ; Aubry Girardin, op. cit., p. 74

¹³⁵ Cf. p. ex. Stutz H. et al. (2005) : Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité. Rapport de synthèse, sur mandat de l'Office de la justice, Berne

fisamment les obligations, parce que les intéressés ne sont pas (sans autre) conscients de leur comportement fautif ou parce que les incitations à respecter les normes manquent, respectivement qu'elles se sont pas suffisamment efficaces ou que le système de contrôle et de sanction est lacunaire.

Le manque d'efficacité de la réglementation actuelle donne à penser qu'il y a un intérêt public à mettre en place un contrôle administratif renforcé de l'exécution. Il y a notamment un intérêt à étendre l'impact de la *compliance* générale. Le rapport de synthèse portant sur l'évaluation de la LEg arrive lui aussi à la conclusion que les lacunes relatives aux compétences des autorités étatiques entravent une application efficace à une large échelle.¹³⁶ Le rapport de l'Office fédéral de la justice de 2008 mentionne en outre des modèles visant à renforcer la protection contre la discrimination sur le plan administratif.¹³⁷

A partir des conditions légales existantes et des constatations tirées des cas étudiés, nous émettons dans le chapitre suivant des recommandations en vue d'assurer en Suisse un contrôle et une mise en application de l'égalité des salaires par l'Etat.

5.5.2 RECOMMANDATIONS

Un renforcement du contrôle ou de la mise en application étatique aurait pour effet de détacher le domaine de l'égalité des salaires du mécanisme habituel de la loi sur l'égalité (office de conciliation → voie judiciaire pour des cas isolés). Un régime particulier de ce genre se justifie par le fait que la Constitution fait de l'égalité des salaires un élément particulièrement important de l'égalité entre les sexes en la citant explicitement et que la discrimination en matière de salaires reste souvent occultée (non reconnue). Simultanément, il faut, pour des raisons de praticabilité, veiller à ce que tout nouveau mécanisme s'intègre le mieux possible dans le système existant. C'est pourquoi nous estimons fondamentalement judicieux de limiter les compétences de l'autorité administrative en matière de contrôle, de conciliation et d'application à des *contrôles par sondage* et à ne pas les étendre au traitement des plaintes de particuliers. Ainsi, on peut éviter un recoupement avec l'action de droit civil engagée par les lésés et avec la procédure de conciliation qui la précède. L'approche par action ponctuelle permet en outre de contribuer, au-delà de la discrimination individuelle, à mettre en lumière et à éliminer des problèmes structurels.

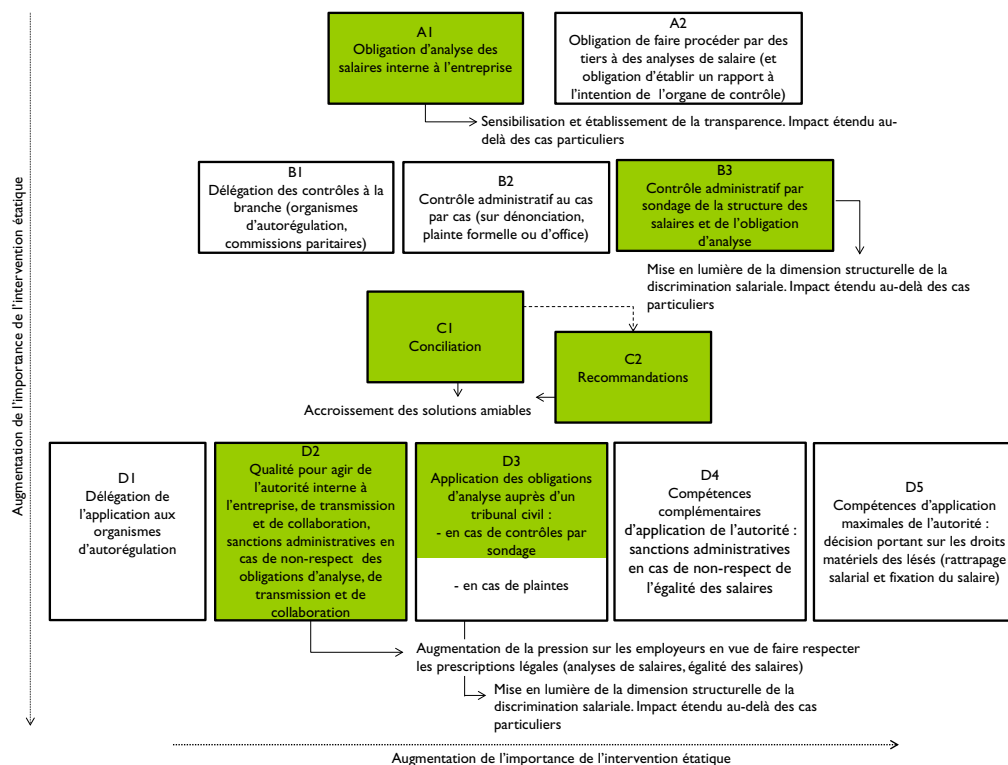
Le Tableau 5.1 résume les variantes conceptuelles évoquées au chapitre 5.3 sous forme d'aperçu. Les variantes que nous recommandons pour la mise en place d'un modèle suisse de contrôle et de mise en application de l'égalité des salaires sont marquées en vert (en fonction des éléments qu'elles comportent). Les flèches renvoient à l'impact attendu. Les différentes recommandations se complètent. A l'issue de notre analyse, nous concluons que les mesures à recommander sont celles qui font prendre conscience du problème de la discrimination salariale et le rendent évident (=> obligation

¹³⁶ Stutz H. et al. (2005) : Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité. Rapport de synthèse, sur mandat de l'Office de la justice, Berne, p. 124 s. ; en résumé dans le rapport du Conseil fédéral du 15.02.2006 relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité en exécution de la motion Vreni Hubmann 02.3142 (transmise sous forme de postulat), FF 2006 3061, p. 3081 ss

¹³⁷ Office fédéral de la justice (2008) : Egalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle : divers modèles d'autorités dotées de compétences d'investigation et d'intervention, Berne p. 4 (rapport)

d'analyse des salaires interne à l'entreprise) et qui s'attaquent à la discrimination salariale comme à un problème structurel, au-delà des cas particuliers (=> contrôle par sondage). Dans une étape suivante, il y a lieu de rechercher des solutions à l'amiable avec les entreprises contrôlées dans lesquelles une discrimination salariale a été détectée (=> procédure de conciliation et recommandation). Pour améliorer la réalisation proprement dite de la prétention salariale de droit civil et ne pas en laisser reposer la charge sur les seuls travailleurs, l'autorité devrait être mise au bénéfice de la qualité pour agir dans les cas de contrôles par sondage (=> droit pour les autorités d'intenter une action). Mais on pourrait aussi envisager de laisser tomber certaines variantes recommandées. L'impact attendu en serait réduit d'autant. Chaque recommandation est commentée ci-après.

Tableau 5.1 : aperçu des variantes conceptuelles



En vert : variantes recommandées, flèches : impact attendu.

Recommandation 1 : introduction d'une obligation de procéder à une analyse interne à l'entreprise (A1)

Les chiffres relatifs à l'écart moyen des salaires entre hommes et femmes 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 (en complément à des instruments de contrôle et d'application efficaces) semble constituer une condition majeure pour sensibiliser les entreprises et assurer la transparence. Sur la base de dispositions légales claires (cf. recommandation 6), les entreprises devraient être tenues de vérifier leurs salaires régulièrement, d'établir un rapport interne et, le cas échéant, de prendre les mesures nécessaires à la réalisation de l'égalité des salaires.

A ce jour, les employeurs n'ont été intégrés au processus d'égalité des salaires que sur une base volontaire. Comme décrit au chapitre 5.3.1, dans le secteur des marchés publics, il est recommandé aux soumissionnaires de faire une déclaration spontanée. En 2009, la Confédération a de plus instauré un « Dialogue sur l'égalité des salaires » dans le but de convaincre dans les cinq ans une centaine d'entreprises de vérifier l'égalité de leurs salaires en recourant à un outil d'analyse agréé.¹³⁸ La participation volontaire des entreprises s'est avérée faible jusqu'ici. En octobre 2013, seules 16 entreprises avaient mené à terme le « Dialogue » en question, il est en cours dans 24 autres entreprises. Dès lors, l'introduction d'une obligation de procéder à une analyse interne à l'entreprise tiendrait compte de la recommandation visant à renforcer l'intégration des employeurs et des employés, comme cela a par exemple déjà été mentionné dans l'évaluation de la loi sur l'égalité.¹³⁹

La forme de la future obligation d'analyse interne à l'entreprise devra tenir compte des aspects suivants:

- La restriction aux entreprises d'une certaine taille apparaît judicieuse, d'une part parce qu'elles présentent un nombre suffisant de travailleurs comparables permettant l'analyse des salaires pour un même travail, respectivement pour un travail de même valeur, d'autre part parce qu'elles disposent de leur propre service du personnel. Nous recommandons d'introduire l'obligation d'analyse interne à l'entreprise dans les entreprises comptant 50 collaborateurs et plus (et une proportion adéquate de personnes du sexe sous-représenté),¹⁴⁰ ce qui représenterait environ 7400 entreprises dans l'ensemble du pays (env. 53 % des personnes salariées).¹⁴¹ Il serait aussi judicieux de prévoir une introduction progressive de cette obligation, à l'exemple du modèle autrichien.
- L'analyse interne à l'entreprise ne devrait pas être effectuée tous les ans, mais pourrait être mise à jour à intervalles réguliers (p. ex. tous les 3 ans).
- L'analyse de la discrimination salariale est complexe. Elle réclame du savoir-faire et occasionne une charge considérable pour les entreprises (notamment lors de la première analyse). Dans la mesure du possible, des outils d'analyse juridiquement fiables et praticables doivent être mis à disposition. Il est envisageable de prévoir des outils standardisés prescrits par les autorités ou un choix d'outils fournis par des particuliers (p. ex. syndicats) et certifiés par l'administration. Des outils d'analyse adéquats ont déjà été développés en Suisse.¹⁴² Dans le cadre de la pré-

¹³⁸ Cf. <<http://www.lohngleichheitsdialog.ch>>, consultation le 23.09.2013

¹³⁹ Stutz H. et al. (2005) : Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité. Rapport de synthèse, sur mandat de l'Office fédéral de la justice, Berne

¹⁴⁰ A partir de cette taille, il est possible d'effectuer les analyses de salaire avec l'outil Logib.

¹⁴¹ Cf. Office fédéral de la statistique (2008) : recensement des entreprises, 2008. Entreprises marchandes et emplois selon la taille des entreprises, Neuchâtel

¹⁴² Le BFEG met à la disposition des entreprises de plus de 50 collaborateurs le logiciel Logib, outil qui leur permet de procéder facilement à un état des lieux et de contrôler si l'égalité des salaires entre femmes et hommes est respectée dans leur entreprise. Cf. <<http://www.logib.ch>> ou <<http://www.logib-etape-par-etape.ch>>, consultation le 15.07.2013. Grâce à l'évaluation scientifique du travail, il est possible de déterminer la valeur d'une fonction et donc d'établir la valeur comparative des différentes fonctions. Cf. p. ex. l'outil Abakaba développé dans ce but:

sente étude, nous ne pouvons toutefois pas dire si ces outils seraient appropriés en cas d'introduction contraignante de l'obligation d'analyse interne à l'entreprise ou s'il serait nécessaire de disposer d'outils mieux adaptés.

- Chaque entreprise devrait avoir le choix de procéder elle-même à l'analyse interne, de faire établir par un tiers une déclaration attestant qu'elle s'en est acquittée ou de faire réaliser cette analyse par des externes. Il serait aussi possible d'envisager un modèle dans lequel les entreprises qui délèguent la déclaration par un organisme agréé par la Confédération seraient dispensées du contrôle administratif.¹⁴³
- Il est indispensable de prévoir une offre suffisante en consultations, information, et éventuellement en formation.

Dans les modèles examinés, les lacunes en ce qui concerne l'application des analyses internes à l'entreprise montrent qu'un contrôle efficace et la punissabilité de l'omission de l'obligation de déclarer sont indispensables. Les travailleurs suisses sont nettement moins organisés que ceux des autres pays européens. Les entreprises suisses ne comportent souvent pas de représentation interne des travailleurs, même si la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises¹⁴⁴ prévoit cette possibilité.¹⁴⁵ Par conséquent, il semble peu réaliste d'envisager d'attribuer le contrôle de l'analyse interne à l'entreprise principalement aux représentations de travailleurs, comme c'est le cas en Autriche. En outre, comme mentionné plus avant, le poids de la mise en œuvre continuerait à peser trop lourdement sur les travailleurs. Il conviendrait plutôt de veiller au respect de l'analyse interne à l'entreprise par le biais de contrôles par sondage (cf. recommandation 2). La responsabilité de l'établissement des analyses et d'éventuels ajustements de salaires en fonction des résultats de celle-ci doit de préférence revenir à l'entreprise. Dans ce contexte, il y aurait lieu de discuter d'une obligation d'établir un rapport à l'intention de l'autorité de contrôle, qui contribuerait à réduire encore les lacunes de mise en œuvre du côté des entreprises mais qui, compte tenu du grand nombre d'entreprises, apparaît peu praticable.

<<http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00072/00077/index.html?lang=fr>>, consultation le 15.07.2013. Pour une présentation approfondie des outils d'analyse des différences de salaires, voir Schär Moser M. et Baillod, J. (2006) : *Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung. Orientierungshilfe für die juristische Praxis*, Berne. Le Tribunal fédéral a rendu diverses décisions confirmant la fiabilité de ces instruments.

¹⁴³ P. ex. certification « equal-salary » : <<http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00072/00381/index.html?lang=fr>>, consultation le 15.07.13

¹⁴⁴ Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (Loi sur la participation, RS 822.14)

¹⁴⁵ La loi sur la participation prévoit l'information et la consultation en ce qui concerne la sécurité au travail, la protection des travailleurs, le transfert d'entreprises et les licenciements collectifs.

Recommandation 2 : introduction d'un contrôle administratif par sondage (B3)

Comme il a été exposé, il existe en Suisse dans différents domaines des modèles de contrôle des activités des entreprises. En matière d'égalité des salaires, le BFEG examine dans le domaine des marchés publics le respect du principe d'égalité des salaires au moyen de contrôles par sondage et encourage les employeurs à appliquer l'égalité des salaires.¹⁴⁶ Pour ce faire, le BFEG travaille en collaboration étroite avec la Commission des achats de la Confédération et met à disposition des spécialistes. La Suisse ne connaît pas d'autres instruments de contrôle administratifs dans le domaine de l'égalité des salaires. Ces dernières années, différentes interventions ont été rejetées ou suspendues; elles réclamaient un renforcement des normes légales de la LEg ou une vérification obligatoire des salaires (p. ex. introduction d'une « autorité dotée de compétences d'investigation et d'application » ou mise en place d'inspecteurs de l'égalité des salaires en collaboration avec les organes paritaires des parties aux conventions).¹⁴⁷ En vertu de l'article 8, alinéa 3 Cst., l'égalité de salaires entre femmes et hommes doit être appliquée dans toutes les entreprises du pays. La législation ne concerne par conséquent pas qu'une sélection (restreinte) d'entreprises ou de branches. Dans cette perspective, il apparaît pertinent de mettre en place un contrôle administratif par sondage auquel serait soumise toute la structure salariale de l'entreprise contrôlée. Ainsi qu'exposé en introduction, nous recommandons de restreindre la compétence de l'autorité administrative en ce qui concerne les contrôles d'entreprises à cet échantillonnage et à ne pas l'étendre au traitement des cas et plaintes individuels. 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. L'approche par sondages a en outre pour effet de déplacer l'intérêt des discriminations individuelles vers des problèmes structurels à l'origine d'une discrimination. Dans une démarche analogue à celle de la surveillance des prix, l'autorité étatique chargée du contrôle pourrait déterminer chaque année les branches qu'elle veut examiner de manière plus approfondie.

Le contrôle par sondage devrait se concentrer sur le respect de l'obligation d'établir une analyse des salaires interne à l'entreprise et l'observation de l'égalité des salaires. Les obligations de transmission et de collaboration des entreprises et les compétences d'investigation de l'autorité doivent être inscrites dans la loi (cf. recommandation 6). L'autorité devrait avoir le pouvoir de sanctionner le non-respect de l'obligation de procéder à une analyse interne à l'entreprise.

Recommandation 3 : importance des conseils et de la conciliation (C1)

De manière analogue à l'exemple suédois, l'autorité devrait avoir la tâche et la compétence de conseiller les entreprises et leurs employés et, en cas de discrimination salariale constatée au cours d'un contrôle par sondage, de chercher une solution à l'amiable

¹⁴⁶ Art. 8, al. 1, let. c de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP) au niveau fédéral, parfois aussi à l'échelon cantonal, cf. art. 24, al. 1, let. f de l'ordonnance du 16 octobre 2002 sur les marchés publics (OCMP), canton de Berne

¹⁴⁷ Cf. <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20063033> et <http://www.parlament.ch/afs/data/d/bericht/2006/d_bericht_n_k10_0_20060451_0_20070904.htm>, consultation le 22.7.2013. <http://www.parlament.ch/sites/kb/2006/Rapport_de_la_commission_CER-N_06.451_2007-11-26.pdf>

permettant de l'éliminer. Habilitier l'autorité à conduire des négociations en ce qui concerne les *ratrapages de salaire* serait encore plus utile. De cette manière, le mandat de négociation assumé par l'autorité concorderait avec le droit à l'égalité salariale de droit civil, qui peut être invoqué rétroactivement pour une période de cinq ans maximum. La participation aux séances de conciliation devrait être déclarée obligatoire.

Nous ne saurions en revanche recommander la variante qui prévoit qu'une conciliation puisse amener à l'élaboration de programmes d'égalité des salaires. Cette solution conduirait à des problèmes de délimitation au regard des droits des lésés parce que, lorsqu'une discrimination salariale est constatée, les travailleurs ont en principe un droit direct à son élimination et à une indemnisation. Une éventuelle adaptation progressive des salaires ne saurait être compatible avec ce droit.

Recommandation 4 : recommandation de l'autorité (C2) et qualité pour agir donnée à l'autorité (D3), en complément à l'application de l'obligation d'analyse et de collaboration (D2)

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 de salaire. 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 conformément à la loi sur la participation, la recommandation issue de contrôles par sondage doit aussi lui être communiquée.

Pour améliorer l'application proprement dite du droit au salaire sur le plan structurel, l'autorité devrait être dotée de compétences complémentaires au cas où ses recommandations ne seraient pas suivies. En ce qui concerne les contrôles par sondage, nous recommandons de donner à l'autorité la qualité pour agir, comme dans le cas suédois et de manière analogue à la conception de la LCD. Comme le montrent les cas étudiés, l'éventualité d'une action intentée par l'autorité dans le cas des contrôles par sondage incite plus fortement les entreprises à rechercher des solutions à l'amiable et accroît leur motivation à suivre les recommandations. Par conséquent, 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 et des organisations ou 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 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).

Un autre modèle complémentaire encore plus efficace serait de permettre à l'autorité à prononcer des sanctions financières d'un montant approprié en cas de violation du principe d'égalité des salaires. Dans un modèle qui connaît en parallèle une procédure administrative (sanction de la discrimination salariale) et une procédure civile (de-

mande d'indemnisation), les compétences devraient être délimitées de manière analogue aux règles du droit des cartels. Ce serait sans aucun doute le modèle doté des structures d'application les plus efficaces. Pourtant, il montre certaines faiblesses dans le domaine de l'égalité des salaires. Etant donné que les investigations et les sanctions en matière d'égalité des salaires ne font pas partie d'un régime d'autorisation ou de concession, seule une sanction d'ordre financier est envisageable. Pour qu'elle déploie un effet préventif, son montant devrait être fixé en conséquence. Toutefois, un modèle dans lequel une autorité administrative prononce de telles sanctions financières à l'encontre des entreprises est contesté (cf. révision en cours de la LCart). Un système prévoyant des sanctions devrait, à l'exemple de la réglementation en matière de mesures d'accompagnement à la liberté de circulation des personnes pour les CCT DFO, exiger que la discrimination salariale soit clairement étayée (p. ex. par des analyses de salaires ou d'autres résultats d'investigations) et, dans le cas d'une amende pénale administrative, que l'infraction soit caractérisée (p. ex. intention ou esprit de lucre). En comparant les modèles, il y a lieu de préférer un modèle donnant la qualité pour agir à l'autorité.

A priori, la réalisation des droits salariaux des lésés par voie de décision (comme dans le modèle de l'Ontario) peut être exclu d'office compte tenu du contexte suisse. Dans la mesure où les demandes salariales et les rattrapages de salaire sont en principe des prétentions de droit civil entre parties privées, une décision portant sur d'éventuels arriérés de salaire rendue par une autorité administrative est incompatible avec le droit suisse et ne saurait par conséquent être recommandée.

Recommandation 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 les contrôles par sondage. La cohérence 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 alors envisageables : une représentation des partenaires sociaux siégeant dans la commission est possible. Nous rencontrons ce modèle d'autorité avec commission comprenant des partenaires sociaux dans les trois cas étrangers examinés ainsi que dans les offices cantonaux de conciliation au sens de la loi sur l'égalité. Il importe toutefois d'observer que, lorsqu'il y a 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.

Recommandation 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. Les adjonctions aux bases légales, notamment à la loi sur l'égalité, nécessaires à cet effet sont :

- la réglementation de l'organisation de l'autorité ;

- l'obligation pour les entreprises (à partir d'une taille déterminée à fixer) d'établir périodiquement des analyses d'égalité des salaires standardisées ;
- l'obligation pour les entreprises d'ajuster les salaires (dans un délai à fixer dans la loi) en se fondant sur les résultats de l'analyse des salaires interne à l'entreprise et de verser des rattrapages de salaire ;
- la compétence donnée à l'autorité de procéder à des contrôles par sondage, qui se concentrent sur le respect de l'obligation d'établir des analyses des salaires et l'observation de l'égalité des salaires ;
- la réglementation de la procédure en vue de solutions amiables en tenant compte de l'obligation de collaborer des entreprises ainsi que des modalités de la recommandation de l'autorité ;
- les obligations de collaborer des entreprises dans les limites de cette procédure ;
- la réglementation du droit d'agir de l'autorité devant les tribunaux civils dans le cadre des contrôles par sondage.

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