

**AVIS SUR LES MESURES ÉTATIQUES EN MATIÈRE DE
DISCRIMINATION SALARIALE HOMMES-FEMMES**

**EN DROIT ALLEMAND, ANGLAIS, AUSTRALIEN, AUTRICHIEN, BELGE,
CANADIEN, DANOIS, ESPAGNOL, FRANÇAIS, ITALIEN,
LUXEMBOURGEOIS, NÉERLANDAIS, SUÉDOIS ET EN DROIT
DES ETATS-UNIS**

Avis 12-193

Lausanne, le 30 septembre 2013

TABLE DES MATIERES

RESUME - EXECUTIVE SUMMARY	7
I. FAITS ET CONTEXTE	9
1. Lohngleichheitsdialog	9
2. Aspects politiques	9
3. Entscheid EBG/BJ.....	9
II. QUESTIONS.....	9
VUE D'ENSEMBLE COMPARATIVE	14
III. ANALYSE.....	12
TABLEAU DETAILLE	14
A. ALLEMAGNE.....	22
1. Allgemeine Übersicht über die aktiven staatlichen Massnahmen zur Förderung der Lohngleichheit.....	22
1.1. Allgemeines	22
1.2. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz.....	23
1.3. Antidiskriminierungsstelle des Bundes	24
1.4. Reformvorhaben	24
2. Institutionen	24
a. Untersuchungsbefugnisse und Zusammenarbeitspflicht.....	25
b. Möglichkeit an das Gericht zu gelangen.....	25
c. Andere Befugnisse und Rechte	26
3. Massnahmen zur Förderung der Lohntransparenz	27
4. Weitere Massnahmen zur Förderung der Lohngleichheit	27
B. AUSTRALIE	29
1. General Overview of State Measures to Promote Equality of Salaries	29
1.1 Introduction	29
1.2 Legislation	30
2. Institutions.....	33
a. Investigative powers and duty to cooperate.....	33
b. The possibility to go to court.....	37
c. Other powers	38
3. Measures to promote transparency of salaries	40
4. Other measures to promote equality of salaries	41
C. AUTRICHE	42
1. Allgemeine Übersicht	42
2. Institutionen	43
a. Untersuchungsbefugnisse und Zusammenarbeitspflicht.....	45
b. Möglichkeit, an das Gericht zu gelangen.....	47

c. Andere Befugnisse	48
3. Massnahmen zur Förderung der Lohntransparenz	48
4. Weitere Massnahmen	52
D. BELGIQUE	54
1. Vue d'ensemble sur les mesures actives de l'Etat pour promouvoir l'égalité salariale entre hommes et femmes.....	54
1.1.Situation générale	54
1.2.Bases légales pour promouvoir l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans le domaine de l'emploi et plus particulièrement en matière de salaire	54
2. Institutions.....	57
a. Les pouvoirs d'enquête et le devoir de coopérer	58
b. La possibilité de saisir le juge	58
c. D'autres pouvoirs ou/et droits de l'institution.....	59
3. Mesures en place pour promouvoir la transparence salariale	59
4. Autres mesures pour inciter les employeurs à promouvoir l'égalité des salaires	60
E. CANADA	61
1. General Overview on State Measures to Promote Equality of Salaries	61
1.1. Introduction: Canadian federalism and jurisdiction over labour relations	61
1.2. Canadian federalism and international law	62
1.3. General principles.....	63
1.4. Measures taken by the federal parliament and government	65
1.5. Measures taken by the province of Québec	69
1.6. Measures taken by the province of Ontario	72
2. Institutions.....	76
2.1.Federal parliament and government	76
a. Investigative powers and duty to cooperate.....	76
b. The possibility to go to court.....	76
c. Other powers	76
2.2.The province of Québec	77
a. Investigative powers and duty to cooperate.....	77
b. The possibility to go to court.....	78
c. Other powers	78
2.3.The province of Ontario	79
a. Investigative powers and duty to cooperate.....	79
b. The possibility to go to court.....	79
c. Other powers	80
3. Measures to promote transparency of salaries	80
3.1. Federal Level	80

3.2. The Province of Québec	81
3.3. The Province of Ontario	83
4. Other measures to promote equality of salaries	84
F. DANEMARK.....	85
1. Aperçu général des mesures étatiques pour promouvoir l'égalité des salaires.....	85
1.1.Cadre juridique	85
1.2.Institutions	86
2. Institutions.....	87
a. Les pouvoirs d'enquête et le devoir de coopérer	87
b. La possibilité d'aller devant la Cour.....	89
c. Autres pouvoirs	89
3. Measures to promote transparency of salaries	89
4. Other measures to promote equality of salaries	89
G. ESPAGNE.....	91
1. Vue d'ensemble sur les mesures actives de l'Etat pour promouvoir l'égalité salariale entre hommes et femmes.....	91
1.1.Vue d'ensemble des mesures actives	91
1.2. L'obligation des entreprises d'établir des plans d'égalité.....	93
1.3. L'interdiction de discrimination salariale et sa mise en œuvre	95
1.4. Vue d'ensemble des institutions	96
2. Institutions.....	98
a. Les pouvoirs d'enquête et le devoir de coopérer	98
b. La possibilité de saisir le juge	99
c. D'autres pouvoirs et droits.....	102
3. Mesures en place pour promouvoir la transparence salariale	102
4. Autres mesures pour inciter les employeurs à promouvoir l'égalité des salaires	103
H. ETATS-UNIS.....	106
1. General Overview on State Measures to Promote Equality in Salaries.....	106
2. Institutions.....	113
a. Investigative powers and duty to cooperate.....	115
b. The possibility to go to court.....	117
c. Other powers	119
3. Measures to promote transparency of salaries	121
4. Other measures to promote equality of salaries	123
I. FRANCE.....	128
1. Vue d'ensemble sur les mesures actives de l'Etat pour promouvoir l'égalité salariale entre hommes et femmes.....	128
1.1. La situation générale par rapport à l'égalité salariale	128

1.2. Bases légales pour promouvoir l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans le domaine de l'emploi	129
2. Institutions.....	131
a. Les pouvoirs d'enquête et le devoir de coopérer	132
b. La possibilité de saisir le juge	133
c. Les autres pouvoirs ou/et droits de l'institution	133
3. Mesures en place pour promouvoir la transparence salariale	134
3.1.L'établissement d'un rapport sur la situation comparée des hommes et des femmes.....	134
3.2.Le respect du principe de l'égalité professionnelle dans le cadre de la négociation.....	134
4. Autres mesures existantes pour inciter les employeurs à promouvoir l'égalité des salaires.....	135
4.1. Les mesures d'aide financière du Code du Travail	135
4.2. Les rapports et chartes	135
4.3. Le label « Egalité »	136
J. ROYAUME-UNI	137
1. General Overview of State Measures to Promote Equality of Salaries	137
2. Institutions.....	138
a. Investigative powers and duty to cooperate.....	139
b. The possibility to go to court.....	140
c. Other powers	141
3. Measures to promote transparency of salaries	142
4. Other measures to promote equality of salaries	142
4.1.Equal Pay Questionnaires.....	142
4.2.Gender Pay Reporting	142
4.3.Equal Pay Audits	143
4.4.Advisory, Conciliation and Arbitration Service.....	144
K. ITALIE	145
1. Vue d'ensemble sur les mesures actives de l'Etat pour promouvoir l'égalité salariale entre hommes et femmes.....	145
1.1. Bases légales	145
1.2. Institutions	147
1.3. Projets de législation	148
2. Institutions.....	148
a. Les pouvoirs d'enquête et le devoir de coopérer	149
b. La possibilité de saisir le juge	150
c. D'autres pouvoirs et droits.....	151
3. Mesures en place pour promouvoir la transparence salariale	152
4. Autres mesures pour inciter les employeurs à promouvoir l'égalité des salaires	153
L. LUXEMBOURG	154

1. Vue d'ensemble sur les mesures actives de l'Etat pour promouvoir l'égalité salariale entre hommes et femmes.....	154
1.1 Situation au Luxembourg	154
1.2 Bases légales pour promouvoir l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans le domaine de l'emploi, et plus particulièrement en matière de salaire	155
2. Institutions.....	157
a. Les pouvoirs d'enquête et le devoir de coopérer	158
b. La possibilité de saisir le juge (et dans quelles conditions)	158
c. Les autres pouvoirs ou/et droits de l'institution	159
3. Mesures en place pour promouvoir la transparence salariale	159
4. Autres mesures existantes pour inciter les employeurs à promouvoir l'égalité des salaires.....	159
M. PAYS-BAS.....	161
1. Overview on Active State Measures to Promote Equality of Salaries	161
1.1. Legal Framework	161
1.2. Institutions	161
2. Institutions.....	163
a. Investigative powers and duty to cooperate.....	163
b. The possibility to go to court.....	165
c. Other powers and duties.....	166
3. Measures to promote transparency of salaries.....	167
4. Other measures to promote equality of salaries	167
N. SUEDE.....	169
1. Allgemeine Übersicht	169
1.1. Rechtsgrundlagen.....	169
1.2. Grundsätze	169
1.3. Institutionen	170
2. Institutionen	171
a. Untersuchungsbefugnisse und Zusammenarbeitspflicht.....	171
b. Möglichkeiten an das Gericht zu gelangen	172
c. Andere Befugnisse und Massnahmen	172
3. Massnahmen zur Förderung der Lohntransparenz	173
4. Weitere Massnahmen.....	173
COMPARATIVE ANALYSIS	174
Introduction country summaries.....	174
1. Legal bases for principle of equal pay	177
2. Institutions with responsibility for equal pay	177
3. Measures in place for promoting salary transparency.....	179
4. Other measures encouraging employers to promote equal pay	180

RESUME – EXECUTIVE SUMMARY

La présente étude résulte d'une demande faite par l'Office fédéral de la justice et le Bureau fédéral pour l'égalité entre hommes et femmes. Cette étude de droit comparé constitue la première étape d'une étude plus large coordonnée par l'Office de la justice et le Bureau fédéral pour l'égalité entre hommes et femmes, qui a pour objet de déterminer quels sont les instruments et les mesures à adopter pour rendre effective l'égalité des salaires sur le territoire suisse.

Les quatorze États étudiés dans le présent avis prévoient tous, dans leur législation, le **principe de l'égalité salariale entre hommes et femmes**. La majorité de ces États, à savoir l'Australie (p. 30), la Belgique (p. 54), le Canada (p. 63), le Danemark (p. 85), l'Espagne (p. 91), les États-Unis (p. 106), la France (p. 129), l'Italie (p. 145), et le Luxembourg (p. 155) possèdent d'ailleurs une législation spécifique prévoyant de manière expresse le principe de l'égalité salariale entre hommes et femmes. Aux États-Unis, une législation visant à renforcer encore le système de protection est actuellement pendante devant le Congrès (p. 111). En Autriche (p. 42), aux Pays-Bas (p. 161), en Suède (p. 169) et en Grande-Bretagne (p. 137), bien qu'il n'y ait pas de loi ou de règlement traitant spécifiquement de la question de l'égalité salariale entre hommes et femmes, un article de loi ou une disposition spécifique insérée dans une loi plus générale, tel le Code civil ou un loi sur l'interdiction des discriminations, prévoit explicitement l'égalité entre hommes et femmes en matière salariale. L'Allemagne est le seul des États étudiés dans lequel l'égalité salariale entre hommes et femmes n'est inscrite dans aucune loi, mais découle implicitement du principe général d'égalité de traitement prévu par la Constitution allemande (p. 22).

En ce qui concerne les **institutions** mises en place par les quatorze États analysés pour rendre effectif le principe d'égalité salariale entre hommes et femmes, la présente étude montre qu'en Allemagne (p. 24), en Autriche (p. 43), au Royaume-Uni (p. 138), aux Pays-Bas (p. 161) et en Suède, (p. 170) un organe général de protection des droits de l'homme ou de prévention des discriminations est en charge, dans l'exécution de ses tâches, des questions d'égalité salariale. Au Canada (p. 76), en sus de la Commission pour les droits de l'homme, et aux États-Unis (p. 113), à côté de la division fédérale chargée du travail, c'est un organe s'occupant des relations de travail en général qui se charge des questions d'égalité salariale. Au Danemark (p. 86), en sus d'un organe général de protection des droits de l'homme, l'organe compétent est un organe spécialisé dans les questions d'égalité entre hommes et femmes. En Belgique (p. 57), en France (p. 131), en Espagne (p. 98) et au Luxembourg (p. 157), il existe deux types d'organes de protection : les organes traitant des relations de travail et les organes compétents en matière d'égalité entre hommes et femmes. En Australie et en Italie, il existe des organes spécialisés qui s'occupent précisément de la question de l'égalité salariale entre hommes et femmes. Il s'agit de la *Workplace gender equality agency* en Australie (p. 31) et du *Consigliere nazionale di parita* en Italie (p. 148).

Les **pouvoirs de ces institutions** en lien avec l'égalité salariale sont très variés. Elles peuvent, en fonction des normes en vigueur dans chaque pays, mener des enquêtes, rédiger des rapports et des recommandations, donner des conseils, effectuer des expertises ou faire la promotion de l'égalité salariale, mais aussi agir en justice, concilier les parties ou agir comme arbitre dans un litige. La grande majorité des institutions qui mettent en œuvre le principe d'égalité salariale dans les différents États étudiés ont un **pouvoir d'enquête** relativement étendu. Par exemple, en France (p. 132), au Luxembourg (p. 158), aux Pays-Bas (p. 163) ou en Espagne (p. 98), les institutions compétentes ont la possibilité de réaliser des inspections, parfois sans annonce préalable, directement dans les locaux des entreprises. L'agence anti-discrimination allemande ainsi que les diverses institutions belges et danoises sont les seules institutions n'ayant aucun pouvoir d'enquête en matière d'égalité salariale, ou alors uniquement un pouvoir très restreint.

Par ailleurs, ces diverses institutions de promotion de l'égalité salariale ont en général la possibilité de **saisir le juge national** pour dénoncer une violation du principe d'égalité salariale, comme c'est le cas en Belgique (p. 58), aux États-Unis (p. 117), en France (p. 133), au Royaume-Uni (p. 140), en Autriche (p. 47), en Suède (p. 172) et aux Pays-Bas (p. 165). Les institutions concernées doivent en général avoir l'accord de la ou des personne(s) concernée(s), ou au moins l'avoir avertie, comme par exemple en France (p. 133), où une mise en demeure préalable est nécessaire. En Espagne (p. 100), l'autorité du travail doit suivre d'office certaines affaires ; les travailleurs sont alors cités à comparaître et deviennent parties sans qu'ils puissent demander la suspension de la procédure. En Italie (p. 150), la possibilité de saisir le juge existe uniquement pour les discriminations collectives. En Autriche (p. 47), une avocate spécialisée dans les questions d'égalité salariale est mandatée pour représenter les intérêts des individus concernés devant les tribunaux. L'Allemagne (p. 25) et le Luxembourg (p. 158) sont les deux seuls États examinés dans lesquels il n'existe aucune possibilité pour les autorités de saisir le juge. Au Canada, (p. 76/78/79) en Australie (p. 37) et au Danemark (p.88), la situation est un peu particulière, étant donné que les institutions en charge de la promotion de l'égalité salariale ont elles-mêmes des pouvoirs de résolution des litiges.

Les États ayant fait l'objet de cette étude ont tous mis en place des mesures pour **promouvoir la transparence salariale**. Dans plusieurs États, à partir d'un certain nombre d'employés (allant de 25 à 100 employés selon les pays), l'employeur a l'obligation de fournir, à intervalles réguliers, un **rapport ou un compte-rendu faisant état de la situation salariale** pour les hommes et les femmes au sein de l'entreprise. Cette pratique existe en Australie (p. 40), en Autriche (p. 48), en Belgique (p. 59), au Danemark (p. 89), aux États-Unis (p. 121), en France (p. 134), en Italie (p. 152) et en Suède (p. 173). En Allemagne (p. 27) et au Luxembourg (p. 159), les mesures mises en place sont plus souples et consistent principalement en un programme informatique disponible sur Internet, appelé Logib-D en Allemagne et Logib-Lux au Luxembourg, qui permet aux employeurs de calculer si l'égalité salariale est réalisée au sein de leur entreprise. Finalement, des mesures diverses, telle l'obligation pour les employeurs de négocier les salaires en prenant en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre hommes et femmes ou la publication d'études et de statistiques relatives aux rémunérations des hommes et des femmes servent également à assurer une meilleure transparence des salaires dans certains États.

Finalement, il ressort de la présente étude qu'une multitude de **mesures plus générales** ont été mises en place par les États analysés pour promouvoir l'égalité des salaires. Il s'agit par exemple de l'institution d'un « Equal Pay Day » en Allemagne (p. 27), aux Pays-Bas (p. 167) et aux États-Unis (p. 127), de l'attribution d'un Label « égalité » en France (p. 136) et en Espagne (p. 103) pour les entreprises qui respectent l'égalité des salaires entre hommes et femmes ou encore de la mise en place d'un plan d'action national sur plusieurs années au Luxembourg (p. 159).

I. FAITS ET CONTEXTE

1. Lohngleichheitsdialog

Mit dem im März 2009 lancierten Projekt Lohngleichheitsdialog (LGD) wollen die Sozialpartner zusammen mit dem Bund (Bundesamt für Justiz, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, SECO) möglichst viele Unternehmen in der Schweiz dazu motivieren, ihre Löhne bezüglich der Einhaltung des Grundsatzes der Lohngleichheit zwischen Mann und Frau zu überprüfen. Werden diskriminierende Lohnunterschiede festgestellt, sollen die Unternehmen Massnahmen ergreifen, um diese innert vier Jahren zu beseitigen.

Die Vereinbarung der Sozialpartner über den Lohngleichheitsdialog gilt für die Dauer vom 1. März 2009 bis zum 28. Februar 2014. Der Bundesrat hat mehrmals angekündigt, dass bei einem Scheitern des LGD verstärkte staatliche Massnahmen geprüft werden müssen.

2. Aspects politiques

- In die Legislaturplanung 2011-2015 ist die Ziffer 112 aufgenommen worden: "Verstärkung der Massnahmen zur Bekämpfung der Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts und Prüfung zusätzlicher staatlicher Instrumente."
- Drei parlamentarische Initiativen befassen sich mit der Durchsetzung der Lohngleichheit:
 - 11.404 Pa.Iv. Fraktion G. Unabhängige Lohngleichheitskommission für die Umsetzung der Lohngleichheit.
 - 11.445 Pa.Iv. Fraktion S. Behördenuntersuchungs- und klagerecht im Bereich der Lohngleichheit.
 - 12.443 Pa.Iv. Amarelle. Lohngleichheit gewährleisten mithilfe von tripartiten Kommissionen.
- Die Motion (Simoneschi-Cortesi) Meier-Schatz (10.3934: Lohngleichheit von Frauen und Männern. Kontrollmechanismus) wurde – entgegen dem Antrag des Bundesrates – vom Nationalrat am 10.09.2012 mit 87 zu 77 Stimmen (11 Enthaltungen) angenommen.

3. Entscheid EBG/BJ

Mit Blick auf das bald auslaufende Projekt LGD, die eingereichten parlamentarischen Vorstösse zu staatlichen Durchsetzungsmechanismen und dem Auftrag aus der Legislaturplanung 11-15 haben das EBG und das BJ beschlossen, eine Studie zu Instrumenten und Massnahmen zur Durchsetzung der Lohngleichheit in Auftrag zu geben. Der erste Teil dieser Studie soll einen internationalen Rechtsvergleich bezüglich Durchsetzungsinstrumente beinhalten. Die nachfolgenden Teile bauen auf den gewonnen Erkenntnissen auf.

II. QUESTIONS

L'ISDC est chargé de rechercher dans les bases légales de quatorze États quelles **mesures actives peut prendre l'État pour amener à l'égalité des salaires entre hommes et femmes**. Les pouvoirs d'investigation et d'enquête nous intéressent particulièrement.

On peut imaginer, à titre d'exemple, les mesures suivantes :

- institutions (par ex. commission de l'égalité) habilitées à procéder de leur propre initiative à des enquêtes concernant une éventuelle discrimination salariale

- institutions (par ex. commission de l'égalité) auxquelles a été conféré le pouvoir d'intervenir contre des tiers et de représenter devant un tribunal les victimes individuelles de discrimination salariale, voire d'agir en justice à leur place
- institutions publiques ayant une obligation positive de promouvoir l'égalité des salaires.

L'accent doit être mis sur les mesures actives de l'État. Les mesures qui ne relèvent pas d'un comportement actif de l'État, comme par exemple le renversement du fardeau de la preuve, n'entrent pas dans le domaine de la recherche.

Si, dans le cadre de la recherche, des rapports, évaluations ou bonnes pratiques sont mis à jour, ils devraient également figurer dans l'étude.

PAYS

Il s'agit des quatorze pays suivants :

- En Europe
 - Allemagne,
 - Autriche,
 - Belgique
 - Danemark,
 - Espagne
 - France,
 - Grande-Bretagne,
 - Italie,
 - Luxembourg,
 - Pays-Bas,
 - Suède.
- Hors Europe
 - Australie,
 - Canada
 - États-Unis.

Conformément à nos discussions préalables, il est renoncé à une recherche relative à la Finlande.

Sur la base des indications préalables de la cliente, les questions suivantes seront traitées :

- 1. Quel est le cadre pour les mesures actives de l'Etat pour promouvoir l'égalité salariale entre hommes et femmes (bases légales, institutions, projets de législation) ?**
- 2. Quelles institutions existent pour promouvoir l'égalité entre hommes et femmes à la place de travail ? Est-ce qu'il y a une institution spécialisée pour promouvoir l'égalité salariale ?**

Le cas échéant, quels sont les pouvoirs des institutions par rapport à l'égalité salariale (et quelle est leur base légale) ?

- a) pouvoirs d'enquête/devoir de coopérer
- b) possibilité de saisir le juge (et dans quelles conditions)
- c) autres pouvoirs ou/et droits de l'institution

3. **Quelles mesures sont en place pour promouvoir la transparence salariale ?**
4. **Quelles autres mesures existent pour inciter les employeurs à promouvoir l'égalité des salaires ?**

VUE D'ENSEMBLE COMPARATIVE

PAYS	Lois spéciales	Institution étatique avec pouvoir d'enquête	Institution étatique avec pouvoir de déposer plainte	Obligation pour les entreprises (à partir d'une certaine importance) de rendre un rapport sur la situation de l'égalité
Allemagne	Oui	Non	Non	Non
Australie	Oui	Oui	Oui	Oui
Autriche	Oui	Oui	Oui	Oui
Belgique	Oui	Non	Non	Oui
Canada	Oui	Oui	Oui	n/a
Danemark	Oui	Oui	Oui	Oui
Espagne	Oui	Oui	Oui	Non
Etats-Unis	Oui	Oui	Oui	Oui

France	Non	Oui	Oui	Oui
Grande Bretagne	Oui	Oui	Oui	Non
Italie	Oui	Non	Non	Oui
Luxembourg	Non	Oui	Non	Non
Pays-Bas	Oui	Oui	Oui	Non
Suède	Oui	Oui	Oui, sur demande	Oui

III. ANALYSE

TABLEAU DETAILLE

PAYS	Domaines				
	Bases légales	Institutions par rapport à l'égalité salariale	Pouvoirs des institutions par rapport à l'égalité salariale	Mesures en place pour promouvoir la transparence salariale	Mesures existantes pour inciter les employeurs à promouvoir l'égalité des salaires
Allemagne	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	Antidiskriminierungsstelle des Bundes	Hauptsächlich Aufklärung und Erteilung von Informationen; gütliche Einigung bei Einverständnis der Parteien, Auskunftsanspruch gegenüber anderen staatlichen Stellen	Logib-D Programm mit Logib-D Label bei erfolgreicher Teilnahme an Beratungsangebot	Benachteiligungsverbot des AGG mit Rechtsfolge der Unwirksamkeit verstossender Vereinbarungen, Schadensersatz und Entschädigungsanspruch, Beschwerde- und Leistungsverweigerungsrecht; Equal Pay Day mit Unterstützung des Bundesfamilienministeriums
Australie	Fair Work Act 2009, Workplace Gender Equality Act 2012, Sex Discrimination Act 1984	The Fair Work Commission and Fair Work Ombudsman; the Workplace Gender Equality Agency; the Australian Human Rights Commission and Sex Discrimination Commissioner	The Fair Work Commission and The Fair Work Ombudsman: various powers of investigation and inquiry, particularly in connection with ability to issue Equal Remuneration Orders; the Workplace Gender Equality Agency has	Currently no duty on relevant employers to disclose salary data in annual reports; from 2013/14, s.14 Workplace Gender Equality Act 2012 will be required to report on staff remuneration (although will not be publicly available)	Equal Remuneration Orders issued by the Fair Work Commission are designed to address company-specific or industry-specific pay inequality; reporting requirements on large employers will soon include a requirement to meet minimum standards set against gender equality indicators; employees may bring complaints of sex discrimination to challenge employers in individual cases.

			powers to compel reporting on gender equality; the Australian Human Rights Commission has various powers of inquiry into complaints of sex discrimination; Sex Discrimination Commissioner: power to intervene in court proceedings		All agencies have advice and education responsibilities for encouraging equal pay. Other measures exist at the state level, although systemic unequal pay is principally addressed at the federal level.
Autriche	Gleichbehandlungs-gesetz	Gleichbehandlungskommission (GBK) Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW)	Untersuchung, Anfordern von Berichten, Klagerecht auf Feststellung, Entgeltauskunft an SV	Transparente Ausschreibungen, Einkommensbericht	Ersatz immateriellen Schadens
Belgique	Art. 10 al. 3 et art. 23 de la Constitution, loi n° 2007002098 du 10 mai 2007, Arrêt de la Cour Constitutionnelle n°17/2009 du 12 février 2009, loi n° 2007011240 du 12 janvier 2007, loi n° 2012204357 du 22 avril 2012, la convention collective du travail n°25, loi n°2002060537 du 5 juin 2002 et la loi	L'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, le Service public fédéral emploi, travail et concertation sociale, le Conseil de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes et sa Commission Permanente du Travail paritaire, le Ministère de l'Intérieur et de l'égalité des chances	Aide à toute personne sollicitant une consultation sur l'étendue de ses droits et obligations, pouvoir d'agir en justice, pouvoir d'action en cessation, pouvoir d'adresser des recommandations, pouvoir de médiation/conciliati	Concertation obligatoire au sein de l'entreprise concernant la rémunération, rapport d'analyse remis par l'employeur contenant des informations sur la rémunération et avantages des travailleurs, Check-list Non sexisme dans la classification et l'évaluation des fonctions	Projet EVA, création d'une base légale par la loi du 22 avril 2012 et un médiateur

	n° 2002030531 du 5 mars 2002		on		
Canada	Federal: Human Rights Act and Equal Wages Guidelines, Canada Labour Code and Public Sector Equitable Compensation Act (government employees : not yet in force) Québec: Québec Charter of Human Rights and Freedom, Pay Equity Act, Labours Standards Act (indirectly). Ontario: Ontario Human Rights Code, Employment Standards Act, Labour Relations Act, Pay Equity Act.	Federal: Canadian Human Rights Commission, Public Service Labour Relations Board. Québec: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Pay Equity Commission. Ontario : Ontario Human Rights Commission, Employment standards officer and Labour Relations Board, Pay Equity Commission.	All the commissions have broad powers. They can act on complaints and on their own initiative. They have a lot of power with respect to investigations and they are responsible for enforcement of the relevant acts.	n/a	n/a
Danemark	Equality of Men and Women Act Act on Equal Treatment of Gender in Employment Equal Salary for Men and Women Act	Board of Equal Treatment Institute for Human Rights Ministry for Equality and Ecclesiastical Affairs	Institute for Human Rights: general oversight and promotion Board of Equal Treatment: Hearing of Complaints and in	Employers' obligation to draw up an annual gender divided salary statistics Website to render possible salary	

	Act on the Board of Equal Treatment		case of non respect of its decision, bringing them to court on behalf of the victim	comparison easily	
Espagne	Article 9.2 et 14 de la Constitution, Loi organique 3/2007 du 22 mars 2007, « d'égalité effective entre hommes et femmes »	Commission interministérielle d'égalité entre hommes et femmes, unités d'égalité et Inspection du travail et de la sécurité sociale	Sur le terrain : fonctions d'inspection de promotion de procédures disciplinaires, assistance technique arbitrage, conciliation et médiation.	Droit d'accès des représentants légaux des travailleurs masculins et féminins (ou, à défaut, des travailleurs eux-mêmes) aux informations sur le contenu des plans d'égalité et sur leur mise en œuvre afin de combler les différences de salaires entre hommes et femmes.	Label en matière d'égalité, attribué aux entreprises qui excellent dans l'application des politiques d'égalité homme-femme dans les conditions de travail.
Etats-Unis	The Civil Rights Acts of 1964 (Title VII) as amended by Civil Rights Act of 1991 and the Lilly Ledbetter Fair Pay Act of 2009; the Equal Pay Act (amending the Fair Labor Standards Act), Executive Order 11246, The No FEAR Act, Equal Employment Opportunity Management Directive 715, The Glass Ceiling Act	The Equal Employment Opportunity Commission, the Office of Federal Contract Compliance Programs of the Department of Labor, the Employment Litigation Section of the Department of Justice, The Office for Civil Rights	Investigation, conciliation (ADR), litigation (individual and collective), appellate review, affirmative action, outreach, education, and technical assistance	Requirements of notification, data collection and reporting, publication of data, government mandated studies (e.g. Federal Glass, Ceiling Commission, Government Accounting Office, National Equal Pay Task Force), specific clauses required in government contracts	Requirements of notification, data collection and reporting, publication of data, government mandated studies (e.g. Federal Glass, Ceiling Commission, Government Accounting Office, National Equal Pay Task Force), specific clauses required in government contracts

France	Art. 3 du Préambule de la Constitution ; art. 1 al. 2 de la Constitution ; Code du travail (Titre II, du livre II de la troisième partie et Titre IV du livre 1 ^{er} de la première partie), Code pénal (art. 225-1 à 225-4)	Le Ministère du Travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, Le Ministère des droits des femmes et ses services (le CSEP et le Comité de pilotage national sur la question de l'égalité professionnelle, L'Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes, l'institution de placement et d'accompagnement de l'art. L5312-1 du CT, l'Inspection du Travail, le Défenseur des droits et la CLEF	Pouvoirs d'enquête, pouvoir de propositions de réforme, émission d'avis sur les projets de lois, procéder à des vérifications, entendre des personnes, pouvoir de saisir le juge, devoir de coopération, pouvoir de médiation, aider à la transaction, assistance des victimes, pouvoir de recommandation et d'injonction, guide	Établissement du RSC, plan d'action, négociation sur les salaires, sur les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle, sur les mesures de rattrapage et diagnostic des écarts	Mesures d'aide financière du CT (contrat pour l'égalité professionnelle, contrat pour la mixité professionnelle, convention d'étude), Rapports, chartes, label « égalité »
Grande Bretagne	Equality Act 2010 consolidates anti-discrimination legislation, including the Equal Pay Act 1970 which governed equal pay; supported by Equality Act 2006, establishing the Equality and Human Rights Commission	Equality and Human Rights Commission, a state-established agency - is uniquely vested with powers and duties to promote equality, including equal pay	Power to conduct inquiries and investigations; ability to impose action plans on employers or sectors; ability to support individuals bringing legal proceedings to enforce their right to equal pay; research, education and training function	Section 77 Equality Act 2010 renders unenforceable 'secrecy clauses' in employment contracts, thereby allowing employees to discuss respective salaries with colleagues without breaching contract	Equal Pay questionnaires can be issued to employers by their employees to help them decide whether to institute legal proceedings. Employers may prejudice their defence of such proceedings if they fail to respond fully. Section 78 Equality Act 2010 (not yet in force) will require employers with 250+ employees to report on pay of their staff according to gender.

					Employers are encouraged to promote equal pay by carrying out equal pay audits, with detailed instructions available from Equalities and Human Rights Commission on how to do so; Advisory, Conciliation and Arbitration Service also offers advice and training on avoiding discriminatory pay systems
Italie	Art. 37, comma 1, Cost. D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198	Presidente del Consiglio dei Ministri; Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici; Consiglieri di parità nazionale, regionali e provinciali; Comitati Unici di Garanzia	Poteri di vigilanza, propositivi e promozionali	Redazione, almeno biennale, da parte delle aziende pubbliche e private che occupano oltre cento dipendenti di un rapporto sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione, tra l'altro, allo stato della retribuzione effettivamente corrisposta (art. 46 D.Lgs n. 198 del 2006)	Specifiche previsioni disciplinano le azioni positive nelle pubbliche amministrazioni (art. 48 D.Lgs. 198/2006) e le azioni positive nel settore radiotelevisivo (art. 49 D.Lgs. 198/2006).
Luxembourg	Projet de loi n° 2392/3 du 10 juillet 1981 ; art. 11 ch. 2 Cst-LU ; art. L. 241ss du Code du travail ; Règlement grand – ducal du 10	L'Inspection du travail et des mines ; Le ministère de l'Egalité des chances ; L'Agence pour le développement de l'emploi	<u>L'Inspection du travail et des mines</u> : pouvoir d'enquête, pouvoir de contrainte et de donner des	Procédure à suivre pour entreprendre un projet d'action positive et existence d'un logiciel Logib-Lux	Aides étatiques sous conditions, divers projets tels que le Plan d'action national de l'égalité entre les hommes et les femmes 2009-2014 et le Guide pour l'égalité des salaires

	juillet 1974 ; art. 454ss du Code pénal luxembourgeois ; les conventions collectives		injonctions, fonction de médiation informelle, pouvoir d'ordonner des mesures d'urgence <u>Autres Institutions:</u> charger de la promotion de l'égalité salariale, pouvoir d'initier divers projets, pouvoir d'agir dans le chef des associations et syndicats		
Pays-Bas	Art. 1 Constitution ; The Equal Treatment Act 1994 ; Article 646 Civil Code ; The Equal Opportunities Act 1980.	The Human Rights Institute ;	Investigation including going to court, publishing of findings, make recommendations, provide advice, provide information and encourage and coordinate education, encourage research, international role for protecting human rights.	Taskforce 'Equal Payment that works'; All information and tools available at website of Ministry of Social Affairs and Employment and on www.loonwijzer.nl ; www.mensenrechten.nl ;	An illustrative research project of the (former) Equal Treatment Commission.
Suède	Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform	Diskriminierungsombudsman Gleichstellungsministerium	Diskriminierungsombudsman: Untersuchung,	Pflicht der Arbeitgeber zum Vornehmen einer geschlechterspezifischen	

	Diskrimineringslagen 2005:567 Lag 2008 :568 om Diskrimineringsombuds mannen	Delegation för jämställdhet i arbetslivet	Behandlung von individuellen Beschwerden, und deren Vertretung vor Gericht	Überprüfung der Löhne und zum Vorlegen eines Handlungsplans, je alle drei Jahre	
--	---	--	--	--	--

A. ALLEMAGNE

1. Allgemeine Übersicht über die aktiven staatlichen Massnahmen zur Förderung der Lohngleichheit

1.1. Allgemeines

Das deutsche Recht kennt **keine ausdrücklich auf die Gleichstellung von Männern und Frauen in der Entlohnung ausgerichteten Regelungen**.¹ Vielmehr wird der Anspruch auf Lohngleichheit aus dem **arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** hergeleitet, der auf Art. 157 AEUV² und den Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)³ beruht.⁴ Auch eine Ableitung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) wird vertreten.⁵ Inhaltlich wird er vom Gleichberechtigungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 Grundgesetz⁶ und vom Benachteiligungsgebot des Art. 3 Abs. 3 Grundgesetz⁷ geprägt.⁸

Als Ausprägung der **Fürsorgepflicht des Arbeitgebers** verbietet der Gleichbehandlungsgrundsatz die **willkürliche Schlechterstellung** einzelner Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern in ver-

¹ W. Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2012, § 19 Rn. 8.

² Art. 157 AEUV:

(1) Jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher.

(2) Unter "Entgelt" im Sinne dieses Artikels sind die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt. Gleichheit des Arbeitsentgelts ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bedeutet,

a) dass das Entgelt für eine gleiche nach Akkord bezahlte Arbeit aufgrund der gleichen Maßeinheit festgesetzt wird,

b) dass für eine nach Zeit bezahlte Arbeit das Entgelt bei gleichem Arbeitsplatz gleich ist.

(3) Das Europäische Parlament und der Rat beschließen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, einschließlich des Grundsatzes des gleichen Entgelts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit.

(4) Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.

³ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897), zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 66 Dienstrechtsneuordnungsg vom 5. 2. 2009 (BGBl. I S. 160).

⁴ G. Schaub & N. Gragert in p. Mes (Hrsg.), Beck'sches Prozessformularbuch, 11. Auflage, München 2010, IV. A. 16., Rn. 5.

⁵ B. Müller, Arbeitsrecht im Öffentlichen Dienst, 7. Auflage, München 2009, Rn. 737.

⁶ Art. 3 Abs. 2 GG: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“

⁷ Art. 3 Abs. 3 GG: „Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“

⁸ Siehe statt vieler: Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25.08.1982, Az.: 5 AZR 107/80, NJW 1983, S. 190f.

gleichbarer Lage. Seine Verletzung kann Ansprüche des Arbeitnehmers begründen.⁹ Diese können auf Gleichstellung des benachteiligten Arbeitnehmers mit den begünstigten Arbeitnehmern gerichtet sein, sofern keine andere Möglichkeit besteht, den Verstoss zu beseitigen.¹⁰ In Bezug auf die **Entlohnung** folgt aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, dass der Lohn nur nach der zu leistenden Arbeit ohne Rücksicht darauf bestimmt werden darf, ob sie von einem Mann oder einer Frau erbracht wird.¹¹

Für den öffentlichen Dienst gebietet das **Bundesgleichstellungsgesetz**¹² die Gleichstellung von Frauen und Männern sowie der Beseitigung bestehender und der Verhinderung künftiger Diskriminierungen wegen des Geschlechts. Nach Massgabe des Gesetzes werden Frauen gefördert, um bestehende Benachteiligungen abzubauen. Ziel des Gesetzes ist es auch, die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit für Frauen und Männer zu verbessern. Regelungen über die **Entgeltgleichheit** enthält das Gesetz **nicht**.

1.2. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz

Das AGG, das am 18. Juni 2006 in Kraft trat, zielt darauf ab, **Benachteiligungen** aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, **des Geschlechts**, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität im Arbeitsleben sowie im allgemeinen Zivilrechtsverkehr **zu verhindern und zu beseitigen**.¹³ Die arbeitsrechtlichen Regelungen finden sich im ersten, zweiten und vierten Abschnitt des AGG. Ihr **Normadressat** ist der **Arbeitgeber**, indirekt werden jedoch auch Vorgesetzte oder Kollegen einbezogen.¹⁴ Nach § 24 AGG gelten für Beamte, Richter und Zivildienstleistende die Regelungen des AGG unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung entsprechend.

Die arbeitsrechtlichen Regelungen des AGG dienen der **Umsetzung der EU-Richtlinien 2000/43/EG** zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft,¹⁵ **2007/78/EG** zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf¹⁶ und **2002/73/EG** zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen.¹⁷ Dies verpflichtet die Gerichte zur **richtlinienkonformen Auslegung** der Regelungen des AGG.¹⁸

⁹ B. Müller, Arbeitsrecht im Öffentlichen Dienst, op. cit., Rn. 735.

¹⁰ Siehe B. Müller, Arbeitsrecht im Öffentlichen Dienst, op. cit., Rn. 735; Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 20.07.1993, Az. 3 AZR 52/93, NZA 1994 S. 125, 126; Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 06.10.1993, Az.: 10 AZR 450/92, NZA 1994 S. 257f.

¹¹ Ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, siehe statt vieler Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25.08.1982, Az.: 5 AZR 107/80, NJW 1983, S. 190f mit weiteren Nachweisen.

¹² Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Gerichten des Bundes (Bundesgleichstellungsgesetz - BGleG) vom 30. November 2001 (BGBl. I S. 3234), zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 54 Dienstrechtsneuordnungsg vom 5. 2. 2009 (BGBl. I S. 160).

¹³ § 1 AGG.

¹⁴ Den Vorgesetzten oder Kollegen gegenüber entstehen jedoch keine Ansprüche des Betroffenen, es werden lediglich Sanktionen des Arbeitgebers gegen den benachteiligenden Arbeitnehmer sowie Regressansprüche ermöglicht, siehe Bauer/Göpfert/Krieger, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2011, Einleitung Rn. 3.

¹⁵ ABIEG 2000 L 180, S. 22.

¹⁶ ABIEG 2000 L 303, S. 16.

¹⁷ ABIEG 2002 L 269, S. 15.

¹⁸ Bauer/Göpfert/Krieger, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, op. cit., Einleitung Rn. 45.

Der **sachliche Anwendungsbereich** des Gesetzes (§ 2 AGG) umfasst neben den Bedingungen, einschliesslich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit, und den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung einschliesslich der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung sowie der praktischen Berufserfahrung u.a. auch die **Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschliesslich Arbeitsentgelt** und Entlassungsbedingungen, insbesondere in individual- und kollektivrechtlichen Vereinbarungen und Massnahmen bei der Durchführung und Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses sowie beim beruflichen Aufstieg (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG).

Nach dem zentralen **Benachteiligungsverbot** des § 7 AGG, welches die Benachteiligung aus einem der oben genannten Gründe ausdrücklich verbietet, sind Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des Abs. 1 verstossen, **unwirksam**. Die Regelung bestimmt des Weiteren, dass eine Benachteiligung nach dieser Vorschrift durch den Arbeitgeber oder Beschäftigte eine **Verletzung vertraglicher Pflichten** darstellt.¹⁹

1.3. Antidiskriminierungsstelle des Bundes

Nach § 25 AGG wurde im Jahr 2006 beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend eine Stelle des Bundes zum Schutz vor Benachteiligungen nach § 1 AGG (**Antidiskriminierungsstelle des Bundes - ADS**) errichtet. Die ADS ist eine unabhängige Anlaufstelle für Menschen, die von Diskriminierung betroffen sind. Die Aufgaben der ADS entsprechen den EU-Gleichbehandlungsrichtlinien.²⁰ Einzelheiten zu den Aufgaben und Befugnissen der ADS finden sich im Folgenden unter Ziffer 2.

1.4. Reformvorhaben

Die SPD-Fraktion hat im Mai 2012 einen Entwurf eines Gesetzes zur Durchsetzung des Entgeltgleichheitsgebotes beim deutschen Bundestag beantragt. Die SPD hatte zum Ziel einen verbindlichen Rahmen für die Prüfung und Beseitigung von Entgeltdiskriminierung seitens der entgeltpolitisch verantwortlichen Akteure zu schaffen. Dieser Entwurf wurde am 13.03.2013 vom Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Bundestages abgelehnt²¹.

2. Institutionen

Es existiert in Deutschland **keine** staatliche Stelle, die sich explizit mit der Gleichbehandlung der Geschlechter am Arbeitsplatz oder insbesondere mit der gleichen Entlohnung befasst. Anlaufstelle ist vielmehr die unter Ziffer 1.3. erwähnte **Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS)**.

Die ADS ist **Ansprechpartner** für alle, die befürchten, wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt worden zu sein (§ 27 Abs. 1 AGG). Diese Personen erhalten von der Antidiskriminierungsstelle unabhängige Unterstützung bei der Durchsetzung ihrer Rechte zum Schutz vor Benachteiligungen. Dies umfasst insbesondere die **Information über Möglichkeiten** des rechtlichen Vorgehens im Rahmen gesetzlicher Regelungen zum Schutz vor Benachteiligungen, die **Vermittlung von Beratung** durch andere Stellen und das Anstreben einer **gütlichen Einigung** zwischen den Beteiligten (§ 27

¹⁹ Zu den einzelnen Anspruchsgrundlagen des AGG siehe im Folgenden unter Ziffer 2. b.

²⁰ Siehe die Homepage der Antidiskriminierungsstelle des Bundes unter http://www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/UeberUns/ueberUns_node.html;jsessionid=AB6DA0C1B1C644E40FEDD33E7FD88584.2_cid332 (12.12.2012).

²¹ http://www.bundestag.de/presse/hib/2013_03/2013_138/04.html

Abs. 2 AGG). Des Weiteren betreibt die Antidiskriminierungsstelle Öffentlichkeitsarbeit, trifft **Massnahmen zur Verhinderung** von Benachteiligungen aus den in § 1 AGG genannten Gründen, und führt wissenschaftliche Untersuchungen zu diesen Benachteiligungen durch (§ 27 Abs. 3 AGG).

Diese Befugnisse der ADS werden im Gesetz **nicht weiter erläutert**. Auch von der Kommentierung des § 27 AGG wurde in der überwiegenden Mehrheit der uns vorliegenden Literatur zum AGG abgesehen. Lediglich der Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 8. Juni 2006²² enthält einige weitergehende Informationen, die im Folgenden unter lit. a. und den jeweiligen Unterpunkten aufgeführt sind.

Daneben sind die sog. **Antidiskriminierungsverbände** (Personenzusammenschlüsse, die nicht gewerbsmässig und nicht nur vorübergehend entsprechend ihrer Satzung die besonderen Interessen von benachteiligten Personen oder Personengruppen nach Massgabe des § 1 AGG wahrnehmen) nach § 23 AGG befugt, im Rahmen ihres Satzungszwecks in gerichtlichen Verfahren als Beistände Benachteiligter in Verhandlungen aufzutreten²³ und die Rechtsangelegenheiten Benachteiligter zu besorgen. Hierbei handelt es sich jedoch **nicht um staatliche Stellen**.

a. Untersuchungsbefugnisse und Zusammenarbeitspflicht

Die ADS ist nach § 27 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 AGG befugt, eine **gütliche Einigung** zwischen den Beteiligten anzustreben. Dies setzt die **Bereitschaft** aller Beteiligten voraus. Mit der Option einer einvernehmlichen Konfliktbereinigung soll den Interessen der Beteiligten an einer schnellen konkreten und praktischen Verbesserung der Situation Rechnung getragen werden. Ob und inwieweit die ADS von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, hängt von den Umständen des Einzelfalls und insbesondere vom Ausmass der Dialog- und Kooperationsbereitschaft ab.²⁴

Im Rahmen dieser „**Ombudsfunktion**“ ist die ADS nach § 28 Abs. 1 AGG befugt, die Beteiligten um Stellungnahmen zu **ersuchen**, wenn sich die Person, die die ADS angerufen hat, hiermit einverstanden erklärt. Eine Pflicht zur Stellungnahme besteht jedoch nicht.²⁵ Im Verhältnis zu **anderen Behörden und öffentlichen Stellen** steht der ADS jedoch nach § 28 Abs. 2 AGG ein **Anspruch** auf Unterstützung bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu. Dies umfasst insbesondere, jedoch nicht ausschliesslich, statistische Auskünfte. Die Bestimmungen zum Schutz personenbezogener Daten bleiben von dem Auskunftsrecht jedoch unberührt.²⁶

Angaben über die Durchführung der einvernehmlichen Konfliktbereinigung im Einzelnen werden nicht gemacht.

b. Möglichkeit an das Gericht zu gelangen

Die ADS ist **nicht ermächtigt**, die Gerichte anzurufen.

²² Gesetzesentwurf der Bundesregierung, „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung“, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/1780 vom 08.06.2012, online abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/017/1601780.pdf> (10.12.2012).

²³ Die Vorschriften der Verfahrensordnungen, insbesondere diejenigen, nach denen Beiständen weiterer Vortrag untersagt werden kann, bleiben unberührt (§ 23 Abs. 2 S. 2 AGG).

²⁴ BT-Drucksache 16/1780, op. cit., S. 50.

²⁵ Bauer/Göpfert/Krieger, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, op. cit., §§ 25 - 30 Rn. 19.

²⁶ Bauer/Göpfert/Krieger, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, op. cit., §§ 25 - 30 Rn. 20.

c. Andere Befugnisse und Rechte

Wie bereits erwähnt sind zu den weiteren Befugnissen der ADS, insbesondere nach § 27 AGG, **kaum weiterführende Informationen** vorhanden. Die folgenden Darstellungen geben hauptsächlich die Erläuterungen wieder, die dem **Gesetzesentwurf** der Bundesregierung vom 8. Juni 2006 zu entnehmen sind.

Information über Ansprüche und Möglichkeiten des rechtlichen Vorgehens:

Die ADS übt eine **Unterstützungsfunktion** für Personen aus, die sich nach § 1 AGG benachteiligt fühlen. Darunter ist die allgemeine und umfassende Information über etwaige Ansprüche und Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung zu verstehen.²⁷ Eine formale Rechtsberatung findet jedoch nicht statt.²⁸

Vermittlung der Beratung durch andere Stellen:

Damit soll gewährleistet werden, dass die ADS den Personen, die sich an sie gewandt haben, über die oben genannten allgemeinen Informationen hinaus **gezielte** und gegebenenfalls auch **einzelfallbezogene Beratung** zugänglich machen kann.²⁹

Öffentlichkeitsarbeit:

Hierbei handelt es sich primär um die **Bekanntmachung** der ADS selbst sowie die Information über ihre Aufgaben und Tätigkeit, die Rechte der Betroffenen und deren Durchsetzungsmöglichkeiten.³⁰

Massnahmen zur Verhinderung von Benachteiligungen:

Ziel ist die **Prävention** von Diskriminierungen. Der Gesetzesentwurf nennt als Beispiel für derartige Massnahmen lediglich das Angebot und die Durchführung einschlägiger **Fortbildungen** in Betrieben durch die ADS.³¹

Durchführung wissenschaftlicher Studien zu Benachteiligungen:

Diese müssen nicht durch die ADS selbst erstellt werden, sondern können an **Dritte** (z.B. wissenschaftliche Einrichtungen) vergeben werden.³²

Berichterstattung:

Die ADS legt dem deutschen Bundestag alle vier Jahre **Berichte** über Benachteiligungen aus den in § 1 AGG genannten Gründen vor und gibt Empfehlungen zur Beseitigung und Vermeidung dieser Benachteiligungen ab.³³

²⁷ BT-Drucksache 16/1780, op. cit., S. 50.

²⁸ H. Ernst, A. Bauernroth u. A., Nomos Kommentar Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 1. Auflage 2012, § 27 Rn. 3.

²⁹ BT-Drucksache 16/1780, op. cit., S. 50.

³⁰ BT-Drucksache 16/1780, op. cit., S. 51.

³¹ BT-Drucksache 16/1780, op. cit., S. 51.

³² BT-Drucksache 16/1780, op. cit., S. 51.

³³ Der erste Gleichstellungsbericht „Neue Wege-Gleiche Chancen - Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf“ vom 16.06.2011 mit dem Gutachten der Sachverständigenkommission sowie der Stellungnahme der Bundesregierung zum Gutachten der Sachverständigenkommission kann unter http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Erster_Gleichstellungsbericht-Neue-Wege-Gleiche-Chancen,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf (11.12.2012) heruntergeladen werden.

3. Massnahmen zur Förderung der Lohntransparenz

Das Bundesfamilienministerium bietet Unternehmen das Computerprogramm **Logib-D**³⁴ ("Lohnungleichheit im Betrieb - Deutschland") an, um **verdeckte Entgeltunterschiede** zwischen Frauen und Männern in Unternehmen zu identifizieren und die Ursachen für diese gezielt zu überprüfen³⁵. Das Programm kann die Höhe des durchschnittlichen Unterschieds der Monatsgehälter weiblicher und männlicher Beschäftigter für den Betrieb insgesamt und für einzelne Standorte ermitteln. Gleichzeitig kann es verschiedene Einflussfaktoren und Ursachen dieses Unterschieds analysieren, die Ansatzpunkte für Veränderungsmöglichkeiten bieten.³⁶

Darüber hinaus wird in den Jahren 2010 bis 2012 insgesamt 200 Unternehmen ein kostenloses **Beratungspaket** zur Verfügung gestellt. Nach erfolgreicher Teilnahme an der Logib-D Beratung wird den Unternehmen das **Label "Logib-D geprüft"** durch das Bundesfamilienministerium verliehen.³⁷

4. Weitere Massnahmen zur Förderung der Lohngleichheit

Gesetzliche Regelungen, die der Verhinderung der Benachteiligung am Arbeitsplatz dienen, finden sich im **AGG**. Von den Regelungen des AGG darf nicht zu Ungunsten der geschützten Personen abgewichen werden (§ 31 AGG). Das AGG sieht jedoch keine aktiven Massnahmen des Staates vor, sondern lediglich die Pflicht des Arbeitgebers, erforderliche Massnahmen zum Schutz vor Benachteiligung gewisser Personen zu vermeiden, die Unwirksamkeit von Vereinbarungen die gegen das Benachteiligungsverbot verstossen und entsprechende Rechte des Arbeitnehmers.³⁸

Das Bundesfamilienministerium unterstützt seit dem Jahr 2008 den „**Equal Pay Day**“, den internationalen Aktionstag für Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen.³⁹ Dieser wurde im Jahr 2008 auf Initiative der Business and Professional Women (BPW) Germany nach US-amerikanischem Vorbild erstmals in Deutschland durchgeführt. Im Jahr 2009 formierte sich auf Initiative des BPW Germany ein **nationales Aktionsbündnis** bestehend aus der Bundesarbeitsgemeinschaft der kommunalen Frauenbüros und Gleichstellungsstellen (BAG), der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA), dem Deutschen Frauenrat (DF) und dem Verband deutscher Unternehmerinnen (VdU). Um die Initiative des Equal Pay Day über den Aktionstag hinaus durch ein ganzjähriges Engagement zu stärken, öffneten im September 2011 die **Bundesgeschäftsstelle Entgeltgleichheit** und das **Forum Equal Pay Day** ihre Pforten. Die Bundesgeschäftsstelle Entgeltgleichheit soll Leitfäden für Veranstaltungen, Werbemittel und Informationsmaterial zum Thema Entgeltgleichheit bereitstellen. Das Forum Equal Pay Day ergänzt den Aktionstag durch ganzjährige Informations-

³⁴ Siehe den Internetseite von Logib-D, (Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend), online verfügbar unter http://www.logib-d.de/DE/01_Home/home_node.html (12.12.2012).

³⁵ Das Bundesfamilienministerium stellt für 200 interessierte Unternehmen in den Jahren 2010 bis 2012 kostenlos eine vertrauliche standardisierte Vergütungsberatung auf Basis von Logib-D zur Verfügung.

³⁶ „Entgeltungleichheit“, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, online verfügbar unter <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=88096.html> (12.12.2012).

³⁷ „Beratungspaket: Logib-D“, den Internetseite von Logib-D, online verfügbar unter http://www.logib-d.de/DE/04_Beratung/Logib-D%20Beratung_node.html (12.12.2012).

³⁸ Das AGG enthält jedoch kein allgemeines Willkürverbot. Eine Differenzierung nach anderen unsachlichen Motiven (z.B. Aussehen) verbietet es nicht, soweit kein Bezug zu den Merkmalen des § 1 AGG vorliegt. Vgl. A. Schleusener, J. Suckow und B. Voigt, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2. Auflage, Neuwied 2008, § 7 Rn. 2; s. zur Verpflichtung des AGG für Tarifvertragsparteien: Bauer/Göpfert/Krieger, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, op. cit., § 17 Rn. 8.

³⁹ „Entgeltungleichheit“, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, online verfügbar unter <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=88096.html> (12.12.2012).

veranstaltungen für Unterstützer, Multiplikatoren und Sponsoren. Dabei wird jedes Jahr ein neuer thematischer Schwerpunkt festgelegt, zu dem passende Partner eingebunden werden.⁴⁰

⁴⁰ Siehe „Hintergrundinformationen zum Equal Pay Day“, online verfügbar unter <http://www.equalpayday.de/fileadmin/epd/Dokumente/Allgemein/Hintergrundinformation.pdf> (11.12.2012).

B. AUSTRALIE

1. General Overview of State Measures to Promote Equality of Salaries

1.1. Introduction

In November 2012, the national **gender wage gap (GWG)** in Australia – namely, the difference between the average of all female and male earnings expressed as a percentage of male earnings, stood at **17.6 per cent**. Despite considerable progress in the decades following recognition of the principle of equal pay for equal work (see below), statistics show that over the past 18 years, the GWG has in fact increased by 1.3 percentage points. The picture varies across Australia's states/territories, with Tasmania, for example, having a GWG of only 8.9 per cent, compared to Western Australia, where the GWG is 26.4 per cent.⁴¹

The first **federal pay award** in 1969⁴² established the principle of equal pay for equal work, and in 1972, the second federal equal pay award⁴³ expanded the 1969 principle to equal pay for *work of equal value*.⁴⁴ As a party to a number of international treaties, including Conventions of the International Labour Organisation, Australia is required to implement and report on obligations in relation to pay equity. It is these treaties which constitute the main source of Australia's legislative framework today.

Australia's international legal obligations apply to each constituent unit (i.e., its States and Territories) of the **Federal State (known as the Commonwealth)**, which has responsibility for ensuring that Australia implements its international legal obligations. It is therefore open to the **Commonwealth to develop comprehensive federal pay equity law**, relying on Australia's internationally binding legal pay equity obligations under various ILO and UN Treaties.

It should be noted however, that the regulation of **industrial relations is a power shared between the Commonwealth and States**, with the Australian Constitution providing a relatively limited head of power for the Commonwealth to make laws for the 'conciliation and arbitration' of 'interstate disputes' over 'industrial matters', thus leaving the bulk of industrial relations within the legislative competence of the States.⁴⁵ In the absence of a comprehensive referral of power by a State to the Commonwealth, industrial relations law remains a complex mix of Commonwealth and State law.

Nevertheless, there is at the federal level, an established framework of measures designed to promote equal pay between men and women in Australia. It is this which will form the main focus of the research.

⁴¹ Statistics produced by Workplace Gender Equality Agency, Gender pay gap statistics (February 2013), available at <http://www.wgea.gov.au/sites/default/files/2013-02-Gender%20pay%20gap%20statistics.pdf> (20.03.2013).

⁴² 'Equal Pay Test Case', Commonwealth Conciliation and Arbitration Commission (1969) 127 CAR 1142.

⁴³ 'National Wage and Equal Pay Case' (1972) 147 CAR 172.

⁴⁴ Consistent with the International Labour Organisation's (ILO) Equal Remuneration Convention 100. This Convention, ratified by Australia in 1974, contains equal remuneration provisions which are incorporated into domestic legislation on workplace relations and discrimination.

⁴⁵ Section 51, Constitution of Australia. Australia has six States, and a number of territories. The States are: New South Wales, Victoria, South Australia, Western Australia, Queensland and Tasmania. 'Territories' include the Australian Capital Territory (where the Federal Capital, Canberra, is located), the Northern Territory and various islands.

There are a number of pieces of legislation and government agencies and offices which can be said to govern and promote equal pay in Australia. While informal arrangements exist between these bodies, there is **currently no institutional relationship** between the bodies whose responsibilities can include the promotion of equal pay in Australia: namely, the **Fair Work Commission** (and Fair Work Ombudsman), the **Workplace Gender Equality Agency** and the **Australian Human Rights Commission** (see section 2 below). Although each are tasked with an educative and research role in employment equity, there is occasional overlap in terms of the powers each organisation has in promoting systemic action to address pay inequality and in addressing individual or specific complaints.

Insofar as policy is concerned, the **Office for Women** plays a key role in the promotion of equal employment opportunity for women. Located within the Federal Government's Department of Families, Housing, Community Services and Indigenous Affairs (FaHCSIA), its role is to influence policy and decision-making to ensure women's interests are considered and to act as the central source of advice for Government agencies on policies and programs for Australian women.⁴⁶ It recently led the review of the Equal Opportunity for Women in the Workplace Act and Agency, which had primary responsibility for supporting and improving gender equality in Australian workplaces (see section 1.2.2. below).

It is the **Minister for the Status of Women** who is responsible for legislation regulating the promotion of equal pay.

1.2. Legislation

There are a number of legislative arrangements providing the framework of active measures by the Commonwealth for promoting equal pay.

1.2.1. 'Fair Work'

The **Fair Work Act 2009 (FWA 2009)**⁴⁷ came into force in July 2009 and provides a range of support and protections for women in the workplace, principally in the form of anti-discrimination provisions. It is estimated that the FWA 2009 covers approximately 85% of Australian employees owing to complex arrangements which have allowed Australian states and territories to opt in to the national system rather than their own state system where workplace relations are concerned.⁴⁸ The operation of Commonwealth, State and Territory anti-discrimination laws is therefore preserved.

The FWA 2009 expands on previous protections against workplace discrimination and covers a person's sex, marital status, family or carers' responsibilities and pregnancy, race, colour, age, physical or mental disability, religion, political opinion, national extraction and social origin ('protected attributes'). It prohibits covered employers from taking 'adverse action' against existing or prospective covered employees because of a protected attribute. 'Adverse action' covers a wider range of actions, touching upon terms and conditions of employment, operation of work policies, training, access to promotions and other benefits associated with employment. There is overlap between the concept of 'adverse action' and the 'discrimination in work' provisions of the Sex Discrimination Act 1984 (see this section below).

⁴⁶ See Office for Women webpages at <http://www.fahcsia.gov.au/our-responsibilities/women/overview/office-for-women> (20.03.2013).

⁴⁷ Note that all legislation referred to can be viewed on the Australian Government's legislation web pages, available at <http://www.comlaw.gov.au/> (22.03.2013).

⁴⁸ Explanatory Memorandum, Fair Work Bill 2008 (Cth), r 7, p. V.

It is **here that equal remuneration principles are established in statute**, and that provision is made for their enforcement by the **Fair Work Commission**⁴⁹ (see section 2 below), the government agency and national workplace relations tribunal holding various functions, including the making of orders to ensure equal remuneration for men and women workers for work of equal or comparable value.⁵⁰ 'Equal remuneration orders' can be sought on the application of an affected employee, an employee organisation representing affected employees or the Sex Discrimination Commissioner (see section 2.c. below).

The first and only reported example of an Equal Remuneration Order shows that their impact can be significant: in 2012, the Fair Work Commission issued an Equal Remuneration Order confirming that employees in the Social and Community Services sector *"are generally remunerated at a level below that of employees of State and local governments who perform similar work,"* and that disparity was partly due to gender. Following negotiations on the basis for and size of the remedy for the Equal Remuneration Order, it determined that pay rates for certain grades of employee in the sector be increased by between 19 and 41 per cent.⁵¹

The FWA 2009 also creates the office of the **Fair Work Ombudsman (FWO)**⁵² (see section 2 below), a statutory office independent of the Government, which appoints Fair Work inspectors to assist employers, employees and organisations comply with the workplace relations laws.⁵³ Among its various functions, the FWO has extensive systemic **powers of enforcement**, such as inquiring into and investigating practices contrary to the FWA 2009 and commencing proceedings or making applications to enforce workplace laws, including in connection with equal pay. It also has the ability to investigate individual complaints concerning gender equality, and may represent workers who are, or might become a party to proceedings.

1.2.2. Workplace Gender Equality

The **Workplace Gender Equality Act 2012 (WGEA 2012)** is the most recent legislative development in the field of equal pay in Australia. Replacing the Equal Opportunity for Women in the Workplace Act 1999, this legislation is **specifically designed to promote and improve gender equality** in the workplace, and redefines the remit of the Agency tasked with implementing its objectives. Formerly known as The Equal Opportunity for Women in the Workplace Agency, the **Workplace Gender Equality Agency (WGE Agency)**⁵⁴ focuses on the **systemic action** needed to bring about gender equality. One of the stated principal objects of the WGE Act 2012 is to, *"promote and improve gender equality (including equal remuneration between women and men) in employment and in the workplace."*⁵⁵

In administering the WGE Act 2012, a key responsibility of the WGE Agency is to review the compliance of large employers with their **annual gender equality reporting requirements**. The period 2012-2013 represents a transition period, and all non-public sector employers with 100 or

⁴⁹ Fair Work Commission website available at <http://www.fwc.gov.au/index.cfm?pagename=aboutrole> (23.03.2013).

⁵⁰ Section 302(1) FWA 2009.

⁵¹ See FaHCSIA report available at <http://www.fahcsia.gov.au/our-responsibilities/communities-and-vulnerable-people/grants-funding/fair-pay-for-social-and-community-services-workers> (22.03.2013).

⁵² Fair Work Ombudsman website available at <http://www.fairwork.gov.au/about-us/our-role/pages/default.aspx> (23.03.2013).

⁵³ Section 681 FWA 2009.

⁵⁴ WGE Agency website available at www.wgea.gov.au (22.03.2013).

⁵⁵ Section 2A WGE Act 2012.

more employees ('relevant employers') are required to report annually by providing a workplace profile (minus salary data) detailing the number of full and part time staff and their gender at different levels of the organisation's hierarchy. From 2013-2014 onwards, relevant employers will be required to report against a set of six standardised gender equality indicators (GEIs), including GEI 3: equal remuneration between men and women. This indicator enables the collection of aggregate information about remuneration of men and women performing the same or comparable tasks within and across occupations and industries. Although reports are publicly available, the confidentiality of remuneration information will be ensured and is provided for in the WGE Act 2012.⁵⁶

Under the WGE Act 2012, the relevant Government Minister is tasked with setting 'minimum standards' after consultation with the WGE Agency and other stakeholders set to apply from the 2014-15 reporting period. '**Minimum standards**' are described as representing the standards needed to improve gender equality outcomes over time. They may relate to quantitative outcomes, or evidence of actions taken that are aimed at improving quantitative outcomes. They will be evidence-based, achievable and set by the Minister in a legislative instrument in relation to specified GEIs, specified relevant employers and specified reporting periods. As this is prospective, there is currently no further detail on what form 'minimum standards' might take.

From the 2014-15 period, if a relevant employer submits a report that does not meet a minimum standard, and does not improve against it by the end of two further reporting period, it may be non-compliant. The WGE Agency has a duty to offer relevant employers additional advice and assistance to improve performance where they have not met a minimum standard. Where an employer fails to comply, the WGE Agency may name them in a report to the relevant Minister, and **non-compliant employers** may not be eligible to tender for contracts and other financial assistance (see section 2.a. below for further details).

1.2.3. Sex Discrimination

Alongside these measures, it should also be noted that the **Sex Discrimination Act 1984 (SDA 1984)** provides the main facility at the federal level by which **women may raise individual complaints of sex discrimination** to the Australian Human Rights Commission (see below and section 2.a.), including in connection with their terms and conditions of employment. It makes it unlawful to discriminate on the basis of sex, marital status, pregnancy or potential pregnancy or family responsibilities; it applies in all prescribed areas of public life, including goods and services, education, accommodation, land, clubs as well as employment. As pointed out above, there is an overlap between the concept of 'adverse action' and the discrimination provisions of the SDA 1984.

The SDA 1984, however, makes no provision for a general positive duty on employers or other bodies to prevent discrimination or promote gender equality, and, unlike 'Fair Work' and 'Workplace Gender Equality', is not aimed at challenging systemic discrimination as such. While it does permit complaints to be made on a representative basis, case law requires common questions of law and fact to all members of the class and similar allegations of discrimination across all members of the class. Combatting systemic discrimination, such as that seen in pay inequity, is considered by many to be beyond the resources of an individual complainant in a single claim.⁵⁷ It is understood that the SDA 1984 is therefore rarely relied on to make claims of unequal pay.⁵⁸

⁵⁶ Section 14 WGE Act 2012.

⁵⁷ See for example, Australian Council of Trade Unions (ACTU) submission to Senate Legal and Constitutional Affairs Committee, Inquiry into the effectiveness of the *Commonwealth Sex Discrimination Act 1984* in eliminating discrimination and promoting gender equality (August 2008), paras 1.13-1.16 available at

The **Australian Human Rights Commission (AHRC)**⁵⁹ which hears complaints of sex discrimination is an independent statutory organisation established in 1986 by the **Australian Human Rights Commission Act 1986 (AHRC Act 1986)** – see section 2 below. It is here that complaints of sex discrimination, potentially including equal pay, are first attempted to be conciliated or otherwise resolved. If they cannot be, the complainant may apply to the Federal Court or the Federal Magistrates Court for a legally enforceable determination.⁶⁰ The AHRC is not a court itself however, and it is not its role to determine that discrimination has happened.

A member of the AHRC is the **Sex Discrimination Commissioner**, a statutory office created under the SDA 1984⁶¹ who has a range of functions (see section 2 below). These include promoting and understanding acceptance of, and compliance with, the SDA 1984, conducting research and education and other programs on behalf of the Commonwealth, examining laws and proposed laws, preparing non-legally binding guidelines and intervening in court proceedings,⁶² with leave of the Court.

2. Institutions

As discussed above, there are three main institutions at the federal level in Australia with duties (express or potential) in the field of equal pay:

- (i) The Fair Work Commission (and Fair Work Ombudsman);
- (ii) The Workplace Gender Equality Agency;
- (iii) The Australian Human Rights Commission (and Sex Discrimination Commissioner).

All of these institutions have a broader remit than to simply promote equal pay, and each has specific functions which can be said to promote equal pay in a different way. Each institution, and their responsibilities which impact on equal pay, is addressed in turn below.

a. Investigative powers and duty to cooperate

(i) *The Fair Work Commission and Fair Work Ombudsman*

Under the Fair Work Act 2009 (**FWA 2009**), the Fair Work Commission (**FWC**) and Fair Work Ombudsman (**FWO**) are provided with powers to investigate breaches of the FWA 2009.

The Fair Work Commission is the independent **national workplace relations tribunal** and hears workplace related matters initiated by individuals or organisations, making decisions about specific cases, including in the field of equal pay. Part 2-7 of the FWA 2009 allows the Fair Work Commission to make orders to ensure that there will be equal remuneration for men and women workers for

<http://www.actu.org.au/Images/Dynamic/attachments/6087/ACTU%20submission%20on%20Sex%20Discrimination%2019.08.08.pdf> (25.03.2013).

⁵⁸ See for example, B. Gaze, *The Sex Discrimination Act at 25: Reflections on the Past, Present and Future*, in M. Thornton (Ed.), *Sex Discrimination in Uncertain Times*, The Australia National University Press 2010, pp. 108-109.

⁵⁹ Australian Human Rights Commission, relevant web pages available at http://www.humanrights.gov.au/sex_discrimination/index.html (23.03.13).

⁶⁰ Section 46PO, AHRC Act 1986.

⁶¹ Section 96 SDA 1984.

⁶² Section 46PV AHRC Act 1986.

work of equal or comparable value. Such an **Equal Remuneration Order** may be made on the application of:⁶³

- an employee to whom the order will apply;
- an employee organisation that is entitled to represent the industrial interests of an employee to whom the order will apply;
- the Sex Discrimination Commissioner (see above).

In being vested with this particular function, the FWC has the following powers to inform itself in relation to such an application, in such manner as it considers appropriate:⁶⁴

- by requiring a person to attend before the FWC;
- by inviting oral or written submissions;
- by requiring a person to provide copies of documents or records or to provide any other information;
- by taking evidence under oath or affirmation in accordance with regulations;
- by requiring an FWC Member or a Full Bench to prepare a report;
- by conducting inquiries;
- by undertaking or commissioning research;
- by conducting a conference; or
- by holding a hearing.

These **powers of inquiry and investigation** are enforced through the **application of criminal offences for non-compliance**, being a failure to attend without reasonable excuse, and a failure to answer a question or produce a document following a requirement to do so. The decision whether to prosecute an offence lies ultimately with the Commonwealth Director of Public Prosecutions. The penalty, where found guilty of such offences, is described as “*imprisonment for 6 months*”.⁶⁵

The Fair Work Ombudsman on the other hand, is an independent statutory agency with extensive systemic powers of enforcement and a specific remit to investigate suspected breaches of people’s workplace rights.⁶⁶ The FWO appoints accredited ‘**Fair Work Inspectors**’ who are **empowered to investigate possible breaches of workplace laws and to require compliance with them**. They do not act on behalf of either employees or employers and are impartial in their investigations (although, they may represent employees in court action – see below). Investigations may be launched of the FWO’s own volition (possibly following, for example, media coverage or matters raised by members of parliament), or in response to specific allegations of a breach of workplace relations legislation.

Investigatory powers of Fair Work Inspectors are as follows:

⁶³ Section 302(3)(a)-(c) FWA 2009.

⁶⁴ Section 590 FWA 2009.

⁶⁵ See section 677 FWA 2009.

⁶⁶ For detailed information on the processes that the FWO may follow in conducting an investigation, see the FWO’s Guidance Note on Investigation Process of the FWO (2nd ed.) (December 2011), available at <http://www.fairwork.gov.au/fwoguidancenotes/GN-8-FWO-Investigative-Process.pdf> (28.03.2013).

- to enter premises if it is reasonably believed that there are records or documents relevant to compliance purposes;⁶⁷
- to inspect any work, process or object;
- to interview any person;
- to require a person to produce or provide access to a record or document within a specified period;
- to inspect and make copies of any record or document and to take samples of any goods or substances in accordance with prescribed regulations.⁶⁸

Compliance with the terms of Equal Remuneration Orders may also be examined by way of these investigatory powers. These powers may be exercised where an inspector has reasonable belief that such an order or any term of it has been contravened.⁶⁹

The **duty to cooperate** can be said to be provided for through the power of an inspector to require persons to produce records or documents; this power is specifically identified as a ‘civil remedy provision’ where the failure of a person to comply with it can lead to an inspector applying for an Order from a Court (i.e., not criminal liability but civil penalty liability). Failure to comply with such an Order by a body corporate may result in a **fine** of up to 150 ‘penalty units’ (AUS\$25,500), or, for an individual, 30 ‘penalty units’ (AUS\$5,100).⁷⁰ As of 2013, a penalty unit under Commonwealth law is set at AUS\$170.⁷¹

This pecuniary penalty can be accompanied by an Order granting an **injunction** or interim injunction to prevent, stop or remedy the effects of a contravention or an order awarding **compensation** for loss that a person has suffered because of that contravention.⁷²

It should be mentioned that although none of the *other* investigatory powers listed above are identified as enforceable ‘civil remedy provisions’, an employer already issued with an Equal Remuneration Order faces an additional risk by refusing to cooperate. A failure to cooperate in connection with any of these other powers of an inspector where already subject to an Equal Remuneration Order could lead to a suspicion that a term of the Order is being contravened by the employer. In such a case, an inspector who has a reasonable belief that there is a contravention of the Order is entitled to issue a notice requiring that specified action be taken to remedy the effects of the contravention or to produce reasonable evidence of compliance with the notice.⁷³ A failure to comply with such a notice would entitle the inspector to apply to a Court for an Order to apply a pecuniary civil penalty and/or an injunction (see 2.b. below).⁷⁴

⁶⁷ Section 708(1) FWA 2009.

⁶⁸ Sections 709 and 712 FWA 2009.

⁶⁹ Section 706(2) FWA 2009.

⁷⁰ Section 546(2) FWA 2009.

⁷¹ Section 4AA (1) Crimes Act 1914.

⁷² Section 545(2) FWA 2009.

⁷³ Section 716 FWA 2009.

⁷⁴ Section 716(5) FWA 2009.

(ii) The Workplace Gender Equality Agency

As the body with responsibility for securing annual workplace profile reports from large employers, the Workplace Gender Equality Agency (**WGE Agency**) is specifically tasked with inquiring into, among other things, the gender make-up of large employers (see section 1 above). From 2013-14, relevant employers will be required to report against a set of standardised Gender Equality Indicators (GEIs) and this will include providing information on the remuneration of staff according to gender. From the 2014-15 reporting period, relevant employers will be subjected to 'minimum standards' set by the relevant Government Minister.

In reviewing a relevant employer's compliance with the WGE Act 2012, the WGE Agency may seek further information from the employer.⁷⁵ The WGE Agency does not however employ agents vested with investigatory powers but instead has a **power to require the provision of information**. According to the 'outline' in the Act, it may also conduct reviews on a random basis. It can take into account comments made to it by employees or employee organisations when determining if a review is to be conducted. Such information must be requested by written notice and relate to the employer's compliance with the Act or to the employer's performance against minimum standards.⁷⁶

The **consequences for an employer of non-compliance** with a request for information or a failure to comply with reporting requirements are limited. Section 19D WGE Act 2012 explains that if a relevant employer, without reasonable excuse, fails to comply with the Act, including by failing to provide requested information, the WGE Agency, may, following prior notice to the employer, name the employer in its annual report to the relevant Government Minister or in the press (for example in a newspaper or website article) as having failed to comply and include the details of that non-compliance.⁷⁷

As to the risk of being reported to the relevant Government Minister, the WGE Agency's Guidance Note on the WGE Act 2012 states that non-compliant employers may not be eligible to tender for contracts under the Commonwealth and some state procurement frameworks, and may not be eligible for some Commonwealth grants or other financial assistance.⁷⁸

(iii) The Australian Human Rights Commission and Sex Discrimination Commissioner

It is clarified in the **Sex Discrimination Act 1984 (SDA 1984)** that rules governing inquiries into complaints of discrimination (which, as discussed above, may include complaints regarding unequal pay) concern the **Australian Human Rights Commission (AHRC)** and not the Sex Discrimination Commissioner.⁷⁹ The Australian Human Rights Commission Act 1986 (AHRC Act 1986) states that it is **for the President of the AHRC to inquire into a complaint of sex discrimination** lodged with the AHRC.⁸⁰

Where the President has reason to believe that a person is capable of providing relevant information or of producing relevant documents, he may serve a written notice **requiring the production of such**

⁷⁵ Section 18 WGEA 2012.

⁷⁶ Section 19A WGEA 2012.

⁷⁷ Section 19D WGE Act 2012.

⁷⁸ WGE Agency, WGE Act at a Glance (December 2012) available at http://www.wgea.gov.au/sites/default/files/Branded_act_at_a_glance_wgea.pdf (27.03.2013).

⁷⁹ Section 48 SDA 1984.

⁸⁰ Section 46PF AHRC 1986.

information or documentation, and, where it is produced, he may be allowed to make copies of that documentation.⁸¹

The President may also decide to hold a (private) conference to be presided over by him or another suitable person appointed by him. The President can also **direct people who may have relevant information to attend the conference** and also to **produce a document** at the conference, as considered necessary.⁸²

The duty to cooperate is underpinned by a series of **enforcement provisions**, introducing criminal liability. A failure to attend a compulsory conference without reasonable excuse is a criminal offence, and attracts a penalty of '10 penalty units' (or AUS\$1,700⁸³).⁸⁴ A failure, without reasonable excuse, to give information or produce documents when required to do so also attracts a penalty of AUS\$1,700.⁸⁵ Deliberately providing false or misleading information attracts a penalty of 'imprisonment for 6 months'.⁸⁶ Again, it is for the Commonwealth Director of Public Prosecutions which has sole discretion for commencing or not commencing a criminal prosecution.

b. The possibility to go to court

(i) The Fair Work Commission and Fair Work Ombudsman

As discussed in 2.a. above, the Fair Work Commission is itself a tribunal which has powers of investigation and inquiry in workplace matters, including in the field of equal pay. Where it has issued an Equal Remuneration Order, recourse to the courts to enforce the Order or a term of it lies uniquely with an employee, an employee organisation or a Fair Work Inspector.⁸⁷

In the first instance, a Fair Work Inspector may **issue a notice** if he reasonably believes that a person has contravened a term of an Equal Remuneration Order.⁸⁸ This may require the person, within a specified reasonable time, to either take specified action **to remedy the direct effects of the contravention or to produce reasonable evidence of compliance**, or both. Where an Equal Remuneration Order (or term of it) is contravened, or continues to be contravened, a Fair Work Inspector may then apply to the relevant court to issue a penalty.⁸⁹

Should an application be granted, the **penalty for a body corporate** (which is that likely to apply in the case of an Equal Remuneration Order) is stated to be a **fine** valued at no more than five times the 'penalty units' (60) assigned to a contravention of an Equal Remuneration Order.⁹⁰ At 300 penalty units, this amounts to a fine of AUS\$51,000.⁹¹ This may also be **accompanied by an order granting an**

⁸¹ Section 46 PI AHRC 1986.

⁸² Sections 46PJ and 46PK AHRC 1986.

⁸³ A penalty unit currently being worth AUS\$170, according to section 4AA(1) Crimes Act 1914.

⁸⁴ Section 46PL AHRC 1986.

⁸⁵ Section 46PM AHRC 1986.

⁸⁶ Section 46PN AHRC 1986.

⁸⁷ Section 539 FWA 2009.

⁸⁸ Section 716(1)(f) FWA 2009.

⁸⁹ Section 539 FWA 2009.

⁹⁰ Section 546 FWA 2009.

⁹¹ A penalty unit currently being worth AUS\$170, according to section 4AA(1) Crimes Act 1914.

injunction to prevent, stop or remedy the effects of a contravention and/or an order **awarding compensation for loss** that a person has suffered because of the contravention.⁹²

(ii) The Workplace Gender Equality Agency

Penalties for non-compliance by employers in connection with the powers of the WGE Agency are outlined in section 2.a. above; there is **no known recourse to the courts for the WGE Agency**.

(iii) The Australian Human Rights Commission and Sex Discrimination Commissioner

In circumstances where a complaint of sex discrimination involving unequal pay is not resolved by the AHRC, the complaint will be terminated. The individual concerned may then, within 60 days of the date of termination, make an application to the Federal Magistrates Court or the Federal Court of Australia for the court to hear the allegations.

The AHRC, however, has **no power itself to seize the courts**, other than in the situations outlined above, where criminal penalties are available for individuals who refuse to comply with requests made as part of the AHRC's inquiries.

The Sex Discrimination Commissioner does not have recourse to the courts as such, but may, with the leave of the court, take part in court proceedings concerning a matter of sex discrimination in an *amicus curiae* role. This is addressed in more detail in section 2.c. below.

c. Other powers

(i) The Fair Work Commission and Fair Work Ombudsman

The Fair Work Commission has a broad range of functions under the FWA 2009 as the national workplace relations tribunal, and has specific dispute resolution remit which applies to a host of workplace matters. Insofar as equal pay is concerned however, it has no specific functions other than those associated with the power to issue equal remuneration orders (see sections 1 and 2.a. above).

Nevertheless, it is possible to identify certain of its designated functions which have the potential to involve equal pay matters. For example, the Fair Work Commission has the ability to **“provide assistance and advice about its functions and activities,”**⁹³ and **to mediate any proceedings** that have been referred by the Fair Work Division of the Federal Court or Federal Magistrates Court to the Fair Work Commission for mediation.⁹⁴

Similarly, the FWO has wide-ranging powers as part of its enforcement functions. Given its responsibilities in connection with Equal Remuneration Orders, there is the potential for these to relate to equal pay matters. One particular relevant function is to **assist employees and employers to understand their rights and obligations** and to **provide advice** and **disseminate information**.⁹⁵ In the field of equal pay, the FWO has produced a guide entitled, “Best Practice Guide – Gender pay

⁹² Section 545 FWA 2009.

⁹³ Section 576(2)(b) FWA 2009

⁹⁴ Section 576(2)(ca) FWA 2009.

⁹⁵ Section 682(1)(a) FWA 2009.

equity”⁹⁶ setting out best practice case studies and initiatives for employers to adopt in applying best practice principles in the field of equal pay.

Another function potentially relevant to equal pay is the FWO’s **right to represent employees** who are, or might become, a party to proceedings in a court, or a party to a matter before the Fair Work Commission, where the FWO considers that representing the employees will ‘promote compliance with the FWA 2009.’⁹⁷ No further information is provided on the circumstances in which employees litigating equal pay complaints might be represented by the FWO. However, an indication of when such an approach might be taken more generally can be found in the FWO’s Litigation Policy, which states that, *“litigation activities are part of a broader compliance system which comprises a combination of positive motivators and deterrents aimed at bringing about compliance with Commonwealth workplace laws. Litigation may also be appropriate when there is a need for judicial clarification of Commonwealth workplace laws.”*⁹⁸

(ii) The Workplace Gender Equality Agency

In addition to its role overseeing the reporting requirements of the WGE Act 2012 in connection with issues of equal pay, the WGE Agency has a number of responsibilities relating to the promotion of gender equality in general, many of which will include the promotion of pay equity:

- **advising and assisting employers** in promoting and improving gender equality in the workplace;
- **developing benchmarks** in relation to gender equality indicators;
- **issuing guidelines** to assist relevant employers to achieve the purposes of the WGE Act 2012;
- **undertaking research, educational programs** and other programs for the purpose of promoting and improving gender equality in the workplace;
- promoting and contributing to **understanding and acceptance, and public discussion** of gender equality in the workplace.⁹⁹

Examples of these additional powers can be seen on the website for the WGE Agency.¹⁰⁰

(iii) The Australian Human Rights Commission and Sex Discrimination Commissioner

The AHRC has a broad remit to address discrimination and human rights more widely, and this includes **reviewing laws, conducting research, preparing policy advice and running community education programs**.¹⁰¹ The Sex Discrimination Commissioner has a more targeted role in addressing sex discrimination and promoting gender equality. As referred to above, of particular relevance to equal pay is the Sex Discrimination Commissioner’s special standing to apply for Equal Remuneration Orders and to intervene in court proceedings.

⁹⁶ Fair Work Ombudsman, Best Practice Guide – Gender pay equity (December 2012), available at <http://www.fairwork.gov.au/BestPracticeGuides/06-Gender-pay-equity.pdf> (28.03.2013).

⁹⁷ Section 682(1)(f) FWA 2009.

⁹⁸ Fair Work Ombudsman, Litigation Policy (2nd ed.) (July 2011), para. 4.2, available at <http://www.fairwork.gov.au/fwoguidancenotes/GN-1-FWO-Litigation-Policy.pdf> (28.03.2013).

⁹⁹ Section 10, WGE Act 2012.

¹⁰⁰ WGE Agency website, *op. cit.*

¹⁰¹ See section 11 AHRC Act 1986 and section 48 SDA 1984.

Under section 302(3) of the FWA 2009, the **Sex Discrimination Commissioner has standing to apply to the Fair Work Commission for an Equal Remuneration Order**. The Fair Work Commission will otherwise only entertain applications for an Equal Remuneration Order from employees to whom the Order will apply and employee organisations representing the industrial interests of an employee to whom the order will apply. This provision giving standing to the Sex Discrimination Commissioner therefore allows Equal Remuneration Orders to be considered beyond cases which simply affect the personal interests of an individual or group of individuals themselves. It was however noted in 2008, that this was not a power that the Sex Discrimination Commissioner had used.¹⁰² There is no indication that this power has been relied on since that time.

The **power to intervene in court proceedings** requires the leave of the court in question, as is the case with the other special-purpose Discrimination Commissioners. These are in specific circumstances, namely, where the Commissioner thinks that the orders sought in the proceedings may affect to a significant extent the human rights of persons who are not parties to the proceedings, where the proceedings have significant implications for the administration of relevant legislation, or where the proceedings involve special circumstances that satisfy the Commissioner that it would in the public interest for the Commissioner to assist the court as *amicus curiae*.¹⁰³ With a remit for sex discrimination and gender equality, this could potentially involve court proceedings concerning equal pay issues.

3. Measures to promote transparency of salaries

As discussed in sections 1 and 2.a. above, it is the **WGE Act 2012**, as overseen by the WGE Agency, which principally regulates measures designed to promote salary transparency. **Temporary measures currently apply** insofar as salary transparency is concerned, reflecting the transition from the Equal Opportunity for Women in the Workplace Act 1999 to the WGE Act 2012. In particular, **relevant employers may continue to avoid including salary data** in their publicly available workplace profile reports submitted to the WGE Agency for the 2012-13 reporting period.

From 2013-14 however, ‘relevant employers’ (see above) **will be required to report on the remuneration of their staff**. Section 14 WGE Act 2012 makes it clear that **salary information disclosed by an employer will not be published** either in the annual reports made to the relevant Government Minister, nor in the public version of the report submitted by the employer. Instead, salary information, unless express written consent to the contrary has been obtained from the employer, may only be published or used if the information is in an aggregated form that does not disclose, either directly or indirectly, information about a specific relevant employer or other specific person.¹⁰⁴

In its Frequently Asked Questions document, the WGE Agency clarifies that despite reports continuing to have the status of a public document, it recognises that pay data is private – both to

¹⁰² Submission of the Australian Human Rights Commission to the House of Representatives Standing Committee on Employment and Workplace Relations on the Inquiry into pay equity and associated issues related to increasing female participation in the workforce (September 2008), para. 127, available at http://www.humanrights.gov.au/legal/submissions/2008/20080923_pay_equity.html#fn105 (28.03.2013).

¹⁰³ Section 46PV(1) AHRC Act 1986 and section 48(1)(gb) SDA 1984.

¹⁰⁴ Section 14(3) WGE Act 2012.

companies and to their employees – and that all information about pay published by the Agency will be at an aggregate or industry level.¹⁰⁵

4. Other measures to promote equality of salaries

As mentioned above, **Gender Equality Indicators (GEIs)**, including that of equal remuneration between men and women will underpin the new reporting framework from the 2013-14 reporting period. It is these which will **form the basis for the ‘minimum standards’** which will be introduced from the 2014-15 reporting period. They will be set after consultation with the WGE Agency and other stakeholders, and will be made in relation to specified relevant employers and specified reporting periods.

If a relevant employer submits a report that does not meet a minimum standard, and does not improve against it by the end of two further reporting periods, it may be declared non-compliant and face the consequences outlined above in section 2.a. To recap, these are that the **employer may effectively be ‘named and shamed’** to the Government Minister and/or in the press as having failed to comply and that such non-compliant employers may furthermore be ineligible to tender for Commonwealth contracts, grants and other financial assistance.

The WGE Agency, as part of its functions, is required to **provide the assistance employers may need to meet a minimum standard**, and is further obliged to **offer relevant employers additional advice and assistance to improve** performance where they have not met a minimum standard, including in relation to equal remuneration GEIs.¹⁰⁶

Other than those outlined in the sections above and those implemented at the State level (which are not covered by this report), there are **no other known specific measures** designed to encourage employers to promote equal pay.

¹⁰⁵ See WGE Agency, WGE Act: Frequently asked questions (December 2012), p.3 available at http://www.wgea.gov.au/sites/default/files/Branded_WGEA_FAQ_Document.pdf (28.03.2013).

¹⁰⁶ Section 19E WGE Act 2012.

C. AUTRICHE

1. Allgemeine Übersicht

Im österreichischen Recht wird die Frage der Lohngleichheit in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen im **Gleichbehandlungsgesetz (GIBG)**¹⁰⁷ geregelt. Gemäss diesem Gesetz darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar auf Grund des Geschlechtes diskriminiert werden. Das Gesetz enthält die ausdrückliche Regelung, dass bei der Festsetzung des Entgeltes eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes nicht zulässig ist.¹⁰⁸

Die Frage der Lohngleichheit in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen wird im **Bundes-Gleichbehandlungsgesetz** praktisch wortgleich geregelt.¹⁰⁹ In der Folge wird dieser Bereich für dieses Gutachten nicht weiter erläutert.

Bei der Kontrolle der Einhaltung dieser Bestimmungen zur Lohndiskriminierung spielen die **Gleichbehandlungskommission (GBK)** (bzw. die **Bundesgleichbehandlungskommission**) eine wichtige Rolle. Die Gleichbehandlungskommission überprüft Fragen, die die Diskriminierung auf Grund des Gleichbehandlungsgesetzes betreffen und erstellt dazu **Gutachten**. Sie ist den Arbeits- und Sozialgerichten und den **Zivilgerichten** als besondere, unterstützende Einrichtung zur Verfügung gestellt. Ganz grob lässt sich sagen, dass die GBK überwiegend eher das öffentliche Interesse an der Lohngleichheit wahrnimmt.

Es existiert auch eine sogenannte **Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW)**, der für Fragen der Lohngleichheit wichtige Aufgaben und Kompetenzen zukommen. Die Gleichbehandlungsanwaltschaft ist ebenfalls eine staatliche Einrichtung zur Durchsetzung des Rechts auf Gleichbehandlung und Gleichstellung und zum Schutz vor Diskriminierung. Sie ist in Ausübung dieser Tätigkeit selbstständig und unabhängig. Die Beratung und Unterstützung von Privatpersonen ist vertraulich, unabhängig und kostenlos. Die Klientinnen und Klienten der GAW bestimmen die für ihre Situation angemessene Vorgangsweise selbst. Ganz grob lässt sich sagen, dass die GAW eher private Einzelinteressen vertritt.

Die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft wurden aufgrund des Bundesgesetzes über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GBK-GAWG)¹¹⁰ eingerichtet.

Das GIBG und das GBK-GAWG wurden zuletzt am 15.2.2011 geändert.¹¹¹ Diese **Novelle zum Gleichbehandlungsgesetz 2011** geschah in Umsetzung des sogenannten **Nationalen Aktionsplanes (NAP)**¹¹² über die Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsmarkt. Sie betraf ganz zentral Maßnahmen zur Verbesserung der **Einkommenstransparenz**. Die später im Detail zu erläuternden gesetzlichen Massnahmen hatten folgende Ziele: Verbesserung der Einkommenstransparenz, Erhöhung des Schutzniveaus gegen Diskriminierungen beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen (z.B.

¹⁰⁷ GIBG, BGBl. I Nr. 66/2004, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 7/2011.

¹⁰⁸ § 3 Nr. 2 GIBG.

¹⁰⁹ § 4 Nr. 2 Bundesgesetz über die Gleichbehandlung im Bereich des Bundes (Bundes-Gleichbehandlungsgesetz - B-GIBG), StF: BGBl. Nr. 100/1993, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 140/2011).

¹¹⁰ GBK/GAW-Gesetz, BGBl. Nr. 108/1979 in der Fassung BGBl. I Nr. 7/2011.

¹¹¹ BGBl. I Nr. 7/2011.

¹¹² Abrufbar auf der homepage der Bundesministerin für Frauen und öffentlichen Dienst (www.frauen.bka.gv.at).

Wohnungen) und Verbesserung des Instrumentariums zur **Durchsetzung** des Gleichbehandlungsgrundsatzes.¹¹³

Soweit ersichtlich bestehen derzeit **keine neuen Projekte** zu weiteren gesetzgeberischen Massnahmen.

Die Ausarbeitung des **NAP** wurde im Regierungsübereinkommen aus 2008 vereinbart, um konkrete Schritte für die nächsten fünf Jahre zu entwickeln und umzusetzen. Der NAP wurde Mitte 2010 fertiggestellt. Er ist ein Produkt zahlreicher Diskussionsrunden unter Beteiligung von Vertreterinnen und Vertretern aus Wissenschaft, Wirtschaft, Verwaltung, Politik und NGOs, Gesprächen mit Expertinnen und Experten, auch aus dem Ausland, und intensiven Verhandlungen mit den Sozialpartnern. Er definierte die Strategie der Bundesregierung bis 2013.

2. Institutionen

Die Gleichbehandlungskommission

Die GBK wurde aufgrund des GBK-GAW-Gesetzes beim Bundeskanzleramt (BKA) eingerichtet. Ihre Aufgabe ist die Überprüfung von Fragen, die die Diskriminierung auf Grund des Gleichbehandlungsgesetzes betreffen. Sie besteht aus drei Senaten. Der Senat I ist seit der Novelle zum Gleichbehandlungsgesetz 2011 zuständig für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt. Darunter fällt (unter anderem) die Ungleichbehandlung bei der Festsetzung des Entgeltes.

Der Senat I setzt sich zusammen aus der Vorsitzenden und elf weiteren Mitgliedern. Sie werden von der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte (AK), dem Österreichischen Gewerkschaftsbund (ÖGB), der Wirtschaftskammer Österreichs (WKÖ) und der Vereinigung der österreichischen Industrie (IV) sowie vom Bundeskanzleramt, vom Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz und von der Bundesministerin für Frauen und Öffentlichen Dienst im Bundeskanzleramt entsendet beziehungsweise bestellt.

Die Gleichbehandlungskommission erstellt **Gutachten** allgemeinerer Natur und nimmt auch **Einzelfallprüfungen** vor.

Gutachten werden auf **Antrag** einer der im I. Senat der Kommission vertretenen Interessenvertretungen, auf Verlangen der **Anwältin** für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt (GAW), einer Regionalanwältin oder **von Amts wegen** erstattet. Betrifft ein zu erstellendes Gutachten Diskriminierungen in Regelungen der **kollektiven Rechtsgestaltung (Kollektivverträge)**, so kann der befasste Senat zur Vorbereitung der Beschlussfassung einen Arbeitsausschuss bilden. Den Beratungen sind Vertreter/innen der jeweiligen Kollektivvertragsparteien beizuziehen. Gutachten des Senates sind binnen drei Monaten nach der Beschlussfassung auszufertigen und in vollem Wortlaut, jedoch in anonymisierter Form, auf der Website des Bundeskanzleramtes kostenlos zur Verfügung zu stellen, sofern keine Rückschlüsse auf Einzelfälle gezogen werden können.

Eine **Einzelfallprüfung** im Falle von Lohn-Ungleichheit erfolgt auf Antrag eines/einer **Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin**, eines/einer Arbeitgebers/Arbeitgeberin, eines Betriebsrates, einer der im jeweiligen Senat der Kommission vertretenen Interessenvertretungen, auf Verlangen der **Anwältin** für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt, einer Regionalanwältin oder auch **von Amts wegen**.

¹¹³

So die Regierungsvorlage (RV) 938 der Beilagen XXIV. GP, S. 1 und 3.

Der/die Arbeitnehmer/in hat das Recht, sich durch eine Person ihres Vertrauens, insbesondere eine/n Vertreter/in einer Interessenvertretung oder einer Nichtregierungsorganisation, im Verfahren vor der Kommission **vertreten** zu lassen. Der Senat hat auf Antrag des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin eine/n Vertreter/in einer von dieser Person namhaft gemachten Nichtregierungsorganisation beizuziehen. Der Senat hat den/die Arbeitnehmer/in oder die betroffene Person zugleich mit der Einleitung der jeweiligen Einzelfallprüfung über dieses Antragsrecht ausdrücklich zu belehren.

Ist der Senat der Auffassung, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, so hat er dem/der Arbeitgeber/in schriftlich einen **Vorschlag** zur Verwirklichung der Gleichbehandlung zu übermitteln und ihn/sie aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Für die Umsetzung des Vorschlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen.

Wird einem solchen Auftrag nicht entsprochen, so kann jede der im I. Senat vertretenen **Interessenvertretungen** beim zuständigen **Arbeitsgericht** oder **Zivilgericht** auf **Feststellung** der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes **klagen**.

Der I. Senat der GBK hat rechtskräftige Gerichtsurteile, die Verletzungen des Gleichbehandlungsgebotes feststellen, im vollen Wortlaut, jedoch in anonymisierter Form auf der Website des Bundeskanzleramtes kostenlos zu **veröffentlichen**.

Einzelfallprüfungsergebnisse des Senates sind binnen drei Monaten nach der Beschlussfassung auszufertigen und zuzustellen sowie in anonymisierter Form in vollem Wortlaut auf der Website des Bundeskanzleramtes kostenlos zu veröffentlichen, sofern keine Rückschlüsse auf Einzelfälle gezogen werden können.

Die Gleichbehandlungsanwältin

Beim Bundeskanzleramt ist die Anwaltschaft für Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsanwaltschaft - GAW) eingerichtet. Dort gibt es eine besondere Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt. Sie ist zuständig für die Beratung und Unterstützung von Personen, die sich im Sinne von Teil I GIBG (Arbeitswelt, u.a. Lohnungleichheit) diskriminiert fühlen. Sie ist in Ausübung dieser Tätigkeit weisungsfrei, selbständig und unabhängig.

Wenn es zur Verbesserung der Beratung und Unterstützung von Personen in Fragen der Gleichbehandlung erforderlich ist, kann der/die Bundeskanzler/in in den Bundesländern **Regionalbüros** der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt einrichten und Regionalvertreter/innen (allenfalls Stellvertreter/innen) als Leiter/innen der Regionalbüros bestellen. Die Regionalvertreterinnen für den Bereich der Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt führen die Bezeichnung Regionalanwältinnen. Es ist der jeweilige örtliche Wirkungsbereich der Regionalbüros festzulegen. Im Rahmen dieses Wirkungsbereiches kann der/die Regionalvertreter/in zum Zweck der Erfüllung der Aufgaben Sprechstunden und Sprechtage abhalten.

In einem auf Verlangen der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt eingeleiteten Verfahrens vor der GBK steht das **Klagerecht** auf Feststellung vor Zivilgerichten auch der Anwältin für die Gleichbehandlung zu, wobei in diesem Fall die Klage nur mit **Zustimmung** des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin oder der betroffenen Person eingebracht werden darf.

a. Untersuchungsbefugnisse und Zusammenarbeitspflicht

Die Gleichbehandlungsanwältin

Zunächst kann die **Anwältin** für Gleichberechtigung in der Arbeitswelt auf Grund einer behaupteten Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes den/die Arbeitgeber/in oder den sonst Verantwortlichen zur **Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme** auffordern. Sie kann auch weitere **Auskünfte** vom/von der Arbeitgeber/in, vom Betriebsrat oder von den Beschäftigten des betroffenen Betriebes oder vom sonst Verantwortlichen einholen. Diese sind **verpflichtet**, der Anwältin die für die Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen **Auskünfte** zu erteilen.

Weiters kann der I. Senat der GBK die Anwältin mit der **Durchführung der Ermittlungstätigkeit** beauftragen. Die Anwältin kann im Auftrag des Senates die betrieblichen **Räume betreten** und in die Unterlagen der Betriebe Einsicht nehmen. Auf Verlangen sind ihr Abschriften oder Ablichtungen dieser Unterlagen oder Auszüge davon zur Verfügung zu stellen. Die Anwältin hat bei ihrer Ermittlungstätigkeit den Betriebsrat zur Mitwirkung heranzuziehen. Vor Besichtigung eines Betriebes ist der/die Arbeitgeber/in so rechtzeitig zu verständigen, dass diese/r oder eine von ihm/ihr namhaft gemachte Person an der Besichtigung teilnehmen kann.

Mit der Novelle zum Gleichbehandlungsrecht 2011 wurden gesetzliche Grundlagen eingeführt, die die Anwältin für die Gleichbehandlung in der Arbeitswelt (und auch die GBK, dazu unten) ermächtigen, Daten über **Entgelte von Vergleichspersonen** bei den **Sozialversicherungsträgern** anzufordern:

Vermutet die Anwältin die Nichteinhaltung des Gleichbehandlungsgebotes bei der Festsetzung des Entgeltes, kann sie die in Betracht kommenden Träger der Sozialversicherung um Auskunft über die sozialversicherungsrechtliche Beitragsgrundlage von Personen ersuchen, deren Einkommen für die Entscheidung über die vermutete Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes unbedingt erforderlich sind. Die Anwältin hat dafür Namen, Geburtsdatum und Versicherungsnummer der betroffenen Personen sowie Namen der Arbeitgeber/innen der betroffenen Personen bekannt zu geben. Die in Betracht kommenden **Träger der Sozialversicherung sind verpflichtet**, der Anwältin die für die Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Die in Betracht kommenden Träger der Sozialversicherung haften nicht für Nachteile, die bei der Erfüllung ihrer Auskunftspflichten auf Grund von Unvollständigkeiten oder Unrichtigkeiten der in ihren Anlagen enthaltenen Daten entstehen. Die Anwältin ist verpflichtet, über diese ihr im Rahmen der Auskunftserteilung bekannt gewordenen Daten Verschwiegenheit zu bewahren. Als Ausnahme davon darf die Anwältin diese ihr im Rahmen der Auskunftserteilung bekannt gewordenen Daten in **anonymisierter** Form an die von der vermuteten Diskriminierung betroffenen Person weitergeben, wenn dies für die Verfolgung der Diskriminierung unbedingt erforderlich ist.¹¹⁴

Die Gleichbehandlungskommission

Ein Arbeitgeber und alle seine Arbeitnehmer, in deren Betrieb eine Ungleichbehandlung vermutet wird, sind gegenüber der GBK allgemein zur Auskunft verpflichtet.¹¹⁵

Die GBK kann auch schriftliche Berichte verlangen: Ergibt sich auf Grund einer Mitteilung einer Arbeitnehmerin, einer Interessenvertretung, der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt, in der die behaupteten Umstände glaubhaft zu machen sind, die Vermu-

¹¹⁴ Zu allem § 4 GBK-GAWG.

¹¹⁵ § 10 Abs. 2 GBK-GAWG.

tung der Nichteinhaltung des Gleichbehandlungsgebotes, so hat der/die Arbeitgeber/in der GBK auf Verlangen einen **schriftlichen Bericht zu erstatten**.

Wird ein solcher Bericht vom/von der Arbeitgeber/in verlangt, hat er/sie für die von der Vermutung betroffenen Betriebsbereiche unter Bedachtnahme auf die vermutete Nichteinhaltung des Gleichbehandlungsgebotes durch **zahlenmäßige Aufgliederung einen Vergleich der Beschäftigungsbedingungen**, der Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen, der Aufstiegsmöglichkeiten sowie der Beschäftigungsdauer und der Art der Beendigung der Arbeitsverhältnisse von Frauen und Männern oder in Bezug auf ein anderes behauptetes diskriminierendes Merkmal zu ermöglichen. Erforderlichenfalls hat der Bericht auch Aufschluss zu geben über den Zusammenhang zwischen den Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen und den Aufstiegsmöglichkeiten.

Ein solcher Bericht kann im Falle einer vom I. Senat der GBK festgestellten Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes für ein oder mehrere Folgejahre verlangt werden.

Kommt der/die Arbeitgeber/in dieser Verpflichtung nicht nach, so hat die Kommission diesen Umstand auf der Homepage des Bundeskanzleramts zu veröffentlichen.¹¹⁶

Inbesondere: Entgelt-Auskunft an den Sozialversicherer

Vermutet der Senat die Nichteinhaltung des Gleichbehandlungsgebotes in Bezug auf die Festsetzung des **Arbeitslohnes**¹¹⁷ kann er die in Betracht kommenden Träger der **Sozialversicherung** um Auskunft über die sozialversicherungsrechtliche Beitragsgrundlage von Personen ersuchen, deren Einkommen für die Entscheidung über die vermutete Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes unbedingt erforderlich sind. Der Senat hat dafür Namen, Geburtsdatum und Versicherungsnummer der betroffenen Personen sowie Namen der Arbeitgeber/innen der betroffenen Personen bekannt zu geben. Die in Betracht kommenden Träger der Sozialversicherung sind **verpflichtet**, dem Senat diese Auskünfte zu erteilen.

Die in Betracht kommenden Träger der Sozialversicherung haften nicht für Nachteile, die bei der Erfüllung ihrer Auskunftspflichten auf Grund von Unvollständigkeiten oder Unrichtigkeiten der in ihren Anlagen enthaltenen Daten entstehen. Die Mitglieder (Ersatzmitglieder) des Senates sind verpflichtet, über diese ihr im Rahmen der Auskunftserteilung bekannt gewordenen Daten Verschwiegenheit zu bewahren.¹¹⁸

In der Praxis hatte sich gezeigt, dass es im Falle einer vermuteten Diskriminierung beim Entgelt sehr schwierig war, die Einkommensdaten von Vergleichspersonen festzustellen. Oft standen nur Vermutungen im Raum, ohne dass diese durch konkrete Daten untermauert werden konnten oder der Verdacht der Diskriminierung zerstreut werden konnte. Dies ist aber für die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung von maßgeblicher Bedeutung. Aus diesem Grunde wurde den Anwält/inn/en für die Gleichbehandlung und den Senaten der Gleichbehandlungskommission im Falle einer vermuteten Entgeltdiskriminierung im Einzelfall die Möglichkeit eingeräumt, beim zuständigen Träger der Sozialversicherung die **Einkommensdaten der Vergleichspersonen einzuholen**.

Die Anwält/inn/en für die Gleichbehandlung und die Senate der Gleichbehandlungskommission haben also in Fällen vermuteter Entgeltdiskriminierung ein **Auskunftsrecht gegenüber dem zustän-**

¹¹⁶ Zu allem § 13 GBK-GAWG.

¹¹⁷ Also gemäß § 3 Z 2 (Geschlechterdiskriminierung) oder § 17 Abs. 1 Z 2 GIBG (Diskriminierung wegen ethnischer Herkunft, Religion, sexueller Orientierung).

¹¹⁸ § 10 Abs. 2a GBK-GAWG.

digen Träger der Sozialversicherung in Bezug auf Einkommensdaten von Vergleichspersonen. Dazu haben sie die für die Aushebung der Informationen notwendigen Daten der Vergleichsperson zu übermitteln. Auf Grund des sogenannten Lohnsummenverfahrens können aber **keine aktuellen Daten** erhoben werden; diese werden ca. ein Jahr alt sein. Für einige besondere Arbeitsverhältnisse¹¹⁹ können nur Daten über die sozialversicherungsrechtliche Beitragsgrundlage, die mit der Höchstbeitragsgrundlage gedeckelt ist, erhoben werden.

Datenschutz

Einkommensdaten unterliegen dem Schutzbereich des **Grundrechts auf Datenschutz**¹²⁰; ihre Verwendung erfordert daher eine gesetzliche Grundlage, der dadurch vorgesehene Eingriff muss in einem den Geheimhaltungsanspruch überwiegenden **berechtigten Interesse** liegen und aus den in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Gründen **notwendig** sein. Der österreichische Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis¹²¹ die Ermittlung von Einkommensdaten durch den Rechnungshof für Zwecke der allgemeinen Gebarungsprüfung als mit dem Datenschutzgesetz und Art. 8 EMRK für vereinbar erachtet, **nicht jedoch eine Angabe von Bezügen einzelner**, im Tätigkeitsbericht des Rechnungshofes an den Nationalrat (als Gesetzgebungsorgan) namentlich genannter Personen, sodass eine **Anonymisierung** solcher personenbezogener Daten geboten sein kann. Allgemein führte der Verfassungsgerichtshof dabei aus, Art. 8 EMRK verbiete dem Rechnungshof ebenso wie jeder anderen öffentlichen Behörde Informationen weiterzuleiten, wenn dadurch in den Schutzbereich dieses Grundrechts eingegriffen und das Grundrecht verletzt wird, wobei Mitteilungen an ihrerseits zur Verschwiegenheit verpflichtete Staatsorgane detaillierter sein können und müssen als Informationen, die an die Allgemeinheit gelangen können.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ging der Gesetzgeber davon aus, dass die Befugnis der Anwält/inn/e/n für die Gleichbehandlung und der Senate der GBK als **behördenähnliche Einrichtungen** zur Ermittlung von Einkommensdaten von Vergleichspersonen bei einem Verdacht der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes grundsätzlich einem berechtigten Interesse dient, das die Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Vergleichspersonen überwiegt; allerdings soll durch entsprechende **Verschwiegenheits- und Veröffentlichungsregelungen** sichergestellt werden, dass diese Daten **nicht in personenbezogener Form veröffentlicht** werden. Eine Übermittlung der ermittelten Einkommensdaten von Vergleichspersonen an die von einer allfälligen Diskriminierung betroffene Person soll in **anonymisierter Form** vorgenommen werden. Die Kenntnis dieser Daten ist für die Verfolgung rechtlich geschützter Interessen notwendig. Die anonymisierten Daten sollen die Grundlage für die Einleitung eines Gerichtsverfahrens durch die sich diskriminiert erachtende Person bilden.¹²²

b. Möglichkeit, an das Gericht zu gelangen

Wird einem Auftrag der GBK zur Beseitigung der Lohn-Diskriminierung durch einen Arbeitgeber nicht entsprochen, so kann jede der im I. Senat der GBK vertretenen **Interessenvertretungen** beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf **Feststellung** der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

Der Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist sowie kollektivvertraglicher Verfallfristen wird bis zum Ende des Monats nach Eintritt der Rechtskraft solcher Urteile gehemmt.

¹¹⁹ Und zwar solche, die nicht dem Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz – BMSVG, BGBl. I Nr. 100/2002, unterliegen.

¹²⁰ Gemäß § 1 Abs. 1 des österr. Datenschutzgesetzes (DSG).

¹²¹ VfSlg. 17.065/2003.

¹²² In diesem Sinne die Regierungsvorlage (RV) 938 der Beilagen XXIV. GP, S. 12 zu der neuen Regelung im Jahr 2011.

In einem auf Verlangen der **Anwältin** für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt, der Regionalanwältin oder eines/einer Regionalvertreters/Regionalvertreterin eingeleiteten Verfahrens bei der GBK steht **das Klagerecht bei Gericht auch der Anwältin** für die Gleichbehandlung, der Regionalanwältin oder dem/der Regionalvertreter/in zu, wobei eine solche Klage **nur mit Zustimmung des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin** oder der betroffenen Person eingebracht werden darf.¹²³

Hintergrund ist wohl, dass die Anwältin eher zur Vertretung von Individualinteressen tätig wird, während Interessenvertretungen auch aus übergeordnetem, öffentlichem Interesse auf Feststellung klagen können.

c. Andere Befugnisse

Das schärfste Schwert der GAW und der GBK ist u.E. das **Auskunftsrecht gegenüber dem Sozialversicherungsträger**, wie es bereits oben mit den anderen Ermächtigungen erläutert wurde.

Der/die Bundeskanzler/in und der/die Bundesminister/in für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz haben dem Nationalrat alle zwei Jahre einen **Bericht über die Vollziehung des Gleichbehandlungsgesetzes** vorzulegen. Dieser Bericht hat insbesondere Angaben über die Tätigkeit und Wahrnehmungen der Gleichbehandlungsanwaltschaft, die Verfahren vor der Kommission und die sonstige Tätigkeit der Kommission zu enthalten. Jedes zweite Mal ist dieser zweijährige Bericht durch **Beiträge der Interessenvertretungen** der Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen zu ergänzen und dem Nationalrat vorzulegen. Dieses Recht auf Beiträge zum Bericht kommt aber nicht der GBK als solcher zu, sondern den Interessenvertretungen (welche Mitglieder in die GBK entsenden).

3. Massnahmen zur Förderung der Lohntransparenz

Stellenausschreibung

Eine ebenfalls durch die Novelle zum Gleichbehandlungsrecht 2011 neu vorgesehene Maßnahme bildet die Verpflichtung, in Stelleninseraten den **kollektivvertraglichen Mindestlohn** und die Möglichkeit zur kollektivvertraglichen **Überzahlung** anzugeben. Der Oberste Gerichtshof (OGH) hat in seiner Erkenntnis vom 20. Mai 1998¹²⁴ festgehalten, dass es gesellschaftspolitisch offenkundig ist, dass Frauen in Österreich im allgemeinen statistisch gesehen niedriger entlohnt werden als Männer. Frauen sind auch häufiger als Männer bereit, niedriger entlohnte Tätigkeiten anzunehmen, zumal ihre Arbeit oft bereits im Rahmen der Arbeitsbewertung geringwertiger eingestuft wird. Aus Längsschnittstudien über die Einkommensentwicklung von unselbständig erwerbstätigen Frauen und Männern geht hervor, dass Einkommensdiskriminierung **beim Berufseinstieg** ein wesentlicher Faktor beim Zustandekommen des Gesamteinkommensunterschieds ist. Einen Faktor für die unterschiedliche Entlohnung vor allem zwischen Frauen und Männern stellt die **fehlende Information** über das ortsübliche Entgelt dar.¹²⁵ Es gestaltet sich in der Praxis oft sehr schwierig, das für einen konkreten Arbeitsplatz gebührende kollektivvertragliche Entgelt festzustellen. Neben der Feststellung des anzuwendenden Kollektivvertrages ist auch die Kenntnis der Einstufung des Arbeitsplatzes erforderlich. Eine **nachvollziehbare Gehaltsfindung** kann die Gleichbehandlung fördern, wobei es nicht um Regulierung und Bürokratisierung geht, sondern um Fairness und **Überschaubarkeit**.

¹²³ § 12 Abs. 4 und 5 GBK-GAWG.

¹²⁴ 9 ObA 350/97d.

¹²⁵ Nach Ansicht des SIR ist diese Ansicht aber zweifelhaft, da die entsprechende Information regelmässig Frauen und auch Männern fehlen wird. Es handelte sich also um ein allgemeines und kein geschlechterspezifisches Problem.

Ergänzend wurde in Anlehnung an die Regelungen betreffend die diskriminierungsfreie Stellenausschreibung auch Strafbestimmungen vorgesehen.

In diesem Sinne ist der/die Arbeitgeber/in (oder private Arbeitsvermittler/in) verpflichtet, in der Ausschreibung das für den ausgeschriebenen Arbeitsplatz geltende kollektivvertragliche oder das durch Gesetz oder andere Normen der kollektiven Rechtsgestaltung geltende **Mindestentgelt anzugeben** und auf die Bereitschaft zur Überzahlung hinzuweisen, wenn eine solche besteht.¹²⁶

Wer als Arbeitsvermittler/in in die Stellenausschreibung diese Angaben nicht aufnimmt, ist auf Antrag eines/einer Stellenwerbers/Stellenwerberin, der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt oder einer Regionalanwältin beim **ersten** Verstoß von der Bezirksverwaltungsbehörde zu ermahnen und bei **weiteren** Verstößen mit Geldstrafe bis 360 Euro zu bestrafen.¹²⁷

Wer als Arbeitgeber/in einen Arbeitsplatz nur für Männer oder Frauen ausschreibt oder in die Stellenausschreibung die erforderlichen Angaben nicht aufnimmt, ist auf Antrag eines/einer Stellenwerbers/Stellenwerberin, der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt oder einer Regionalanwältin beim ersten Verstoß von der Bezirksverwaltungsbehörde zu ermahnen und bei weiteren Verstößen mit **Geldstrafe** bis 360 Euro zu bestrafen.

In einem auf Antrag der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt oder einer Regionalanwältin eingeleiteten Verwaltungsstrafverfahren wegen Verletzung dieser Regelungen haben die Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt oder die Regionalanwältin **Parteistellung**. Der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt oder der Regionalanwältin steht das Recht auf Berufung gegen Bescheide und Einspruch gegen Strafverfügungen zu.¹²⁸

Diese Angaben (Mindestlohn und Überzahlung) sind zum Zeitpunkt der Stellenausschreibung bereits bekannt. Dasselbe gilt auch für **Zulagen**, von denen bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung bekannt ist, dass sie jedenfalls anfallen werden. Damit soll verhindert werden, dass die Bewertung eines Arbeitsplatzes in Nachhinein in diskriminierender Weise geändert wird.

Bei der Angabe des kollektivvertraglichen Mindestlohnes sind **zusätzliche Einstufungskriterien** wie z.B. Betriebszugehörigkeit und Berufserfahrung nicht berücksichtigt. Im Einzelfall ist es dem/der Arbeitgeber/in daher freigestellt, bei der Stellenausschreibung darauf hinzuweisen, dass diese Umstände nicht in die Berechnung des angegebenen Mindestlohns eingeflossen sind. Wird in der Stellenausschreibung jedoch **Berufserfahrung** gefordert, ist sie bei der Angabe des Mindestlohns zu berücksichtigen. Gibt das Unternehmen von Vorneherein einen über dem kollektivvertraglichen Mindestlohn liegenden Lohn als für diesen Arbeitsplatz gebührend an, so stellt dies keine Verletzung der im GIBG geregelten Pflichten bei der Gestaltung der Stellenausschreibung dar.

Verhandlungen über die Höhe der **tatsächlichen Entlohnung** sind – soweit diese über dem kollektivvertraglichen Mindestniveau liegt und die Festsetzung **nicht in diskriminierender Weise** erfolgt – auf Grund **sachlicher Kriterien** wie z.B. einschlägiger Zusatzausbildung davon nicht beeinträchtigt. Die vorgesehenen Angaben in der Stellenausschreibung sollen als Orientierung für den/die Bewerber/in und als Verhandlungsbasis dienen.¹²⁹

¹²⁶ § 9 Abs. 2 GIBG.

¹²⁷ § 10 Abs. 2 GIBG.

¹²⁸ 10 Abs. 4 GIBG.

¹²⁹ Regierungsvorlage (RV) 938 der Beilagen XXIV. GP, S. 6.

Betriebliche Einstufungsregelungen

Betriebliche Einstufungsregelungen und Normen der kollektiven Rechtsgestaltung haben bei der Regelung der Entlohnungskriterien den Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche Arbeit oder eine Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, zu beachten. Sie dürfen weder Kriterien für die Beurteilung der Arbeit der Frauen einerseits und der Arbeit der Männer andererseits vorschreiben, die zu einer Diskriminierung führen können.¹³⁰

Einkommensbericht

Die Novelle zum Gleichbehandlungsrecht 2011 sah in Umsetzung des Nationalen Aktionsplanes als Maßnahme zur **Erhöhung der Einkommenstransparenz** die Verpflichtung für Unternehmen einer bestimmten Größe vor, alle zwei Jahre unternehmensbezogene Einkommensanalysen zu erstellen und in bestimmter Weise einem eingeschränkten Personenkreis bekannt zu machen. Der Bericht ist in **anonymisierter Form** zu erstellen. Der Bericht darf keine Rückschlüsse auf Einzelpersonen zulassen.

In diesem Sinne ist jede/r Arbeitgeber/in, der/die dauernd mindestens 150 Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen beschäftigt, verpflichtet, alle zwei Jahre einen **Bericht zur Entgeltanalyse** zu erstellen.¹³¹ Dieser Bericht hat Angaben über die **Anzahl** der Frauen und die Anzahl der Männer in den jeweiligen kollektivvertraglichen oder – wenn verfügbar – betrieblichen Verwendungsgruppen; die **Anzahl** der Frauen und die Anzahl der Männer in den – wenn verfügbar – einzelnen Verwendungsgruppenjahren der anzuwendenden Verwendungsgruppen; das **Durchschnitts-** oder **Median-arbeitsentgelt** von Frauen und von Männern im Kalenderjahr in den jeweiligen kollektivvertraglichen oder – wenn verfügbar – betrieblichen Verwendungsgruppen und – wenn verfügbar – Verwendungsgruppenjahren zu enthalten. Das Arbeitsentgelt von **Teilzeitbeschäftigten** ist auf Vollzeitbeschäftigung und das von unterjährig Beschäftigten auf Jahresbeschäftigung hochzurechnen. Gibt es kein anzuwendendes kollektivvertragliches oder betriebliches Verwendungsgruppenschema, so sind anstelle von Verwendungsgruppen Funktionsgruppen entsprechend der betrieblichen Tätigkeitsstruktur zu bilden.

Der Bericht ist dem **Zentralbetriebsrat** oder – wenn kein Zentralbetriebsrat besteht – den Betriebsausschüssen oder – soweit kein Betriebsausschuss errichtet ist – den Betriebsräten im ersten Quartal des auf das Berichtsjahr folgenden Kalenderjahres zu übermitteln. Der (Zentral-)Betriebsrat bzw. Betriebsausschuss kann eine Beratung darüber verlangen. Die Organe der Arbeitnehmerschaft können im Rahmen ihrer Tätigkeit Auskunft an die Arbeitnehmer/innen über die für sie relevanten Informationen erteilen. Besteht in einem Betrieb kein Organ der Arbeitnehmerschaft oder besteht ein solches Organ für eine Gruppe von Arbeitnehmer/innen nicht, ist der Bericht im Betrieb in einem allen Arbeitnehmer/innen oder allen gruppenzugehörigen Arbeitnehmer/innen zugänglichen Raum aufzulegen und darauf in einer Betriebskundmachung hinzuweisen.

Über den Inhalt des Einkommensberichtes ist der/die Arbeitnehmer/in zur **Verschwiegenheit** verpflichtet. Dem stehen die Einholung von Rechtsauskünften oder Rechtsberatung durch Interessenvertretungen und sonstige Personen oder Einrichtungen, die ihrerseits einer Verschwiegenheitspflicht unterliegen, sowie die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung von Ansprüchen nach dem GIBG oder eines Verfahrens vor der **Gleichbehandlungskommission** nicht entgegen.

Bei **Verstößen** gegen die Verschwiegenheitspflicht ist der/die Arbeitnehmer/in, sofern die Tat nach anderen Gesetzen nicht einer strengeren Strafe unterliegt, von der Bezirksverwaltungsbehörde mit

¹³⁰ § 11 GIBG.

¹³¹ Zu allem § 11a GIBG.

einer **Geldstrafe** bis zu 360 Euro zu bestrafen, wenn der/die Arbeitgeber/in binnen sechs Wochen ab Kenntnis von dem Verstoß und der Person des/der Täters/Täterin bei der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde einen Strafantrag stellt (Privatankläger/in). Die Behörde kann ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das **Verschulden** des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin **geringfügig** ist und die Folgen der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht unbedeutend sind. Sie kann den/die Arbeitnehmer/in jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies erforderlich ist, um den/die Arbeitnehmer/in von weiteren Verletzungen der Verschwiegenheitspflicht abzuhalten.

Die Organe der Arbeitnehmerschaft haben oder – soweit diese nicht bestehen – der/die **Arbeitnehmer/in** hat **Anspruch** auf **Erstellung** und Übermittlung bzw. Information über den **Einkommensbericht**. Der Anspruch ist **gerichtlich** geltend zu machen. Es gilt die dreijährige Verjährungsfrist¹³², wobei die Frist mit dem Ablauf des ersten Quartals des auf das Berichtsjahr folgenden Kalenderjahres zu laufen beginnt.

Zur Einführung dieser Verpflichtung wurde ein **Stufenplan** hinsichtlich der erfassten Unternehmen entwickelt, der auf die Anzahl der Arbeitnehmer/innen abstellt. So sind ab 2011 Unternehmen mit mehr als 1 000 Arbeitnehmer/innen verpflichtet, einen Einkommensbericht für 2010 zu erstellen. Ab 2012 trifft diese Verpflichtung Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmer/innen für das Berichtsjahr 2011, ab 2013 Unternehmen mit mehr als 250 Arbeitnehmer/innen für das Berichtsjahr 2012 und ab 2014 Unternehmen mit mehr als 150 Arbeitnehmer/innen für das Berichtsjahr 2013 und die Folgejahre. Damit wurden 2011 rund 200 Unternehmen bzw. 15 % der Arbeitnehmer/innen erfasst, diese Zahlen steigen dann in den folgenden Jahren an, bis 2014 rund 2.800 Unternehmen erfasst werden, die immerhin rund 41 % der Arbeitnehmer/innen in Österreich beschäftigen.

Heranzuziehen ist nicht das Grundgehalt oder der Grundlohn, sondern das **Gesamtarbeitsentgelt**, also einschließlich Zulagen, Remunerationen, Sachbezügen (mit dem steuerlich relevanten Wert) und anderen Entgeltbestandteilen. Nicht zu berücksichtigen sind Aufwandsersätze. Besteht kein kollektivvertragliches oder betriebliches Entlohnungsschema wie oben beschrieben, so sollen Funktionsgruppen entsprechend der betrieblichen Tätigkeitsstruktur gebildet werden. Um die **Vergleichbarkeit** herzustellen, ist hinsichtlich des Arbeitszeit- oder Beschäftigungsausmaßes eine Umrechnung notwendig: Teilzeitbeschäftigung ist auf Vollzeitbeschäftigung und unterjährige Beschäftigung ist auf ganzjährige Beschäftigung hochzurechnen. Beziehen die Vollzeitbeschäftigten Überstundenpauschalen, so sind diese für Umrechnung des Entgelts der Teilzeitbeschäftigten nicht zu berücksichtigen.

Durch die gewählte Größe der Betriebe ist gewährleistet, dass keine Rückschlüsse auf Einzelpersonen möglich sind und somit den Bestimmungen des **Datenschutzes** im Sinne des Datenschutzgesetzes 2000 (DSG 2000) Rechnung getragen wird. Zur Gewährleistung des **Datenschutzes** soll der Bericht in **anonymer Form** erstellt werden; der Bericht ist so zu gestalten, dass er keine Rückschlüsse auf Einzelpersonen zulässt. Gemäß den rechtlichen Rahmenbedingungen und methodischen Richtlinien der Bundesanstalt Statistik Österreich betreffend die statistische Geheimhaltung in Publikationen und bei Weitergabe von Daten, die von einem **Ausschluss der Rückführbarkeit auf Einzelfälle** ab drei Elementen pro statistischer Einheit ausgeht, soll eine Einheit (z. B. Verwendungsgruppenjahr) dann nicht in den Bericht aufgenommen werden, wenn in dieser Einheit **weniger als drei Arbeitnehmer/innen** eingereicht sind. Der Ansatz der Bundesanstalt, Statistiken nur dann zu veröffentlichen, wenn in einer statistischen Klasse **mehr als drei Elemente** enthalten sind, ist eine anerkannte Praxis. Der Verfassungsgerichtshof¹³³ hat hierzu jedoch festgehalten, dass diese Praxis im Wortlaut des Bundesstatistikgesetzes keine Grundlage findet. Er führte aus, dass nicht ausgeschlossen werden

¹³² § 1486 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.

¹³³ VfGH 30.11.1989, G245/89.

könne, dass auch Statistiken, in welchen mehr als drei Elemente in einer Einheit enthalten sind, unter Umständen Rückschlüsse auf die Betroffenen ermöglichen können. Die betreffende Praxis ist daher lediglich als **Richtlinie** heranzuziehen, im Einzelfall aber auf ihre Tauglichkeit, ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse zu wahren, zu prüfen. Im konkreten bedeutet dies, dass, wenn in einem Verwendungsgruppenjahr oder in einer Verwendungsgruppe die nach Geschlechtern getrennte Darstellung Rückschlüsse auf Einzelpersonen zulassen würde, die Darstellung nicht nach Geschlechtern getrennt zu erfolgen hat. Lässt aber auch diese wegen der geringen Zahl der Betroffenen keine anonymisierte Darstellung zu, so sind jene Einheiten (Verwendungsgruppenjahr, Verwendungsgruppe, etc.), in denen eine anonymisierte Darstellung möglich ist, in den Bericht aufzunehmen. Jene Einheiten, bei denen das nicht möglich ist, sind bei der jeweils übergeordneten Einheit mit zu berücksichtigen. Enthält z.B. eine Verwendungsgruppe fünf Abstufungen nach Verwendungsgruppenjahren und ist in einer dieser Abstufungen die anonymisierte Darstellung nicht möglich, so sind die verbleibenden vier Abstufungen im Bericht darzustellen und alle fünf Abstufungen bei der Angabe des Durchschnitts- oder Medianentgelts in der Verwendungsgruppe zu berücksichtigen.

4. Weitere Massnahmen

Information über Rechte nach dem Gleichbehandlungsgesetz

Jede/r Arbeitgeber/in hat einen **Abdruck des Gleichbehandlungsgesetzes** im Betrieb an geeigneter, für die Arbeitnehmer/innen leicht zugänglicher Stelle aufzulegen oder den Arbeitnehmer/inne/n sonst zugänglich zu machen.¹³⁴

Ersatz immateriellen Schadens

Erhält ein/e Arbeitnehmer/in wegen **Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes** in Bezug auf die Lohngleichheit (also des § 3 Z 2 des GIBG) durch den/die Arbeitgeber/in für gleiche Arbeit oder für eine Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, ein **geringeres Entgelt** als ein/e Arbeitnehmer/in des anderen Geschlechtes, so hat er/sie gegenüber dem/der Arbeitgeber/in Anspruch auf **Bezahlung der Differenz** und eine **Entschädigung** für die **erlittene persönliche Beeinträchtigung** (Ersatz immateriellen Schadens).¹³⁵ Soweit ersichtlich findet sich zu diesem Themenkreis aber nur eine Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofes.¹³⁶ Da dieses Instrument wohl im Sinne dieses Gutachtens als rein privatrechtliche Massnahme anzusehen ist, soll hier nicht weiter darauf eingegangen werden.

Benachteiligungsverbot

Als Reaktion auf eine Beschwerde darf ein/e Arbeitnehmer/in durch den/die Arbeitgeber/in innerhalb des betreffenden Unternehmens (Betriebes) oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur

¹³⁴ § 60 GIBG.

¹³⁵ § 12 Abs. 2 GIBG.

¹³⁶ OGH vom 17.12.2007, 8ObA24/07y: „§ 12 Abs 2 GIBG spricht zwar nur vom Anspruch des Arbeitnehmers (der Arbeitnehmerin) auf „Bezahlung der Differenz und eine Entschädigung für die erlittene Beeinträchtigung“. Dies ist aber **gemeinschaftskonform** dahin zu interpretieren, dass der Arbeitnehmer (die Arbeitnehmerin) Anspruch auf Herstellung des diskriminierungsfreien Zustands hat, und zwar nicht nur für die Vergangenheit sondern auch für die Zukunft (ausführlich Kletecka in Rebhahn, GIBG, § 12 Rz 3, 42, 58; § 15 Rz 13). Es muss also zwischen der sich **von selbst vollziehenden Vertragsanpassung** und den daraus resultierenden Ansprüchen unterschieden werden; nur letztere verjähren in der Frist des § 15 Abs 1 GIBG (Kletecka, aaO, § 15 Rz 13). Das gegenteilige Ergebnis, nämlich die durch Zeitablauf bewirkte **Heilung einer Entgeltdiskriminierung** auch für alle Zukunft, wäre nicht nur sachwidrig, sondern auch als **Verstoß** gegen Art 141 Abs 1 EG zu werten (Kletecka, aaO, § 15 Rz 13; § 12 Rz 3)“.

Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes **nicht entlassen, gekündigt oder anders benachteiligt** werden. Auch ein/e andere/r Arbeitnehmer/in, der/die als Zeuge/Zeugin oder Auskunftsperson in einem Verfahren auftritt oder eine Beschwerde eines/einer anderen Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin unterstützt, darf als Reaktion auf eine solche Beschwerde oder auf die Einleitung eines solchen Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht entlassen, gekündigt oder anders benachteiligt werden.¹³⁷ Da dieses Instrument wohl im Sinne dieses Gutachtens als rein privatrechtliche Massnahme anzusehen ist, soll hier nicht weiter darauf eingegangen werden.

¹³⁷

§ 13 GIBG.

D. BELGIQUE

1. Vue d'ensemble sur les mesures actives de l'Etat pour promouvoir l'égalité salariale entre hommes et femmes

1.1. Situation générale

Les données les plus récentes indiquent qu'en Belgique l'écart salarial entre hommes et femmes, calculé sur les salaires bruts moyens pour un temps plein, était de 10% en 2009¹³⁸. Cela signifie que les femmes gagnaient en moyenne 320 euros de moins que les hommes pour un travail égal ou de valeur égale. D'après les statistiques, 48% de la différence salariale peuvent être expliqués sur la base de facteurs connus, tels que le travail à temps partiel, l'âge, le niveau de formation, la situation familiale¹³⁹ ou la nationalité¹⁴⁰. 52% de l'écart salarial restent toutefois inexpliqués et sont à attribuer à une discrimination salariale basée sur le sexe. De par ces résultats, la Belgique se place toutefois en assez bonne position européenne quant à la question de l'égalité salariale entre hommes et femmes. Ces bons résultats sont la conséquence d'une politique active dans le domaine de la discrimination femmes-hommes et de la problématique spécifique de la rémunération.

1.2. Bases légales pour promouvoir l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans le domaine de l'emploi et plus particulièrement en matière de salaire

A côté des institutions présentées *ci-dessous* (2.) actives en matière d'égalité des sexes, la législation fédérale belge visant à combattre les inégalités de genre s'est elle aussi étoffée ces dernières années, et plusieurs normes ont été adoptées sur le sujet.

Sur le plan constitutionnel, l'art. 10 al. 3 de la Constitution coordonnée¹⁴¹ consacre le principe de l'égalité des hommes et des femmes. Comme le relève la jurisprudence, en introduisant cette disposition, le Constituant a voulu, d'une part, inscrire expressément le principe de l'égalité des hommes et des femmes dans la Constitution et, d'autre part, fournir un fondement constitutionnel aux mesures visant à combattre les inégalités entre femmes et hommes¹⁴². Une éventuelle inégalité salariale basée sur le sexe contrevient au principe général de l'égalité entre hommes et femmes car ce principe englobe toutes les situations potentielles de discriminations basées sur le sexe. A notre connaissance, aucun employeur n'a toutefois encore été condamné sur la base de cette disposition.

¹³⁸ Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, l'écart salarial entre les femmes et les hommes en Belgique. Rapport 2012, p. 10 ; disponible sous http://igvm-iefh.belgium.be/fr/binaries/59%20%20Rapport%20Ecart%20salarial%202012_FR_tcm337-168234.pdf (26.11.12).

¹³⁹ La situation familiale concerne en réalité les hommes et leurs salaires ; un homme marié aura un salaire horaire brut moyen de 19.89€ contre 15.88€ pour un homme célibataire. Pour les femmes, le fait d'être mariée ou célibataire n'a qu'une faible influence sur le salaire. Cependant, la situation familiale est directement touchée, puisqu'il se trouve qu'une femme ayant des enfants a un salaire horaire moyen plus faible qu'une femme qui n'en a pas. En effet, le fait d'avoir des enfants explique 11% de l'écart salarial ; Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, l'écart salarial entre les femmes et les hommes en Belgique. Rapport 2012, p. 63.

¹⁴⁰ Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, l'écart salarial entre les femmes et les hommes en Belgique. Rapport 2012, p. 63.

¹⁴¹ La Constitution coordonnée du 17 février 1994 n° 1994021048 ; disponible sous <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm> (26.11.12).

¹⁴² Arrêt de la Cour constitutionnelle n° 159/2004 du 20 octobre 2004, c. B.5.6.

Sur le plan constitutionnel encore, l'art. 23 de la Constitution traite, pour sa part, des droits économiques, sociaux et culturels. A ce titre, le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle et à un niveau d'emploi aussi stable et élevé que possible ainsi que le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables sont mentionnés. Cette disposition n'a cependant aucun effet direct pour les particuliers ; il s'agit uniquement d'une norme programmatique, non justiciable¹⁴³.

La loi fondamentale dans le domaine de l'égalité des sexes est celle du **10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes**¹⁴⁴. Cette norme, qui transpose notamment la directive 75/117/CEE remplacée par la directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, n'a pas été introduite sans heurts dans le panorama législatif belge puisqu'elle a été combattue par plusieurs parties qui demandaient l'annulation de ses articles 2 à 39. Le thème de fond de la polémique concernait l'« horizontalisation » de l'interdiction de discrimination, prônée par le Gouvernement et le Conseil des ministres. Dans un long arrêt¹⁴⁵, la Cour constitutionnelle belge rejette néanmoins les recours introduits et affirme la constitutionnalité de la loi ainsi que des mécanismes de protection des femmes qu'elle prévoit.

La loi du 10 mai 2007 s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, et régit entre autres les dispositions et pratiques concernant les conditions de travail et la rémunération, c'est-à-dire notamment l'octroi et la fixation du salaire ainsi que l'octroi et la fixation de tous les avantages en espèce ou en nature (art. 6 § 2, 2°). Cette norme prohibe les discriminations directes¹⁴⁶ et indirectes¹⁴⁷ (art. 19), intentionnelles ou non, la sanction s'y attachant étant la nullité de l'acte (art. 20)¹⁴⁸. La **nullité est absolue** car la loi de 2007 traduit le droit fondamental de l'égalité de traitement dans les relations verticales et horizontales et touche donc à l'ordre public. De plus, contrairement à la lettre de la loi, aucun accord des parties postérieur à la naissance du litige, ne peut y déroger¹⁴⁹. Il ne s'agit toutefois pas d'une nullité totale, mais uniquement partielle. Ainsi, seule la clause litigieuse est mise à néant, de manière rétroactive (effet

¹⁴³ J. Jacquemain, Droit au travail, droit du travail, in R. Ergec (éd.), Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution, Bruxelles 1995, p. 163 ss, p. 168.

¹⁴⁴ Loi n° 2007002098 du 10.05.2007 ; disponible sous <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm> (26.11.12).

¹⁴⁵ Arrêt de la Cour constitutionnelle n° 17/2009 du 12 février 2009 ; disponible sous <http://www.const-court.be/fr/common/home.html> (26.11.12).

¹⁴⁶ On parle de **discrimination directe** en cas de distinction directe fondée sur le sexe non justifiable, c'est-à-dire la situation qui se produit lorsque, sur la base du sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable (art. 5, 5° et 6°). Une différence de traitement salarial entre un homme et une femme pour un travail égal ou de valeur égale est constitutive d'une discrimination directe.

¹⁴⁷ On parle de **discrimination indirecte** en cas de distinction indirecte fondée sur le sexe non justifiable, c'est-à-dire la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe déterminé (art. 5, 7° et 8°).

¹⁴⁸ La doctrine relève que la nullité aurait sans doute été imposée par les tribunaux même sans cette disposition expresse puisqu'une disposition contraire à l'interdiction de discriminer doit être considérée comme non conforme à l'ordre public ; voir P. Wautelet, les garanties de la non-discrimination : sanctions civiles et aspects de procédure dans les lois fédérales luttant contre la discrimination, in P. Wautelet (éd.), Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états, Liège 2009, p. 215 ss, p. 217.

¹⁴⁹ P. Wautelet, garanties de la non-discrimination, op. cit., p. 220-221.

ex tunc). On peut toutefois se demander quelles sont les conséquences concrètes de cette invalidation rétroactive : une disposition discriminatoire prévoyant par exemple que seuls les hommes ont droit à un 13^{ème} salaire doit-elle être déclarée nulle dans son ensemble et priver ainsi les travailleurs masculins de ses avantages ? Ou doit-on considérer qu'il faille aussi appliquer cette disposition aux femmes ? Selon une partie de la doctrine¹⁵⁰, il faudrait opter pour un nivellement par le haut, ce qui implique de soumettre aussi les travailleurs féminins aux bénéfices de la clause litigieuse. Cette approche semble aussi correspondre à la pratique des tribunaux¹⁵¹.

La loi du 10 mai 2007 instaure, à côté de la nullité de l'acte, un deuxième type de sanction civile à l'encontre d'une disposition discriminatoire : l'**indemnisation du préjudice subi par la victime** (art. 23). Cette sanction n'est pas nouvelle en soi et résulterait déjà des prescriptions de responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle¹⁵². La nouveauté réside dans le mode de calcul de l'indemnité. La victime peut discrétionnairement choisir entre le versement d'une somme forfaitaire s'élevant à 650 ou 1300 euros suivant les cas, et le versement d'une somme correspondant à son préjudice réellement subi. La première méthode vise à faciliter l'action de la victime et à rendre ainsi cet instrument plus attractif, en ce sens que la victime n'aura pas à démontrer l'existence de son dommage et son étendue.

A côté des sanctions civiles, la loi accorde aussi une **garantie procédurale** à la victime d'une discrimination salariale basée sur le sexe : en vertu de l'art. 25 de la loi, la personne lésée peut introduire une action en cessation de la discrimination, laquelle peut être couplée à une demande d'indemnisation forfaitaire. La victime n'est pas tenue de prouver son dommage ou le risque d'un préjudice pour introduire l'action ; il s'agit d'une mesure objectivée qui existe par la seule démonstration de l'existence d'une discrimination¹⁵³. Le ministère public est aussi habilité à introduire l'action en cessation. Selon la doctrine, l'accord de la victime n'est alors pas nécessaire et l'action publique introduite par le ministère public ne permet pas à la victime de bénéficier de la protection contre les représailles (art. 21 et 22) ; le ministère public, pour sa part, ne bénéficie pas des règles sur la charge de la preuve (art. 32 et 33)¹⁵⁴.

Une loi récente de l'Etat fédéral belge vise spécifiquement à réduire l'écart salarial entre les hommes et les femmes¹⁵⁵. Cette loi modifie plusieurs actes législatifs, et notamment la loi n° 1996072632 du 26 juillet 1996 relative à la promotion de l'emploi et à la sauvegarde préventive de la compétitivité¹⁵⁶, en y introduisant des composantes relatives à l'égalité des sexes. Par exemple, la loi modifiée prévoit que deux fois par an le Conseil central de l'économie et le Conseil central du travail émettent un rapport commun sur l'écart salarial entre hommes et femmes (art. 4 § 1 al. 1). De même, l'accord interprofessionnel des interlocuteurs sociaux doit fixer des mesures dans le cadre de la lutte contre l'écart salarial entre hommes et femmes, en particulier en rendant les systèmes de

¹⁵⁰ P. Wautelet, garanties de la non-discrimination, op. cit., p. 225-226 et les références citées.

¹⁵¹ Voir l'arrêt de la Cour du Travail de Bruxelles n° 12.480 du 31 janvier 1990 qui précise que la nullité ne vise que la discrimination prohibée, et non comme tels les avantages octroyés aux travailleurs masculins. L'employeur ne peut mettre fin à la discrimination légalement prohibée qu'en étendant les avantages aux agents féminins ou en supprimant ces avantages aux agents masculins mais alors en respectant les dispositions légales.

¹⁵² P. Wautelet, garanties de la non-discrimination, op. cit., p. 228.

¹⁵³ P. Wautelet, garanties de la non-discrimination, op. cit., p. 238.

¹⁵⁴ P. Wautelet, garanties de la non-discrimination, op. cit., p. 242.

¹⁵⁵ Loi n° 2012204357 du 22.04.2012 visant à lutter contre l'écart salarial entre hommes et femmes; disponible sous <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm> (26.11.12).

¹⁵⁶ Disponible sous <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm> (26.11.12).

classification de fonctions neutres sur le plan du genre (art. 6 § 1). Des conventions collectives respectant une classification des fonctions neutre doivent également être conclues (art. 8 § 3).

La **convention collective de travail n° 25**¹⁵⁷ traite elle aussi spécifiquement de la question de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes. Elle prévoit par exemple l'instauration d'une commission spécialisée, de composition paritaire, qui a pour mission de donner des avis à la juridiction compétente sur les litiges portant sur l'application du principe de l'égalité de rémunération (art. 6). Cette convention collective de travail a un champ d'application large : elle s'applique aux travailleurs et aux employeurs visés par l'art. 2 de la loi n° 1968120503 du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires¹⁵⁸ (art. 2), c'est-à-dire aux personnes qui, autrement qu'en vertu d'un contrat de louage de travail, fournissent des prestations de travail sous l'autorité d'une autre personne et aux personnes qui les occupent.

D'autres normes ont aussi un impact, direct ou indirect, sur les questions d'égalité des sexes et d'égalité salariale : la **loi n° 2007011240 du 12 janvier 2007 visant au contrôle de l'application des résolutions de la conférence mondiale sur les femmes** réunie à Pékin en septembre 1995 et intégrant la dimension du genre dans l'ensemble des politiques fédérales ainsi que la **loi n° 2002060537 du 5 juin 2002 sur le principe de la non-discrimination en faveur des travailleurs avec un contrat de travail à durée déterminée** et la **loi n° 2002030531 du 5 mars 2002 relative au principe de non-discrimination en faveur des travailleurs à temps partiel**¹⁵⁹.

A notre connaissance, aucun projet de législation supplémentaire n'est envisagé afin de compléter les normes existantes. Comme cela résulte du panorama législatif présenté plus haut, la Belgique s'est dotée d'instruments récents afin de renforcer l'action contre la discrimination des femmes à l'égard des hommes, et notamment de lutter contre l'écart salarial.

2. Institutions

La Belgique s'est dotée de plusieurs institutions œuvrant pour l'égalité des sexes. L'acteur principal est l'**Institut pour l'égalité des femmes et des hommes**, créé en 2002, et dont le but est de garantir et de promouvoir l'égalité des femmes et des hommes et de combattre toute forme de discrimination et d'inégalité basée sur le sexe¹⁶⁰. Une cellule de l'Institut est spécialisée dans le domaine de l'emploi et la cellule juridique traite des plaintes des victimes de discriminations.

D'autres acteurs collaborent aussi à la question de l'égalité femmes-hommes, et notamment : le Service public fédéral emploi, travail et concertation sociale¹⁶¹, le Conseil de l'égalité des chances

¹⁵⁷ Convention collective de Travail n° 25 du 15 octobre 1975 sur l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, modifiée par les Conventions collectives de Travail n° 25 bis du 19 décembre 2001 et n° 25 ter du 9 juillet 2008 ; disponible sous <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm> (26.11.12).

¹⁵⁸ Disponible sous <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm> (26.11.12).

¹⁵⁹ Bien que ces deux dernières lois ne s'appliquent pas spécifiquement aux femmes et n'ont pas été élaborées dans le cadre restreint d'une politique de lutte contre les discriminations de genre, il est évident que dans les faits ces lois concernent principalement le sexe féminin, étant donné que la majorité des travailleurs liés par des contrats de travail « atypiques » sont des femmes.

¹⁶⁰ Voir la loi n° 2002013438 du 16.12.2002 portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes ; disponible sous <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm> (26.11.12).

¹⁶¹ Voir le site internet : <http://www.emploi.belgique.be/defaultTab.aspx?id=8486> (26.11.12).

entre les hommes et les femmes et sa Commission Permanente du Travail Paritaire¹⁶², la Ministre de l'Intérieur et de l'Égalité des chances¹⁶³.

Nous nous focaliserons par la suite sur les tâches et pouvoirs spécifiques de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes puisqu'il s'agit de l'acteur principal en matière d'égalité de rémunération.

a. Les pouvoirs d'enquête et le devoir de coopérer

Les recherches menées n'ont pas permis de découvrir un réel pouvoir d'enquête de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes ou un devoir de collaborer avec lui. En effet, ni la loi portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes du 16 décembre 2002, ni la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes du 10 mai 2007 ne traitent de ces questions.

b. La possibilité de saisir le juge

L'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, qui dispose de la personnalité juridique¹⁶⁴, est habilité à aider toute personne sollicitant une consultation sur l'étendue de ses droits et obligations ; il **peut même agir en justice** dans les litiges auxquels pourrait donner lieu l'application de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ou du chapitre Vbis de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail et des lois pénales et autres lois qui ont spécifiquement pour objet la garantie de l'égalité des femmes et des hommes¹⁶⁵. L'action de l'Institut doit être subordonnée à l'accord de la victime lorsque celle-ci est identifiée¹⁶⁶. L'action en cessation de l'art. 25 de la loi du 10 mai 2007 peut en outre être introduite au nom propre de l'Institut, consacrant par là une forme d'action d'intérêt collectif¹⁶⁷. Les victimes de discriminations peuvent **déposer plainte en ligne**, sur une plateforme créée par l'Institut¹⁶⁸, ce qui accélère considérablement le processus et encourage le dépôt de plaintes.

D'autres acteurs que l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes disposent aussi de compétences pour agir en justice, comme l'indiquent les articles 32 al. 1 duodecimes de la loi du 4 août 1996 et l'art. 35 de la loi du 10 mai 2007. On retrouve dans ces énumérations les acteurs institutionnels classiques et notamment les organisations représentatives des travailleurs et des employeurs. Une innovation concerne cependant la compétence octroyée à tout établissement d'utilité publique et toute association, jouissant de la personnalité juridique depuis au moins trois

¹⁶² Voir l'arrêté royal n° 2003040494 du 4.04.2003 portant réorganisation du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes, notamment son art. 2 ; disponible sous <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm> (26.11.12).

¹⁶³ Voir le site internet : <http://www.milquet.belgium.be/fr/ministre-de-l%E2%80%99egalit%C3%A9-des-chances> (26.11.12).

¹⁶⁴ Voir Art. 2 de la loi portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes.

¹⁶⁵ Voir Art. 4, 5° de la loi portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes. Voir aussi l'art. 34 de la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ainsi que l'art. 32 duodecimes de la loi relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail. Comme indiqué *supra* (p.4), il n'est toutefois pas nécessaire que la victime donne son accord à l'action lorsque le ministère public introduit l'action en cessation.

¹⁶⁶ Voir Art. 36 de la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ainsi que l'art. 32 duodecimes al. 2 de la loi relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

¹⁶⁷ P. Wautelet, garanties de la non-discrimination, op. cit., p. 240.

¹⁶⁸ Formulaire consultable sous http://igvm-iefh.belgium.be/fr/introduire_une_plainte/ (26.11.12).

ans à la date des faits, et se proposant par ses statuts de défendre les droits de l'homme ou de combattre la discrimination. De plus, le ministère public est aussi habilité à introduire l'action en cessation sur la base de l'art. 25 de la loi du 10 mai 2007.

c. D'autres pouvoirs ou/et droits de l'institution

L'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes est également compétent pour adresser des **recommandations** aux pouvoirs publics en vue de l'amélioration des lois et réglementations ainsi qu'à adresser aux pouvoirs publics et aux personnes et institutions privées des recommandations sur la base des études et des recherches en matière de genre¹⁶⁹.

Il est aussi loisible à l'Institut de proposer une **médiation/conciliation** en cas de conflit entre l'employeur et le travailleur, laquelle peut se dérouler au sein de l'Institut ou éventuellement dans un autre environnement neutre. Lorsqu'un accord réciproque est atteint, le dossier est clôturé¹⁷⁰.

3. Mesures en place pour promouvoir la transparence salariale

La **loi du 22 avril 2002 visant à lutter contre l'écart salarial entre hommes et femmes** contient un chapitre 5 spécialement dédié à l'organisation d'une **concertation obligatoire au sein de l'entreprise** en vue d'aboutir à une politique de rémunération sexuellement neutre sur le plan du genre. Cette loi a par exemple introduit l'art. 13/1 dans la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes. En vertu de cette disposition, l'employeur d'une entreprise occupant habituellement en moyenne au moins cinquante travailleurs doit effectuer tous les deux ans une analyse détaillée de la structure de rémunération au sein de son entreprise afin de déterminer si elle mène une politique de rémunération neutre sur le plan du genre et, si tel n'est pas le cas, y aboutir en concertation avec la délégation du personnel.

De même, la loi du 22 avril 2002 a introduit un nouvel article 15 let. m dans la loi n° 1948092002 du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie¹⁷¹, lequel énonce que le rapport d'analyse remis par l'employeur au sens de l'art. 13/1 précité doit contenir les informations nécessaires sur les rémunérations et avantages directs perçus par les travailleurs, à moins que leur nombre soit inférieur ou égal à trois. Ces informations doivent être ventilées en fonction du genre des travailleurs et l'employeur doit aussi indiquer s'il s'est basé sur la « **Check-list Non-sexisme dans la classification et l'évaluation des fonctions** »¹⁷² lors de la rédaction du rapport. Cette Check-list permet à l'employeur de savoir si son système d'évaluation et de classification des fonctions satisfait ou non aux exigences pour un traitement égal des fonctions masculines et féminines, en fonction du nombre de points qu'il récolte.

Les nouveautés introduites par l'art. 13/1 de la loi du 10 mai 2007, entré en vigueur le 7 septembre 2012, ont pour objectif d'améliorer la transparence des salaires en entreprise, en obligeant l'employeur à communiquer les rémunérations qu'il octroie à ses travailleurs, ventilées par genre. Il est néanmoins encore trop tôt pour observer l'impact réel de cette disposition sur l'écart salarial entre hommes et femmes.

¹⁶⁹ Voir Art. 4, 2° et 3° de la loi portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes.

¹⁷⁰ Voir http://igvm-iefh.belgium.be/fr/introduire_une_plainte/procedure.jsp (26.11.2012).

¹⁷¹ Disponible sous <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm> (26.11.12).

¹⁷² Disponible sous <http://www.emploi.belgique.be/moduleTab.aspx?id=8486&idM=241> (26.11.12).

4. Autres mesures pour inciter les employeurs à promouvoir l'égalité des salaires

L'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes a lancé en 2001 le **projet EVA** (pour EVALuation analytique des fonctions) qui vise à remplacer les modes obsolètes d'évaluation des fonctions par des méthodes analytiques visant à réduire les discriminations de genre. Les employeurs et partenaires sociaux intéressés peuvent se former à cette approche grâce à différents instruments mis à leur disposition¹⁷³.

La loi du 22 avril 2012 visant à lutter contre l'écart salarial entre hommes et femmes a, de plus, créé une base légale instaurant la figure du **médiateur** dans les entreprises de plus de cinquante personnes¹⁷⁴. Le médiateur a pour mission d'aider l'employeur et les travailleurs à appliquer les mesures visant à lutter contre l'écart salarial ; il entend le travailleur qui s'estime victime d'une inégalité de traitement en matière salariale sur la base de son sexe et l'informe de la possibilité de procéder à une médiation avec l'employeur afin de **résoudre le litige de manière informelle**. La présence d'un médiateur dans l'entreprise n'est toutefois **pas obligatoire** selon la loi.

Les éventuelles mesures **d'action positive** prises par l'employeur sont, de plus, acceptées par le droit belge et ne sont pas considérées comme une forme de discrimination¹⁷⁵. Certaines conditions particulières sont toutefois requises : une inégalité manifeste doit par exemple exister et l'action positive doit être de nature temporaire et disparaître dès que l'objectif visé est atteint.

En conclusion, nous constatons que la Belgique s'est dotée de plusieurs moyens visant à diminuer l'écart salarial entre les hommes et les femmes. Certaines de ces mesures sont très récentes et il est donc encore trop tôt pour observer leur impact réel sur la question de l'égalité des salaires. Cependant, on peut affirmer sans trop se risquer que ces mesures contribueront à réduire les discriminations basées sur le sexe, dans la mesure où elles rendent les employeurs plus attentifs à cette problématique et leur proposent des solutions pour pallier aux éventuelles lacunes de leurs entreprises.

¹⁷³ Les instruments développés dans le cours du projet EVA sont disponibles sous : http://www.igvm.be/eva/index.php?fr_press (26.11.12).

¹⁷⁴ Voir Art. 13/2 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les hommes et les femmes.

¹⁷⁵ Voir Art. 16 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

E. CANADA

1. General Overview on State Measures to Promote Equality of Salaries

1.1. Introduction: Canadian federalism and jurisdiction over labour relations

Canada is a constitutional monarchy with a parliamentary system.¹⁷⁶ It is also a federation comprised of ten provinces and a federal government. Legislative authority over enumerated classes of subjects is granted to either the provincial legislatures or the federal parliament by The Constitution Act, 1867.¹⁷⁷

Labour relations is not a class of subjects enumerated in The Constitution Act, 1867. However, Canadian courts have long recognized that labour relations are presumptively a provincial matter and the federal government only has authority over labour relations by way of exception.¹⁷⁸ This exception has been narrowly interpreted such that the federal parliament only has legislative authority over labour relations if it can be shown that such authority forms an integral part of primary federal authority over some other federal object, such as telecommunications,¹⁷⁹ postal service,¹⁸⁰ or indians.¹⁸¹ Whether an entity is a federal work, undertaking or business is determined by an inquiry into its nature, habitual activities and daily operations.¹⁸²

The division of powers in labour relations matters is not limited to employment standards and collective labour relations. Indeed, the provisions of any provincial statute relating to working conditions are inapplicable to federal works, undertakings or businesses and vice versa, since such

¹⁷⁶ Since Canada has eleven legislative jurisdictions (not including the three delegated legislatures of the federal territories), an exhaustive review would be beyond the scope of this report. We have thus limited ourselves to two provinces – Ontario and Québec – in addition to the federal jurisdiction. The justification for the choice of the provinces are as follows: (1) Ontario and Québec are Canada's two most populous provinces and together account for almost two thirds of the Canadian population; (2) Ontario's private law is based upon the English common law and Québec's private law is based upon the napoleonic civil law and the two provinces thus represent two of Canada's founding legal traditions; (3) both Ontario and Québec have adopted comprehensive pay equity legislation.

The report describes the applicable legislation, as well as the institutions charged with enforcement, including investigative and adjudicative functions. The overall picture is one of general compliance with international standards of gender equality (E.g., Convention No. 100, the Convention Concerning Equal Remuneration for Men and Women for Work of Equal Value, International Labour Organization (ILO), General Conference, 34th Session (1951) (ratified by Canada in 1972) though the federal jurisdiction lacks mechanisms for the proactive establishment of pay equity in the private sector.

¹⁷⁷ 30 & 31 Vict., c. 3, <<http://canlii.ca/t/ldsw>>, ss. 91-95. In most cases, this legislative authority is exclusive though the provinces and the federal government have concurrent authority in some specific domains (interprovincial trade of non-renewable natural resources, forestry resources and electrical energy, old age pensions, agriculture and immigration).

¹⁷⁸ *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396. The provincial authority is based on the Constitution Act, 1867, ss. 92(13) (property and civil rights in the province) and 92(16) (matters of a merely local or private nature in the province).

¹⁷⁹ *Northern Telecom v. Communications Workers*, 1979 CanLII 3 (SCC), [1980] 1 SCR 115, <<http://canlii.ca/t/1mjt>>.

¹⁸⁰ *Letter Carrier's Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers et al.*, 1973 CanLII 183 (SCC), [1975] 1 SCR 178, <<http://canlii.ca/t/1xv5s>>.

¹⁸¹ *NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45 (CanLII), [2010] 2 SCR 696, <<http://canlii.ca/t/2d60s>>.

¹⁸² *Ibid.*

matters are an essential part of their very management and operation. Of particular interest for our purposes is the reciprocal inapplicability of human rights statutes and pay equity statutes, as between provincial and federal jurisdictions.¹⁸³ Thus, before knowing the rights and obligations of an employee in Canada, including relative to pay equity, it must first be established whether her employer constitutes a provincial or a federal work, undertaking or business.

This picture is further complicated by the distinction between employees in the private sector and employees in the public sector. A constitutional bill of rights, the Canadian Charter of Rights and Freedoms¹⁸⁴ applies to the federal parliament and government in respect of all matters within their authority and to the legislature and government of each province in respect of all matters within their authority.¹⁸⁵ Thus, government employees benefit directly from the protection of the Canadian Charter, though all employees benefit from it indirectly in so far as federal and provincial legislation inconsistent with the provisions of the Charter is, to the extent of the inconsistency, invalid.¹⁸⁶ Furthermore, in most Canadian jurisdictions, there are specific laws applicable to public servants and/or other employees of the state.

1.2. Canadian federalism and international law

The federal government has the exclusive authority to bind Canada through treaties or conventions, by virtue of its general authority to make laws for the peace order and good government of Canada.¹⁸⁷ However, regardless of their signature and ratification, international treaties and conventions are not part of Canadian law unless they have been implemented by statute,¹⁸⁸ and such implementation must be done by the entity that has the legislative authority to do so.¹⁸⁹ Thus, though Canada is a signatory to several international instruments containing provision relative to sex discrimination and/or pay equity, these instruments are not an autonomous source of law in Canada.¹⁹⁰ International instruments signed and ratified by Canada are, however, an indirect source of law in so far as they play an important role in guiding the interpretation of domestic law.¹⁹¹

¹⁸³ Bell Canada v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail), 1988 CanLII 81 (SCC), [1988] 1 SCR 749, <<http://canlii.ca/t/1ftgp>>.

¹⁸⁴ Being Part 1 of The Constitution Act, 1982, Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c 11, <<http://canlii.ca/t/ldsx>> [hereinafter “Canadian Charter of Rights and Freedoms” or “Canadian Charter”].

¹⁸⁵ Canadian Charter, *ibid.*, s. 32.

¹⁸⁶ The Constitution Act, 1982, *supra*, s. 52.

¹⁸⁷ The Constitution Act, 1867, *supra*, s. 91; *In re The Regulation and Control of Radio Communications in Canada*, [1932] A.C. 304.

¹⁸⁸ *Francis v. The Queen*, 1956 CanLII 79 (SCC), [1956] SCR 618, <<http://canlii.ca/t/22tnp>>; *Capital Cities Comm. v. C.R.T.C.*, 1977 CanLII 12 (SCC), [1978] 2 SCR 141, <<http://canlii.ca/t/1mkb3>> .

¹⁸⁹ *A.G. Can. v. A.G. Ont. (Labour Conventions)*, [1937] A.C. 326 (Privy Council)

¹⁹⁰ E.g., Convention No. 100, the Convention Concerning Equal Remuneration for Men and Women for Work of Equal Value, *supra* 1; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, United Nations, 16 December 1966, 993 UNTS 3 (ratified by Canada in 1976); International Covenant on Civil and Political Rights, United Nations, 16 December 1966, 999 UNTS. 171 (ratified by Canada in 1976); Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, United Nations, G.A. Res. 34/180, GAOR, 34th Sess., Supp. No. 46 at 193 (1979) (ratified by Canada in 1982).

¹⁹¹ *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 699 (SCC), [1999] 2 SCR 817, <<http://canlii.ca/t/1fqlk>>.

1.3. General principles

Freedom from discrimination based on sex is a **constitutionally protected right in Canada** in that the Canadian Charter of Rights and Freedoms specifically prohibits such discrimination. Section 15 of the Charter states:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on... sex...

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of... sex...

Despite the importance of the Charter in the Canadian constitutional scheme, there are limits to the scope of the guarantees that it provides, including those set out in the equality provision. First, as noted above, **the Charter only applies to government action** and thus its equality provision cannot be relied upon directly by employees in the private sector.

Second, the constitutional protection of a right or freedom **does not create a positive obligation to legislate**. Thus, the general equality provisions of the Charter do not oblige legislatures to adopt pay equity legislation. Once such legislation is adopted, however, its constitutionality may be challenged on the grounds that the protection it affords is under-inclusive.¹⁹²

Finally, as with all of the rights and freedoms protected by the Canadian constitution, equality rights are subject “to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”¹⁹³ This has been interpreted to mean that **limits can be imposed on protected rights and freedoms** to the extent that the measure limiting the right or freedom is intended by the legislature to address a pressing and substantial objective, that there is a rational connection between the measure and the objective, and there is a proportionality between the effects of the measures and the objective.¹⁹⁴ In the specific context of wage discrimination, the Supreme Court has found that provincial legislation postponing the implementation of a pay equity agreement with public sector unions constituted a violation of section 15 of the Charter, but the violation was justified under section 1 because it was done in response to a severe fiscal crisis.¹⁹⁵ Within these limits, the Charter’s equality provision has been held to guarantee not only formal equality, but substantive equality. Thus the determination of whether there is prohibited discrimination within the meaning of section 15 must include an analysis not only of the choices afforded to individuals by the State, but also the social and economic environments in which those choices are made.¹⁹⁶

This distinction between formal and substantive equality is at the core of the notion of pay equity in Canadian law, which is distinguished from a mere absence of discrimination based on sex. Whereas legislated prohibitions on wage discrimination based on sex are easily applied in cases where women and men do the same job for the same employer, they are not as effective in combatting the systemic and historically entrenched sexism reflected in the different values that are put on different

¹⁹² Vriend v. Alberta, 1998 CanLII 816 (SCC), [1998] 1 SCR 493, <<http://canlii.ca/t/1fqt5>>.

¹⁹³ Canadian Charter of Rights and Freedoms, supra, s. 1.

¹⁹⁴ R. v. Oakes, 1986 CanLII 46 (SCC), [1986] 1 SCR 103, <<http://canlii.ca/t/1ftv6>>.

¹⁹⁵ Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E., 2004 SCC 66 (CanLII), [2004] 3 SCR 381, <<http://canlii.ca/t/1j0tg>>.

¹⁹⁶ Québec (Attorney General) v. A, 2013 SCC 5 (CanLII), <<http://canlii.ca/t/fvsc0>> .

kinds of work. Thus, the slogan “equal pay for equal work”¹⁹⁷ has given way in Canada to “equal pay for work of equal value”.¹⁹⁸

Substantial equality is promoted by the provinces and the federal power by the adoption application and enforcement of three different kinds of legislation:

- (1) general human rights legislation that construes discrimination broadly, but which is complaint-driven, rather than proactive,
- (2) employment standards legislations, which sometimes prohibits wage discrimination, but which is generally complaint driven rather than proactive, and
- (3) specific pay equity legislation that puts proactive mechanisms in place to redress systemic discrimination suffered by people who occupy positions historically occupied by women.

¹⁹⁷ Universal Declaration of Human Rights, United Nations, G.A. Res 217 (III), UN GAOR, 3d Sess, Supp No 13, U.N. Doc A/810 at 71 (1948), Article 23, paragraph 2. This standard was also applied in Canadian law. See, e.g., the Female Employees Equal Pay Act (1956) 4 & 5 Eliz. II, c 38, which prohibited employers from paying women less than men for doing “identical or substantially identical” jobs. This Act was repealed with the adoption of the Canadian Human Rights Act, SC 1976-77, c 33.

¹⁹⁸ Convention No. 100, the Convention Concerning Equal Remuneration for Men and Women for Work of Equal Value; Canadian Human Rights Act, RSC 1985, c H-6, <<http://canlii.ca/t/51zdc>>, s. 11(1) (“It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.”).

1.4. Measures taken by the federal parliament and government

1.4.1. Human rights legislation

The Canadian Human Rights Act was first adopted by the federal parliament in 1977. It is a comprehensive anti-discrimination statute that prohibits discriminatory practices on the grounds of “race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability and conviction for an offense for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered.”¹⁹⁹ The Act applies in all areas of economic life, including provision of goods and services,²⁰⁰ housing²⁰¹ and employment.²⁰² In keeping with the principles of Canadian federalism, the employment provisions of the Act apply only to employees of federal works, undertakings or businesses and employees of the federal government.

Contrary to the provinces of Québec and Ontario, there is no federal legislation specific to pay equity in the private sector. This policy choice is described as follows by the Supreme Court of Canada:

Some provincial legislatures have chosen to enact distinct laws and have set up separate administrative and adjudicative processes to implement pay equity, outside general human rights statutes, to address the particular form of discrimination against women which denies them equal pay for work of equal value.

The Parliament of Canada took a different path. It incorporated the principle of pay equity in the Canadian Human Rights Act itself. The Act provides that maintaining wage differentials between male and female employees doing work of equal value is a discriminatory practice.²⁰³

One consequence of this policy choice is that the equality of wages provisions in the Canadian Act are much more detailed than the provisions found in its provincial analogues and more closely resemble pay equity legislation. **The relevant section of the Act prohibits employers from establishing or maintaining differences in wages (construed broadly)²⁰⁴ between male and female employees in the same establishment who are performing work of equal value.**²⁰⁵ The assessment of work for the purposes of determining its value must be done using a composite criterion of skill, effort, and responsibility required in the performance of the work as well as the conditions under which it is performed.²⁰⁶ If a situation of unequal wages is identified, the employer may not reduce wages to eliminate the discriminatory practice.²⁰⁷

The provisions of the Act are supplemented by **Equal Wages Guidelines**,²⁰⁸ which despite their name are a binding “form of law, akin to regulations”.²⁰⁹ The Guidelines implement pay equity principles

¹⁹⁹ Canadian Human Rights Act, *ibid*, s. 3(1).

²⁰⁰ *Ibid*, s. 5.

²⁰¹ *Ibid*, s. 6.

²⁰² *Ibid*, ss. 7-11.

²⁰³ Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Airlines International Ltd., 2006 SCC 1 (CanLII), [2006] 1 SCR 3, <<http://canlii.ca/t/1mff7>> at paras. 11-12 (references omitted).

²⁰⁴ Wages include salaries, commissions, vacation pay, dismissal wages and bonuses; reasonable value for board, rent, housing and lodging; payments in kind; employer contributions to pension funds or plans, long-term disability plans and all forms of health insurance plans; and any other advantage received directly or indirectly from the individual’s employer. Canadian Human Rights Act, *supra*, s. 11(7).

²⁰⁵ *Ibid*. s. 11(1).

²⁰⁶ *Ibid*. s. 11(2).

²⁰⁷ *Ibid*. s. 11(6)

²⁰⁸ 1986, SOR/86-1082.

²⁰⁹ Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association, 2003 SCC 36 (CanLII), [2003] 1 SCR 884, <<http://canlii.ca/t/1g6pk>> at para. 37.

in that they allow for complaints by or on behalf of occupational groups that are predominantly of one sex alleging differences in wages from a group predominantly of the other sex.²¹⁰

Predominance is determined statistically. An occupational group is composed predominantly of one sex where the number of members of that sex constitute a fixed percentage of the occupational group, depending on the group's size: 70% if the group has less than 100 members, 60% if it has from 100 to 500 members, and 55% per cent if it has more than 500 members.²¹¹

Administration and enforcement of the Act is the responsibility of an independent commission, the **Canadian Human Rights Commission (CHRC)**.²¹² The CHRC is the entity **that adopts the Equal Wages Guidelines and other regulations under the Act**.²¹³ It is also charged with the administration of the Act and the promotion of human rights, including developing and conducting information programs to foster recognition of the principles of equal opportunity and autonomy, and research programs related to its duties and functions under the Act.²¹⁴

The **Canadian Human Rights Tribunal** is an institutionally independent and impartial adjudicative body²¹⁵ charged with holding inquiries into complaints that the CHRC is satisfied are founded.²¹⁶ The Tribunal may hear evidence and come to conclusions of fact and make determinations of law.²¹⁷ If, after holding an inquiry, the Tribunal finds that the complaint is substantiated, it may order financial compensation and make remedial orders, including orders "to take measures... to prevent the same or a similar practice from occurring in future..."²¹⁸

As of 2009, wage discrimination complaints filed by employees of the federal government are heard by the **Public Service Labour Relations Board ("PSLRB")** and all complaints pending before the CHRC were transferred.²¹⁹ The PSLRB is an institutionally independent and impartial adjudicative body charged with adjudicating labour relations matters in the federal public service.²²⁰ In the hearing of wage discrimination matters under its jurisdiction, the PSLRB applies the substantive provisions of the Canadian Human Rights Act according to its own procedures. This is a purely transitional regime, which will be abolished with the coming into force of the Public Sector Equitable Compensation Act²²¹ (see below).

²¹⁰ Equal Wages Guidelines, 1986, SOR/86-1082, <<http://canlii.ca/t/l8c9>>, s. 12.

²¹¹ Ibid., s. 13.

²¹² Canadian Human Rights Act, supra, ss. 26-48.

²¹³ Ibid., ss. 11(4) & 27(2).

²¹⁴ Ibid. s. 27(1).

²¹⁵ The Tribunal's independence and impartiality were confirmed by the Supreme Court in *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, 2003 SCC 36 (CanLII), [2003] 1 SCR 884, <<http://canlii.ca/t/1g6pk>>.

²¹⁶ Canadian Human Rights Act, supra, s. 49.

²¹⁷ Ibid. s. 50.

²¹⁸ Ibid. s. 53(2).

²¹⁹ Budget Implementation Act, 2009, SC 2009, c. 2, s. 396. Note that complaints before the Canadian Human Rights Tribunal remained within the jurisdiction of that body.

²²⁰ Public Service Labour Relations Act, SC 2003, c. 22, s. 2, ss. 12-53.

²²¹ SC 2009, c. 2, s. 394 [not in force at time of writing]. See Melançon et al. v. Treasury Board and the Department of Industry, the Department of Health and the Canadian International Development Agency, 2010 PSLRB 20 (CanLII), <<http://canlii.ca/t/28ct0>> at para. 38 ("The overall intent of [s. 396 of the Budget Implementation Act, 2009] is that the PSLRB should stand in the CHRT's shoes to dispose of complaints in this interim period before the [Public Sector Equitable Compensation Act] comes into force.").

Finally, in unionized work environments, a complaint may be brought by the union before a **labour arbitrator on behalf of its members**.²²² However, since wage discrimination complaints often involve wage scales set out in the collective agreement negotiated by the union, the union may refuse to bring the matter to arbitration. In such cases, individual workers may file a complaint with the CHRC and name both the employer and the union as respondents.²²³

Decisions of the CHRC, decisions, awards and orders rendered by the Canadian Human Rights Tribunal and labour arbitration awards **are not subject to appeal**. However, **they are subject to judicial review before the Federal Court**.²²⁴ Upon judicial review, the Court must show deference to the specialized body's expertise and specialized function.²²⁵

1.4.2. Employment standards legislation and institutions

Minimal employment standards applicable to employees of a federal work, undertaking or business are set out in Part III of the **Canada Labour Code**.²²⁶ The Canada Labour Code does not create a free standing right to equal wages. Instead, it incorporates by reference the definition set out in section 11 of the Canadian Human Rights Act and stipulates that the Canada Labour Code's inspection provisions apply "as if this Part expressly required an employer to refrain from that discriminatory practice."²²⁷

The inspection regime set out in the Canada Labour Code is similar to that set out in the Canadian Human Rights Act, though **the powers conferred to the inspector are wider and more explicit**.²²⁸ Though the Canada Labour Code does not specifically provide for it, employees who believe that they are victims of wage discrimination may inform the federal Minister of Labour, who may then designate an inspector.²²⁹ If the inspector has reasonable grounds for believing that an employer is engaging or has engaged in wage discrimination, the inspector may notify the CHRC or file a complaint with the CHRC in accordance with the applicable provisions of the Canadian Human Rights Act.²³⁰ Once the CHRC is notified or has received a complaint from an inspector named by the Minister under the Canada Labour Code, the normal process under the Canadian Human Rights Act is followed.

It should be noted that employees covered by the Canada Labour Code have the choice as to which procedural mechanism they use in order to complain of wage discrimination. The Code "does not mandate that any complaint by an employee for discriminatory practice under section 11 of the

²²² Canada Labour Code, RSC 1985, c L-2, <<http://canlii.ca/t/51zlm>>, ss. 56-66 (jurisdiction and powers of labour arbitrator). See also, *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42 (CanLII), [2003] 2 SCR 157, <<http://canlii.ca/t/51pb>> (confirming labour arbitrator's jurisdiction to apply human rights statutes).

²²³ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Québec (Attorney General)*, 2004 SCC 39 (CanLII), [2004] 2 SCR 185, <<http://canlii.ca/t/1h87t>> (confirming that a labour arbitrator's jurisdiction is not exclusive when the complaint alleges that the collective agreement itself, rather than its interpretation or application by the employer, is discriminatory).

²²⁴ Federal Courts Act, RSC 1985, c. F-7, s. 18.1.

²²⁵ *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53 (CanLII), [2011] 3 SCR 471, <<http://canlii.ca/t/fnl47>>.

²²⁶ Canada Labour Code, RSC 1985, c L-2, <<http://canlii.ca/t/51zlm>>, s. 167(1).

²²⁷ *Ibid.* s. 182(1).

²²⁸ *Ibid.* ss. 249, 250, 252, 253, 254, 255 and 264.

²²⁹ *Ibid.* s. 49.

²³⁰ *Ibid.* s. 182(2); Canadian Human Rights Act, s. 40.

Canadian Human Rights Act be filed through the inspector. That procedure is at best an alternative means of filing a complaint with the CHRC.”²³¹

Finally, the Canada Labour Code gives inspectors the power to notify or complain to the CHRC of wage discrimination “**at any time**”.²³² It follows that if the inspector is performing an inspection for another purpose (for example as part of an unjust dismissal investigation) and comes to the conclusion that the employer is engaging in wage discrimination, then the inspector may notify or complain to the CHRC.

The inspection regime set out in the Canada Labour Code may lead to the normal adjudication procedures under the Canadian Human Rights Act.

In theory, both the minister’s decision to name an inspector and the inspector’s decision to notify or complain to the CHRC are subject to judicial review before the Federal Court.²³³ However, we are unaware of any cases where this has actually been done.

²³¹ Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, 1998 CanLII 8700 (FCA), [1999] 1 FC 113, <<http://canlii.ca/t/4m4p>>.

²³² Canada Labour Code, *supra*, s. 182(2).

²³³ Federal Courts Act, *supra*, s. 18.1.

1.5. Measures taken by the province of Québec

1.5.1. Human rights legislation

The **Québec Charter of Human Rights and Freedoms** was first adopted by the national assembly of that province in 1975.²³⁴ It is a comprehensive human rights and anti-discrimination statute that applies to all those matters that come under the legislative authority of the province.²³⁵ In addition to the acts of private individuals, the Québec Charter binds the state.²³⁶ It thus applies to the provincial government and its agencies and provincial legislation must comply with its substantive provisions on pain of invalidity.²³⁷

Section 10 of the Québec Charter provides that “**every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based... sex.**” There are several provisions that make this general prohibition on discrimination applicable to the employment context,²³⁸ but the most salient is section 19, which states:

19. Every employer must, without discrimination, grant equal salary or wages to the members of his personnel who perform equivalent work at the same place.

A difference in salary or wages based on experience, seniority, years of service, merit, productivity or overtime is not considered discriminatory if such criteria are common to all members of the personnel.

Adjustments in compensation and a pay equity plan are deemed not to discriminate on the basis of gender if they are established in accordance with the Pay Equity Act (chapter E-12.001).

This section was amended in 1996 with the adoption of the Pay Equity Act,²³⁹ so that any adjustment in compensation and pay equity plans are deemed not to be discriminatory. Thus, for those employees covered by the Pay Equity Act, the Québec Charter is essentially inapplicable with respect to wage discrimination on the grounds of sex.²⁴⁰

The Québec Charter creates two institutions for its application and enforcement: **the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse**²⁴¹ (**Human Rights and Youth Rights Commission, hereinafter “CDP”**) and **the Human Rights Tribunal**.²⁴²

In addition to these institutions, the Québec Charter refers to the **Commission de l'équité salariale** (Pay Equity Commission, hereinafter “CÉQ”), at section 49.1:

²³⁴ Charter of human rights and freedoms, RSQ, c. C-12, <<http://canlii.ca/t/hxt9>> [Québec Charter].

²³⁵ Ibid., s. 55.

²³⁶ Ibid., s. 54.

²³⁷ Ibid., s. 52. Note that this is what is called a “manner and form” restriction. Legislation incompatible with the Québec Charter is valid if it specifically provides that it is to apply despite the Québec Charter.

²³⁸ Ibid., s. 13 (prohibition on discriminatory clauses in contracts), s. 16 (prohibition on discrimination in employment generally), s.17 (prohibition on discrimination in respect of union and professional association membership), s. 18 (prohibition on discrimination in reception, classification or processing of a job application).

²³⁹ RSQ, c. E-12.001.

²⁴⁰ Section 19 still continues to apply, in such cases, to discrimination based on race, colour, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, and a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

²⁴¹ Ibid., ss. 67-96.

²⁴² Ibid., ss. 100-133.

49.1. Any complaint, dispute or remedy the subject-matter of which is covered by the Pay Equity Act (chapter E-12.001) shall be dealt with exclusively in accordance with the provisions of that Act.

Moreover, any question concerning pay equity between a predominantly female job class and a predominantly male job class in an enterprise employing fewer than 10 employees shall be settled by the Commission de l'équité salariale in accordance with section 19 of this Charter.

The reason for the reference to enterprises that employ fewer than ten employees is that enterprises that employ ten or more employees are covered by the Pay Equity Act,²⁴³ and thus excluded from the application of the Québec Charter in this regard by the operation of its section 19, paragraph 3.

The CÉQ is described in more detail below. For the purposes of application of the Québec Charter, the CÉQ's role is extremely limited.²⁴⁴ Not only is its jurisdiction in this regard limited to enterprises employing fewer than 10 employees, but its powers have been interpreted to be quite circumscribed. The CÉQ has held that it only has been given investigative powers²⁴⁵ by section 49.1 of the Québec Charter, and that the CDP retains its other powers (described below) with regard to the application of section 19 to enterprises employing fewer than ten employees.²⁴⁶

The CDP is charged with promoting an upholding "by every appropriate measure" the principles of the Québec Charter.²⁴⁷ This includes proactive measures such as public information campaigns, and research as well as the investigation of complaints.²⁴⁸ An investigation can be done either on the CDP's own initiative or subsequent to the receipt of a complaint. The CDP's powers of investigation are wide, as its investigating members are "vested with the powers and immunity of commissioners appointed under the Act respecting public inquiry commissions except the power to order imprisonment."²⁴⁹ These powers include the summoning of witnesses, who may be ordered to bring "such books, papers, deeds and writings as appear necessary for arriving at the truth."²⁵⁰

The CDP is also charged with encouraging the parties to a complaint to come to a negotiated settlement or to agree to binding arbitration.²⁵¹ Furthermore, the CDP may make a "proposal of redress" including measures such as "the admission of the violation of a right, the cessation of the act complained of, the performance of any act or the payment of compensation or punitive damages".²⁵² In practice, these "proposals" function as orders, since they are backed by the threat of proceedings before the Human Rights Tribunal, where the CDP will act for the complainant.²⁵³

The Human Rights Tribunal is an institutionally independent and impartial adjudicative body. Unlike other human rights tribunals in Canada, the Québec Human Rights Tribunal is presided by a judge,

²⁴³ Québec Pay Equity Act, *supra*, s. 4.

²⁴⁴ The Pay Equity Act, *ibid.*, s.93(7) describes the powers of the CÉQ in this regard as "making non-adversary investigations following a complaint under section 19 of the Charter of human rights and freedoms (chapter C-12) filed by an employee of an enterprise employing fewer than 10 employees, alleging discrimination in compensation between a predominantly female job class and a predominantly male job class."

²⁴⁵ The investigative powers of the CÉQ are described below.

²⁴⁶ Moreau c. Commission de l'équité salariale, 2009 QCCRT 144, <<http://canlii.ca/t/23352>>

²⁴⁷ Québec Pay Equity Act, *supra*, s. 71.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ *Ibid.*, s. 68.

²⁵⁰ An Act respecting public inquiry commissions, RSQ, c. C-37, <<http://canlii.ca/t/h9h4>>, s. 9.

²⁵¹ Québec Charter, *supra*, ss. 78-79.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ *Ibid.* s. 80.

rather than an adjudicative officer, though two “assessors” sit on every hearing with the judge and the assessors are not judges.²⁵⁴

The Human Rights Tribunal functions as a court and hears applications submitted to it by the CDP on behalf of complainants relying on the Québec Charter.²⁵⁵ It may also hear applications from complainants who have been found by the CDP to have a bone fide claim, but for whom the CDP has refused to file an application.²⁵⁶

Unlike the common law jurisdictions in Canada and the federal jurisdiction, Québec’s Charter is integrated with its civil liability regime.²⁵⁷ **Proceeding via the CDP and the Human Rights Tribunal is thus optional, not mandatory.** Consequently, subject to the exclusion set out in section 49.1, alleged victims of wage discrimination could theoretically seize the ordinary courts. Since the adoption of the Pay Equity Act, this has never occurred in practice, to our knowledge.

Decisions of the Human Rights Tribunal may be appealed to the Québec Court of Appeal with leave from one of the judges thereof.²⁵⁸

1.5.2. Employment standards legislation and institutions

In Québec, minimal employment standards applicable to employees of a provincial work, undertaking or business are set out in the **Labour Standards Act**.²⁵⁹ Though this Act imposes a variety of obligations designed to reduce systemic wage discrimination indirectly (e.g. maternity leave provisions that require a returning mother to benefit from any wage increases instituted during her absence),²⁶⁰ it contains no provisions specifically prohibiting wage discrimination.

²⁵⁴ Ibid. ss. 101-104.

²⁵⁵ Ibid. s. 111.

²⁵⁶ Ibid. s. 84, para. 2 and s. 111 para. 2.

²⁵⁷ Ibid., s. 49. See also, *Seneca College v. Bhaduria*, 1981 CanLII 29 (SCC), [1981] 2 SCR 181, <<http://canlii.ca/t/1mjln>>.

²⁵⁸ Ibid., s. 132.

²⁵⁹ An Act Respecting Labour Standards, RSQ, c N-1.1.

²⁶⁰ Ibid., s. 81.4 (18 weeks maternity leave), s. 81.10 (52 weeks parental leave) and s. 81.15.1 (reinstatement after maternity or parental leave with “the wages to which the employee would have been entitled had the employee remained at work”).

1.6. Measures taken by the province of Ontario

1.6.1. Human rights legislation

The Ontario Human Rights Code²⁶¹ was adopted by the parliament of that province in 1962 and has undergone many amendments since. It is a comprehensive anti-discrimination statute that applies to matters that come under the legislative authority of the province and in particular to the provision of services, goods and facilities, to accommodation, to contracts of all sorts and to employment.²⁶² In addition to the acts of private individuals, the Human Rights Code binds the State. It thus applies to the provincial government and its agencies and provincial legislation must comply with its substantive provisions on pain of invalidity.²⁶³

Section 5(1) of the Human Rights Code provides that “[e]very person has a right to equal treatment with respect to employment without discrimination because of... sex...”. **This section clearly covers direct wage discrimination but it does not mandate equal pay for work of equal value.** Nevertheless, pay equity principles may be read into the Human Rights Code when one considers the prohibition on “constructive discrimination”, which is defined as a requirement, qualification or factor that is not discrimination on a prohibited ground but that results in the exclusion, restriction or preference of a group of persons who are identified by a prohibited ground of discrimination.²⁶⁴ Thus, different wage scales applicable to different job classes may be deemed discriminatory under the Human Rights Code if the effect of the difference is to create a disadvantage based on sex.

Application and enforcement of the Ontario Human Rights Code is done by three different institutions: **The Ontario Human Rights Commission, the Human Rights Legal Support Centre and the Human Rights Tribunal of Ontario.**

The Ontario Human Rights Commission (“OHRC”) is an institutionally independent and impartial administrative agency²⁶⁵ charged with promoting human rights through a variety of means including research, public information and education campaigns, and reviews of legislation.²⁶⁶ The OHRC does not receive individual complaints, though it can conduct inquiries on its own initiative. The powers of the OHRC to conduct an inquiry are vast and include the power to “without warrant, enter any lands or any building, structure or premises where the investigator has reason to believe there may be documents, things or information relevant to the inquiry” as well as to demand the production of documents.²⁶⁷ If, subsequent to an inquiry, the OHRC comes to the conclusion that it would be in the public interest to do so, it may make an application for an order by the Human Rights Tribunal.²⁶⁸ Upon such an application, the OHRC becomes a party to litigation before the Human Rights Tribunal as does the person against whom the order is sought.²⁶⁹

Unlike the Canadian Human Rights Tribunal and the Québec Human Rights Tribunal, the Ontario Human Rights Tribunal may be seized directly by complainants, rather than by an administrative agency. To ensure that this individualization of human rights litigation does not compromise access, the provincial parliament established the Human Rights Legal Support Centre (“HRLSC”). Unlike

²⁶¹ Human Rights Code, RSO 1990, c H.19, <<http://canlii.ca/t/51tsz>>.

²⁶² Ibid., ss. 1-3 and 5.

²⁶³ Ibid. s. 47. Note that this is what is called a “manner and form” restriction. Legislation incompatible with the Act is valid if it specifically provides that it is to apply despite the Act.

²⁶⁴ Ibid., s. 11.

²⁶⁵ Ibid., s. 27.

²⁶⁶ Ibid., s. 29.

²⁶⁷ Ibid., s. 31.

²⁶⁸ Ibid., ss. 29(i), 35

²⁶⁹ Ibid., s. 36.

human rights commissions, the HRLSC is not a state institution. Rather, it is an independent non-profit corporation that is independent from the provincial government but accountable to it in accordance with the Human Rights Code.²⁷⁰ The HRLSC provides legal and support services to complainants who wish to file an application before the Ontario Human Rights Tribunal, to enforce one of the Tribunal's orders or to seek judicial review from a decision rendered by the Tribunal.²⁷¹

The Ontario Human Rights Tribunal is an institutionally independent and impartial adjudicative body²⁷² charged with hearing applications from anybody who believes that their substantive rights under the Human Rights Code have not been respected.²⁷³ As mentioned above, the Tribunal may also hear applications brought by the OHRC seeking an order in the public interest. The Tribunal has the power "to determine all questions of fact or law that arise in any application before it"²⁷⁴ and to make orders including an order "to pay monetary compensation to the party whose right was infringed for loss arising out of the infringement, including compensation for injury to dignity, feelings and self-respect."²⁷⁵

The Ontario Human Rights Tribunal may also summarily dismiss an application if "is of the opinion that another proceeding has appropriately dealt with the substance of the application."²⁷⁶ Victims of wage discrimination may thus be in a position where they have to choose their recourse and then assume the consequences of that decision in later litigation.

In theory, a decision of the Human Rights Tribunal is "final and not subject to appeal and shall not be altered or set aside in an application for judicial review or in any other proceeding unless the decision is patently unreasonable."²⁷⁷ Nevertheless, in accordance with the public law jurisprudence interpreting section 96 of the Constitution Act, 1867, the Ontario Superior Court of Justice²⁷⁸ may review decisions of the Tribunal on grounds other than patent unreasonableness, notably in cases where the Tribunal acted without jurisdiction or where the decision contains errors of general law of fundamental importance to the legal system as a whole.²⁷⁹

1.6.2. Employment standards legislation

In Ontario, minimal employment standards applicable to employees of a provincial work, undertaking or business are set out in the **Employment Standards Act**.²⁸⁰ Section 42 of the Act establishes a pay equity standard of equal pay for work of equal value. However, enforcement of the section is entirely complaint based and the Act does create any proactive mechanisms for achieving pay equity. Section 42 provides, in part:

42. (1) No employer shall pay an employee of one sex at a rate of pay less than the rate paid to an employee of the other sex when,
- (a) they perform substantially the same kind of work in the same establishment;
 - (b) their performance requires substantially the same skill, effort and responsibility; and

²⁷⁰ Ibid. s. 45.11.

²⁷¹ Ibid., s. 45.13.

²⁷² Ibid., ss. 32-33.

²⁷³ Ibid., ss. 34-41.

²⁷⁴ Ibid., s. 39.

²⁷⁵ Ibid., s. 45.2.

²⁷⁶ Ibid., s. 45.1.

²⁷⁷ Ibid. s. 45.8.

²⁷⁸ Courts of Justice Act, RSO 1990, c. C.43, <<http://canlii.ca/t/ldxl>>, s. 11.

²⁷⁹ Dunsmuir v. New Brunswick, supra.

²⁸⁰ Employment Standards Act, 2000, SO 2000, c 41, <<http://canlii.ca/t/51xf1>>.

- (c) their work is performed under similar working conditions.
- (2) Subsection (1) does not apply when the difference in the rate of pay is made on the basis of,
 - (a) a seniority system;
 - (b) a merit system;
 - (c) a system that measures earnings by quantity or quality of production; or
 - (d) any other factor other than sex.

This section has been in force since the year 2000, though it has given rise to surprisingly little litigation. Indeed, to our knowledge, there is only one published case in which the interpretation and application of section 42 of the Employment Standards Act was the primary issue at bar. In that case, the complaint was filed by a female employee who contested her employer's right to pay a higher rate of wage to a male colleague who performed the same tasks as her 90% of the time. The Labour Relations Board found that the male employee had different skills and that he performed some managerial functions and thus came to the conclusion that "[t]here [was] just no evidence that the difference in rate [of pay] can be attributed to gender."²⁸¹

Enforcement of the Act is a two-step process. First, an employment standards officer may receive a complaint, investigate it and come to a conclusion. If either of the parties to the complaint is dissatisfied with the conclusion, they may ask for a review before the Labour Relations Board.

Employment standards officers are delegates of the Director of Employment Standards, who is named by the Minister for Labour.²⁸² Upon receipt of a complaint, officers are empowered to hold an investigation²⁸³ and in doing so are given wide powers, including the power to enter and inspect any place without a warrant and to oblige any person to produce documents or records.²⁸⁴ The officer may require the parties to a complaint to attend to a meeting²⁸⁵ but is not obliged to hold a formal hearing.²⁸⁶ Upon completion of the investigation, the officer may attempt to bring the parties to a settlement.²⁸⁷ In the absence of a settlement, if the officer has come to the conclusion that the Act was violated, the officer may make orders, including orders to pay wages.²⁸⁸

The parties to a complaint may seek review of the employment standards officer's order (or the officer's decision not to make an order) before the **Ontario Labour Relations Board ("OLRB")**.²⁸⁹ The OLRB is an institutionally independent and impartial adjudicative body established by the Ontario Labour Relations Act;²⁹⁰ its hearings are adversarial. When sitting in review of an employment standards officer's decision, the OLRB is essentially sitting on an appeal de novo, as it has all of the powers of an employment standards officer and may substitute its findings for those of

²⁸¹ Weiler v. Sinclair Technologies, 2003 CanLII 18426 (ON LRB), <<http://canlii.ca/t/1fxbf>>, at para. 12.

²⁸² Employment Standards Act, supra, s. 85(1).

²⁸³ Ibid., s. 96.

²⁸⁴ Ibid. s. 91. Note, however, that a warrant issued by a justice of the peace (s. 92) is required to enter a place outside of business hours (s.91(2)) or a dwelling (s. 91(3)).

²⁸⁵ Ibid., s. 102.

²⁸⁶ Ibid., s. 89(3).

²⁸⁷ Ibid., s. 101.1.

²⁸⁸ Ibid., s. 103.

²⁸⁹ Ibid., s. 116.

²⁹⁰ Labour Relations Act, 1995, SO 1995, c 1, Sch A, <<http://canlii.ca/t/kpdg>>, ss. 110 ff.

the officer who issued the order or refused to issue the order.²⁹¹ The OLRB's decision is final and without appeal and binds the parties.²⁹²

In our view, **decisions and orders made by an employment standards officer are not subject to judicial review before the courts.** The general rule in Canadian public law is that – absent extraordinary circumstances – judicial review is only available if the decision to be reviewed is final and not subject to an alternate recourse in the nature of an appeal.²⁹³ As discussed above, decisions and orders of an employment standards officer are subject to review by the OLRB and this review is in the nature of an appeal de novo, which justifies denying a right to judicial review.

In accordance with the public law jurisprudence interpreting section 96 of the Constitution Act, 1867, the Ontario Superior Court of Justice²⁹⁴ may review decisions of the OLRB. The Employment Standards Act specifically confirms that decisions of the OLRB are subject to judicial review, though “a decision of the Board concerning the interpretation of [the Employment Standards Act] shall not be overturned unless the decision is unreasonable.”²⁹⁵ Furthermore, the reviewing court must show deference to the OLRB's expertise and specialized function and its findings of fact will not be overturned unless they are unreasonable.²⁹⁶

²⁹¹ Employment Standards Act, supra, s. 119(6).

²⁹² Ibid. s. 119(13).

²⁹³ Harelkin v. University of Regina, supra.

²⁹⁴ Courts of Justice Act, supra, s. 11.

²⁹⁵ Employment Standards Act, supra, s. 119(14).

²⁹⁶ Dunsmuir v. New Brunswick, supra.

2. Institutions

2.1. Federal parliament and government

a. Investigative powers and duty to cooperate

As mentioned above, **the Public Service Labour Relations Board** (“PSLRB”) is an institutionally independent and impartial adjudicative body.²⁹⁷ Once the PSLRB is seized of a complaint under the Public Sector Equitable Compensation Act it may order the employer to either perform an equitable compensation assessment or file a copy of the assessment already done as well as the resolution plan.²⁹⁸ If the PSLRB comes to the conclusion that the employer has made a manifestly unreasonable error in the assessment or has failed to make reasonable progress in resolving any equitable compensation matter, then the employer may be ordered to correct the plan or make progress in the resolution of outstanding matters.²⁹⁹ The employer may also be required to file a report describing the measures taken.³⁰⁰

If, after these steps are taken, the PSLRB is still unsatisfied, then **the PSLRB may itself perform an equitable compensation assessment and order to the employer to comply therewith, including paying a lump sum payment to affected employees.**³⁰¹

All of the reports received by the PSLRB during the proceedings must be made available to the public and may order the employer to post a copy of it for a period of at least 90 days.³⁰²

b. The possibility to go the court

Decisions and orders of the PSLRB are final and without appeal and, in theory, may not be questioned or reviewed in any court.³⁰³ Nevertheless, in accordance with the public law jurisprudence interpreting section 96 of the Constitution Act, 1867, the Federal Court³⁰⁴ may review decisions of the Board and overturn them if the Board acted without jurisdiction, if the decision is unreasonable, or if it contains errors of general law of fundamental importance to the legal system as a whole.³⁰⁵

c. Other powers

See above.

²⁹⁷ Public Service Labour Relations Act, SC 2003, c. 22, s. 2, ss. 12-53.

²⁹⁸ Public Sector Equitable Compensation Act, supra, s. 30(1) [not in force at time of writing].

²⁹⁹ Ibid., s. 30(2)(a) [not in force at time of writing].

³⁰⁰ Ibid., s. 30(2)(b) [not in force at time of writing].

³⁰¹ Ibid., s. 30(3) [not in force at time of writing].

³⁰² Ibid., ss. 30(6) and 30(7) [not in force at time of writing].

³⁰³ Public Service Labour Relations Act, supra 79, s. 51, applicable to proceedings under the Public Sector Equitable Compensation Act by virtue of s. 25(1) of that Act.

³⁰⁴ The Court of competent jurisdiction by virtue of the Federal Courts Act, supra, s. 18.1.

³⁰⁵ *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9 (CanLII), [2008] 1 SCR 190, <<http://canlii.ca/t/1vxsm>>.

2.2. The province of Québec

a. Investigative powers and duty to cooperate

The Commission de l'équité salariale ("CÉQ") is an institutionally independent and impartial administrative agency established by the Act.³⁰⁶ The CÉQ is charged with the administration of the Act and its responsibilities include information dissemination, developing tools to facilitate the achievement of pay equity, assisting in training pay equity committees, and engaging in research.³⁰⁷

The CÉQ also has the power to engage in "non-adversary" investigations – either upon receipt of a complaint or on its own initiative – if it has reason to believe that an employer is not complying with the Act.³⁰⁸ The CÉQ's powers of investigation are wide, as its investigating members are "vested with the powers and immunity of commissioners appointed under the Act respecting public inquiry commissions except the power to order imprisonment."³⁰⁹ These powers include the summoning of witnesses, who may be ordered to bring "such books, papers, deeds and writings as appear necessary for arriving at the truth."³¹⁰

Finally, the CÉQ has the power to engage in "non-adversary" dispute resolution where "the representatives of the employees and the representatives of the employers on a pay equity committee or pay equity audit committee cannot agree as to the application of [the Act]."³¹¹ This is necessary since, as mentioned above, the employer and employee representatives on these bodies each one vote as a group.

Once an investigation or dispute resolution is complete, the CÉQ may determine the measures that the parties must take in order to ensure that the Act is complied with.³¹² Since the CÉQ's role in investigating complaints is non-adversarial, it is not an adjudicative body. The courts have confirmed that the investigations and dispute resolution engaged in by the CÉQ are administrative in nature and that consequently the parties do not benefit from the full panoply of procedural rights they would have before a court, provided that they have had the opportunity to be heard.³¹³ Despite the administrative nature of the process, the "determinations" that the CÉQ makes regarding what the parties must do to conform with the Act are binding.³¹⁴

Anyone not satisfied with a determination made by the CÉQ may make an application to the **Commission des relations du travail ("CRT")**.³¹⁵ The CÉQ may also refer matters to the CRT if it finds that its determinations are not being complied with or it finds that the Act is not being complied with.³¹⁶

³⁰⁶ Québec Pay Equity Act, *supra*, ss. 77-92

³⁰⁷ *Ibid.*, s. 93.

³⁰⁸ *Ibid.* ss. 93(6), 96.1, 97, 99-101 and 107.

³⁰⁹ *Ibid.*, s. 90.

³¹⁰ An Act respecting public inquiry commissions, RSQ, c. C-37, <<http://canlii.ca/t/h9h4>>, s. 9.

³¹¹ Québec Pay Equity Act, *supra*, ss. 93(6), 96, 98.

³¹² *Ibid.*, s. 93(6).

³¹³ *Laliberté inc. c. Commission des relations du travail*, 2010 QCCS 1819 (CanLII), <<http://canlii.ca/t/29nbd>>.

³¹⁴ *Syndicat du personnel technique et professionnel de la Société des alcools du Québec (SPTP) c. Société des alcools du Québec*, 2011 QCCA 1642 (CanLII), <<http://canlii.ca/t/fn3hm>>.

³¹⁵ Québec Pay Equity Act, *supra*, s. 104.

³¹⁶ *Ibid.*, ss. 105-106.

The CRT is an institutionally independent and impartial adjudicative body established by the Québec Labour Code; its hearings are adversarial.³¹⁷ The CRT is competent to hear and dispose of any matter referred to it regarding the Pay Equity Act.³¹⁸ In rendering its decisions, the CRT has vast powers of reparation, similar to those of a court. It may make determinations of fact and of law as well as make orders, including order for the payment of damages.³¹⁹ Decisions of the CRT rendered under the Pay Equity Act are without appeal.³²⁰ However, the CRT may, on application, review or revoke any decision or order it has made in some circumstances, notably if a substantive or procedural defect is of a nature likely to invalidate the decision. In this case, the review is heard by a panel of three commissioners.³²¹

b. The possibility to go to court

In our view, determinations made by the CÉQ are not subject to judicial review before the courts. The general rule in Canadian public law is that – absent extraordinary circumstances – judicial review is only available if the decision to be reviewed is final and not subject to an alternate recourse in the nature of an appeal.³²² As discussed above, determinations by the CÉQ are subject to review by the CRT and in our view, the nature of this review is sufficiently similar to an appeal to justify denying a right to judicial review.

Decisions and orders of the CRT in application of the Pay Equity Act are final and without appeal and, in theory, may not be questioned or reviewed in any court.³²³ Nevertheless, in accordance with the public law jurisprudence interpreting section 96 of the Constitution Act, 1867, the Superior Court of Québec may review decisions of the CRT and overturn them if the CRT acted without jurisdiction, if the decision is unreasonable, or if it contains errors of general law of fundamental importance to the legal system as a whole.³²⁴

c. Other powers

See above.

³¹⁷ Labour Code, RSQ, c C-27, <<http://canlii.ca/t/lgbg>>, ss. 112-115, 117, 120.

³¹⁸ Québec Pay Equity Act, *supra*, s. 112.

³¹⁹ Labour Code, *supra*, s. 118. See also, the Pay Equity Act, *ibid.*, s. 107.

³²⁰ Pay Equity Act, *ibid.*, s. 113. See also, the Labour Code, *ibid.*, s. 134.

³²¹ Labour Code, *ibid.*, s. 127.

³²² *Harelkin v. University of Regina*, 1979 CanLII 18 (SCC), [1979] 2 SCR 561, <<http://canlii.ca/t/1mkv4>>. This is codified, in part, in Québec in the Code of Civil Procedure, RSQ, c. C-25, <<http://canlii.ca/t/51xjt>>, s. 846.

³²³ Québec Pay Equity Act, *supra*, s. 113. See also, the Labour Code, s. 134.

³²⁴ *Dunsmuir v. New Brunswick*, *supra*. See also, Code of Civil Procedure, RSQ, c. C-25, <<http://canlii.ca/t/51xjt>>, s. 846. Note that review may be sought from an initial decision, as the CRT's internal review process has been found to be insufficiently like an appeal to justify denying a right to judicial review. Should litigants decide to seek an internal review before a panel of three commissioners of the CRT, then this second decision may also be subject to judicial review. See, *Compagnie Wal-Mart du Canada c. Commission des relations du travail*, 2006 QCCA 422 (CanLII), <<http://canlii.ca/t/1mwtr>>.

2.3. The province of Ontario

a. Investigative powers and duty to cooperate

Enforcement of the Act and the adjudication of disputes arising from its application are the responsibility of **the Ontario Pay Equity Commission**, which is divided into two separate entities, **the Pay Equity Office and the Pay Equity Hearings Tribunal**.³²⁵

The Pay Equity Office (and its staff of review officers) is responsible for the enforcement of the Act. This includes producing research, conducting public education programs, monitoring the implementation of pay equity plans, and the shall investigation of complaints.³²⁶ To this effect, review officers have been granted wide powers, including the power to enter and inspect any place without a warrant and to oblige any person to produce documents or records.³²⁷ If the review officer comes to the conclusion that an employer has contravened the Act, then the officer may order the employer to take such steps as are necessary to comply with the Act.³²⁸

The Ontario Pay Equity Hearings Tribunal is an institutionally independent adjudicative body that has exclusive jurisdiction to adjudicate complaints under the Act and to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it.³²⁹ The Tribunal is required to hold a hearing when a party contests the order of a review officer, when a complaint has not been resolved by a review officer, and when an employer refuses to comply with an order of a review officer.³³⁰ In addition to making findings of fact and of law, the Tribunal has wide power to issue orders, including orders of monetary compensation.³³¹ Decisions of the Tribunal are final and without appeal, though the Tribunal may reconsider, vary or revoke its own decisions.³³²

b. The possibility to go to court

In our view, decisions and orders made by a review officer of the Pay Equity Commission are not subject to judicial review before the courts. The general rule in Canadian public law is that – absent extraordinary circumstances – judicial review is only available if the decision to be reviewed is final and not subject to an alternate recourse in the nature of an appeal.³³³ Since the Pay Equity Hearings Tribunal may “confirm, vary or revoke orders of review officers”³³⁴ and since the Tribunal is not bound to the review officer’s findings of fact, this review is sufficiently similar to an appeal to justify denying a right to judicial review.

In theory, a decision of the Pay Equity Hearings Tribunal are “final and conclusive for all purposes.”³³⁵ Nevertheless, in accordance with the public law jurisprudence interpreting section 96 of the Constitution Act, 1867, the Ontario Superior Court of Justice³³⁶ may review decisions of the

³²⁵ Ibid., s. 27.

³²⁶ Ibid., ss. 33-34.

³²⁷ Ibid. s. 34. Note, however, that a warrant issued by a justice of the peace is required to enter a dwelling (s. 35).

³²⁸ Ibid., s. 24(3).

³²⁹ Ibid., s. 30.

³³⁰ Ibid., s. 25.

³³¹ Ibid., s. 25.

³³² Ibid., s. 30.

³³³ Harelkin v. University of Regina, supra.

³³⁴ Ontario Pay Equity Act, supra, s. 25(2)(d).

³³⁵ Ibid. s. 30(1).

³³⁶ Courts of Justice Act, supra, s. 11.

Tribunal if it acted without jurisdiction, if the decision is unreasonable, or if it contains errors of general law of fundamental importance to the legal system as a whole.³³⁷

c. Other powers

See above.

3. Measures to promote transparency of salaries

3.1. Federal Level

The federal parliament and government have been widely criticized for not adopting specific pay equity legislation on the grounds that the essentially complaint driven mechanisms of the Canadian Human Rights Act and Canada Labour Code are insufficiently proactive. This led to the adoption of the Public Sector Equitable Compensation Act in 2009. At the time of writing this Act was not yet in force. The Act is scheduled to enter into force once the regulations adopted under it have been approved by the federal cabinet (the “Governor in Council”).

As its name suggests, the Public Sector Equitable Compensation Act will only apply to government employees. The Act creates new obligations for government employers (e.g. federal government departments and agencies) with respect to pay equity. However, it should be noted that the Act is purely prospective: it aims to correct historical inequities for the future and not to redress past wage discrimination. Thus, any claims that would give rise to compensation for wage discrimination that occurred prior to the coming into force of the Act will still fall under the regime of the Canadian Human Rights Act.

The Act requires covered employers to perform an “equitable compensation assessment”. The assessment must assess “without gender bias, the value of work performed by employees in a job group...” taking into account “the composite of the skill, effort and responsibility required in the performance of the work and the conditions under which the work is performed” as well as recruitment needs and market forces.

If the assessment leads the employer to conclude that equitable compensation is not being provided to employees in a group that is female predominant, then the employer must prepare a plan to resolve the matter within a reasonable time. The information about the assessment and the proposed resolution plan, if any, must be posted for at least 90 days so that employees may act accordingly.

Affected employees may then formulate requests that the employer “take appropriate steps to provide him or her with equitable compensation.” Employees unsatisfied with the employer’s response to such a request, or who have grounds to believe that their employer has not complied with the Act, may file a complaint with the Public Service Labour Relations Board.

Employers with unionized employees have the same fundamental obligation to assess and correct equitable compensation matters, though the procedures are somewhat different to account for the union’s status as exclusive bargaining agent for the covered employees.

³³⁷ Dunsmuir v. New Brunswick, supra.

3.2. The Province of Québec

The Québec Pay Equity Act was first adopted by the national assembly of that province in 1996,³³⁸ and underwent substantial modifications in 2009.³³⁹ The purpose of the Act is “to redress differences in compensation due to the systemic gender discrimination suffered by persons who occupy positions in predominantly female job classes.”³⁴⁰

The threshold for full application of the Act is ten employees.³⁴¹ Any enterprise that employs ten employees or more has an obligation to take positive steps to ensure that employees holding positions in predominantly female job classes and employees holding positions in predominantly male job classes are afforded the same remuneration for work of equal value.³⁴²

The extent of an employer’s obligations under the Act depend on the **number of employees** in the enterprise. Employers with **over 100 employees** in the enterprise (“large employers”) have the most obligations under the Act. Large employers are required to adopt a pay equity plan that applies across the enterprise,³⁴³ regardless of the number of establishments.³⁴⁴ The pay equity plan is established by a pay equity committee, which must be set up by the employer.³⁴⁵ At least two thirds of the committee’s members must be employee representatives and at least one half must be women.³⁴⁶ The pay equity committee’s members have access to training paid for by the employer and may be absent from work without loss of pay to participate in the committee’s activities.³⁴⁷ Though employee representatives form the majority of the committee, they do not have the majority of the votes. Rather, the employer representatives as a group and the employee representatives as a group each have one vote.³⁴⁸

Employers with between 50 and 99 employees in the enterprise (“mid-sized employers”) have the same obligation to establish a pay equity plan. However, the setting up of a pay equity committee is optional.³⁴⁹

Employers with **between 10 and 49 employees** in the enterprise (“small employers”) must determine adjustments in compensation required to ensure that employees holding positions in predominantly female job classes and employees holding positions in predominantly male job classes

³³⁸ Pay Equity Act, RSQ, c. E-12.001.

³³⁹ An Act to Amend the Pay Equity Act, SQ, c. 9.

³⁴⁰ Québec Pay Equity Act, supra, s. 1.

³⁴¹ Ibid. s. 4. The number of employees is the average number of employees employed in the enterprise in a year, based on the employer’s pay list for each pay period (s. 6). Once the average number of employees reaches ten, the employer becomes subject to the Act the following January (s. 4).

³⁴² Ibid., s. 10 (employers with over 100 employees), s. 31 (employers with 50 to 100 employees), (employers with less than 50 employees), and s. 50 (content of pay equity plan).

³⁴³ Ibid., s. 10. Note though, that two or more employers may develop a common procedure applicable to each of their enterprises or be recognized as a single enterprise for the purposes of the Act (ss. 12 and 12.1).

³⁴⁴ However, with permission from the CÉQ, the employer can establish a separate plan applicable to one or more establishments, if regional disparities warrant it.

³⁴⁵ Ibid. s. 16.

³⁴⁶ Ibid. s. 17. The method of designation of the employee representatives depends on whether the employees concerned by the pay equity plan are represented by a union (ss. 18-22).

³⁴⁷ Ibid. ss. 26 and 29.

³⁴⁸ Ibid. s. 25.

³⁴⁹ Ibid. s. 31.

are afforded the same remuneration for work of equal value. However, unlike large employers and mid-sized employers, small employers are not obliged to establish a pay equity plan; they may choose the process, provided that it does not discriminate on the basis of gender.³⁵⁰

A **pay equity plan** adopted by a pay equity committee – or by the employer in cases of mid-sized employers who opt not to set up a pay equity committee – must include:

- (1) the identification of the predominantly female job classes and of the predominantly male job classes in the enterprise;
- (2) the description of the method and tools selected to determine the value of job classes and the development of a value determination procedure;
- (3) the determination of the value of the job classes, a comparison between them, the valuation of differences in compensation and the determination of the required adjustments;
- (4) the terms and conditions of payment of the adjustments in compensation.³⁵¹

Each of these four elements is determined according to a set of criteria set out by the Act.³⁵² At various stages of the establishment of the pay equity plan and at the time of its completion, the results must be posted for a period of 60 days so that employees may be informed.³⁵³ Employees may also ask for further information or make comments.³⁵⁴

The initial version of the Pay Equity Act was only concerned with the establishment of pay equity; the 2009 amendments aimed at maintaining pay equity in enterprises where a pay equity plan had been established. To that end, the Act now requires employers to do a pay equity audit every five years after the establishment of a pay equity plan.³⁵⁵ The purpose of the audit is to determine whether there have been any changes that would require new adjustments in compensation so as to comply with the general obligation to ensure that employees holding positions in predominantly female job classes and employees holding positions in predominantly male job classes are afforded the same remuneration for work of equal value. Employers may choose to perform the audit alone or establish a committee to do so, regardless of whether they are small, mid-sized or large employers.³⁵⁶

The 2009 amendments also introduced an obligation for employers “regardless of the number of employees” to submit an annual report to the CÉQ regarding the application of the Act.³⁵⁷ The regulations adopted by the Minister of Labour³⁵⁸ impose this obligation on incorporated employers with six or more employees.³⁵⁹ This ensures that growing employers do not avoid the application of the Act when they become subject to it.

³⁵⁰ Ibid. S. 34.

³⁵¹ Ibid. s. 50.

³⁵² Ibid., ss. 53-55 (identification of job classes), ss. 56-58 (job class value determination method), ss. 59-68 (determination of value of job classes, valuation of differences in compensation and determination of required adjustments), ss. 69-74 (terms and conditions of payment of compensation adjustments).

³⁵³ Ibid. s. 75.

³⁵⁴ Ibid. s. 76.

³⁵⁵ Ibid. s. 76.1.

³⁵⁶ Ibid. s. 76.2.

³⁵⁷ Ibid. s. 4, para. 2.

³⁵⁸ The Minister of Labour is responsible for the carrying out of the Act (s. 133), though the CÉQ is responsible for its administration (s. 132).

³⁵⁹ Regulation respecting the report on pay equity, RRQ, c. E-12.001, r 1, <<http://canlii.ca/t/l24b>>, s. 1.

3.3. The Province of Ontario

The Ontario Pay Equity Act was adopted by the parliament of that province in 1987.³⁶⁰ It was thus the first pay equity statute of its kind in Canada and served as the model for later legislation, including the Québec Pay Equity Act.³⁶¹

The purpose of the Act is “to redress systemic gender discrimination in compensation for work performed by employees in female job classes.”³⁶² To effect this purpose, **the Act establishes mechanisms to identify discrimination in compensation by identifying male and female job classes, by determining the value of the work performed by members of a job class, and then by comparing the two.** A male job class is a job class in which 70% or more of the employees are male. A female job class is either a job class in which 60% of the employees are female or a job class designated as female by the relevant enforcement agency.³⁶³ Factors to be taken in consideration in designating a female job class in which less than 60% of the employees are female include “the historical incumbency of the job class [and] gender stereotypes of fields of work.”³⁶⁴ Pay equity is achieved, for the purposes of the Act, when the maximum salary of a female job class in an establishment is equal to or superior to the maximum salary of a male job class in the same establishment.³⁶⁵

The Act applies both the private sector employers and to the public sector.³⁶⁶ As in Québec, the Act applies only to employers with more ten or more employees.³⁶⁷ Covered employers are obligated to establish and maintain compensation practices that provide for pay equity in every establishment of the employer.³⁶⁸

The intention of the Act was to achieve pay equity at the latest on 1 January 1994. At that date, the obligation to have achieved pay equity applied to all employers. Between the coming into force of the Act and its full application, employers were given the opportunity to phase in changes that would bring them into compliance with the Act by preparing and implementing a pay equity plan. This was mandatory for government employers and private sector employees having more than 100 employees, and optional for other employers.³⁶⁹

A pay equity plan identified female job classes and male job classes, described a gender neutral comparison system, and described how compensation was to be adjusted to achieve pay equity.³⁷⁰ Unlike in Québec, employers whose employees were not represented by a labour union were not

³⁶⁰ Pay Equity Act, RSO 1990, c P.7, <<http://canlii.ca/t/51xr5>>.

³⁶¹ Morley Gunderson, “The Evolution and Mechanics of Pay Equity in Ontario” (2002) 28 Canadian Public Policy S117.

³⁶² Ontario Pay Equity Act, supra, s. 4(1).

³⁶³ Ibid., s. 1.

³⁶⁴ Ibid., s. 5.

³⁶⁵ Ibid., ss. 5.1 and 6. Note that this “job-to-job” method of comparison is replaced by a “proportional value” method where there are no male job classes in the establishment. The “proportional value” method was abolished by statute, but the repeal provisions were declared unconstitutional. See, Service Employees International Union, Local 204 v. Ontario (Attorney General), 1997 CanLII 12286 (ON SC), <<http://canlii.ca/t/1w4vt>>.

³⁶⁶ Ontario Pay Equity Act, ibid., ss. 1.1 and 3(1).

³⁶⁷ Ibid. s. 3(1).

³⁶⁸ Ibid., s. 7.

³⁶⁹ Ibid., s. 11 (obligation for employers with 100 or more employees) and s. 20 (option for employers with less than 50 employees [this section is spent and is now repealed]).

³⁷⁰ Ibid., ss. 10-13.

required to establish a committee with employee representation.³⁷¹ The pay equity plan was prepared by the employer and posted for a period of 30 days. If no employee filed a motion of objection before the Pay Equity Commission of Ontario, then the plan was deemed approved by the Commission.³⁷² An approved pay equity plan binds the employer and employees and prevails over all relevant collective agreements and contracts of employment.³⁷³ Employers with an approved plan are deemed to be in compliance with the Act.³⁷⁴

Since the period in which pay equity was to be achieved has passed, the primary existing obligation under the Act is for employers to maintain compensation practices that provide for pay equity.³⁷⁵ This obligation is enforced through ongoing monitoring programs of the Ontario Pay Equity Commission as well as through complaints.

4. Other measures to promote equality of salaries

No information available.

³⁷¹ In the case of employees represented by a union, the pay equity plan had to be negotiated between the employer and the union. *Ibid.*, s. 14.

³⁷² *Ibid.*, s.15.

³⁷³ *Ibid.*, s. 13(10).

³⁷⁴ *Ibid.*, s. 13(11).

³⁷⁵ *Ibid.*, s. 7.

F. DANEMARK

1. Aperçu général des mesures étatiques pour promouvoir l'égalité des salaires

1.1. Cadre juridique

La loi sur l'égalité entre hommes et femmes est la partie principale de la législation applicable au domaine de l'égalité³⁷⁶. La loi établit qu'aucune personne ne peut subir de discriminations directes ou indirectes basées sur le sexe³⁷⁷. A cause du caractère général de cette loi, il y a d'autres législations qui concernent des domaines spécifiques relatifs à la loi sur l'égalité entre hommes et femmes. Cela inclut la loi sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le cadre de l'emploi³⁷⁸ ainsi que **la loi sur les salaires égaux entre hommes et femmes**³⁷⁹.

En vertu de **la loi sur l'égalité entre hommes et femmes**, les personnes sujettes à des discriminations basées sur le sexe ont droit à une compensation³⁸⁰. Il existe deux exceptions relatives à l'interdiction de discriminer : selon la première, les ministères peuvent soumettre des initiatives ayant pour objectif la prévention d'un traitement inégal ; selon la seconde, l'on considère que la loi ne doit pas entraver un traitement inégal si celui-ci poursuit un but légitime et que le moyen de l'accomplir est approprié et nécessaire³⁸¹.

La loi danoise sur le traitement égal des sexes dans le cadre de l'emploi établit que tout employeur doit considérer les hommes et les femmes de manière égale quant au recrutement, aux mutations et aux promotions³⁸². Cette loi est le fruit de la mise en œuvre de la Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail. Durant l'exercice de leur emploi, l'employeur doit traiter ses employés masculins et féminins de façon égale, que ce soit par rapport à la formation, l'orientation professionnelle ou la conversion d'une fonction à une autre³⁸³.

La loi danoise sur les salaires égaux entre hommes et femmes prescrit qu'aucune discrimination fondée sur le sexe ne peut avoir lieu lors de la fixation des salaires³⁸⁴. Les fondements de la loi se trouvent d'une part, dans la Directive 75/117/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des Etats membres relative à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et féminins, et d'autre part, à l'article 114 TCE (désormais, art. 157 TFUE). Le principe fondamental de la loi est le suivant : à travail égal, salaire égal, qu'importe le sexe de l'employé. De plus, tout type de système de qualification ou échelle utilisés doivent être basés sur

³⁷⁶ LBKG No. 1095 du 19 septembre 2007 om ligestilling af kvinder og mænd, disponible sur: <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=20929> (02.09.2013).

³⁷⁷ Article 1 de la loi sur l'égalité entre hommes et femmes.

³⁷⁸ LBKG No. 645 du 8 juin 2011 om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv., disponible sur: <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=137042> (02.09.2013).

³⁷⁹ LBKG No. 899 du 5 septembre 2008 om lige løn til mænd og kvinder, disponible sur: <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=121176> (02.09.2013).

³⁸⁰ Article 3c de la loi sur l'égalité entre hommes et femmes.

³⁸¹ Article 3 et 3a de la loi sur l'égalité entre hommes et femmes.

³⁸² Article 2 de la loi sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le cadre de l'emploi.

³⁸³ Article 3 de la loi sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le cadre de l'emploi.

³⁸⁴ Article 1 de la loi sur les salaires égaux entre hommes et femmes.

des facteurs objectifs, non relatifs au sexe³⁸⁵. Aucun employé ne pourra renoncer à ses droits énoncés dans cette loi³⁸⁶.

1.2. Institutions

Dès 2011, une institution étatique pour l'égalité, similaire à un médiateur, a été établie³⁸⁷. Par l'exécution de l'art. 12 de la Directive 2004/113/CE du Conseil – mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services – ainsi que par celle de l'art. 20, issu de la refonte de la Directive du Parlement européen et du Conseil – relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail – l'Institut danois des droits de l'homme (*Institut for menneskerettigheder*) a été désigné comme l'organisme traitant des questions sur l'égalité de traitement, par la promotion, l'évaluation et la surveillance, ainsi que par le soutien des opportunités similaires applicables à tous, sans aucune différence basée sur le sexe³⁸⁸. L'art. 2 de la loi portant amendement à la loi sur l'égalité prescrit que **l'Institut danois des droits de l'homme s'occupe de la promotion, de l'évaluation et de la surveillance d'un traitement égal** entre les hommes et les femmes³⁸⁹. Les tâches de l'Institut, selon l'amendement, s'étendent également au **soutien des victimes d'inégalités de traitement** et à l'offre d'un soutien impartial aux victimes de discriminations relatives au sexe dans leurs actions légales. L'Institut est également compétent pour **établir des enquêtes indépendantes** sur les traitements inégaux tout comme pour publier des rapports impartiaux et soumettre des **recommandations** sur toute question relative à l'égalité de traitement. Plus spécifiquement, l'Institut analyse le développement de l'égalité des sexes et publie des rapports annuels y relatifs³⁹⁰.

Alors que l'Institut pour les droits de l'homme peut donner une certaine solution aux victimes de discriminations, **le Conseil pour l'égalité de traitement** (*Ligebehandlingsnævnet*) est l'institution qui s'occupe de traiter les plaintes formulées par les particuliers. Le Conseil traite les plaintes érigées sur la base de discriminations relatives au sexe, à la race, à la couleur de peau, à la religion, à l'orientation politique, aux préférences sexuelles, à l'âge, à l'infirmité et relatives aux origines nationales, sociales ou ethniques³⁹¹. La compétence et l'organisation du Conseil sont établies par la loi du Conseil pour l'égalité de traitement, qui prévoit notamment que celui-ci doit tenir compte des plaintes reposant sur une inégalité de traitement entre hommes et femmes, notamment grâce à la loi sur l'égalité entre hommes et femmes, la loi sur les salaires égaux entre hommes et femmes et la loi sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le cadre de l'emploi³⁹². Le Conseil peut

³⁸⁵ Article 1 (2) de la loi sur les salaires égaux entre hommes et femmes.

³⁸⁶ Article 5 de la loi sur les salaires égaux entre hommes et femmes.

³⁸⁷ Lov om ændring af lov om etablering af Dansk Center for Internationale Studier og Menneskerettigheder og visse andre love (Loi No. 182 du 8 mars 2011 portant amendement sur la loi d'établissement du centre danois pour les études internationales et les droits de l'homme), disponible sur: <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=136126> (02.09.2013).

³⁸⁸ Ibidem.

³⁸⁹ Ibidem.

³⁹⁰ Institut des droits de l'homme, disponible sur: <http://menneskeret.dk/udgivelser/%c3%a5rsberetninger> (02.09.2013).

³⁹¹ Article 1 de la loi du Conseil pour l'égalité de traitement <https://www.retsinformation.dk/forms/R0710.aspx?id=143051> (02.09.2013).

³⁹² Article 1 Lov om Ligebehandlingsnævnet, jf. lov nr. 387 af 27. maj 2008 med de ændringer, der følger af lov nr. 530 af 11. juni 2012, également disponible en anglais sur: http://www.ligebehandlingsnaevnet.dk/page_pic/pdf/ACT_no_387_of_27_May_2008_on_the_Board_of_Equal_Treatment_02_02_2011_16_11.pdf (03.09.2013).

accorder des compensations et annuler un licenciement, tant que cela reste dans le cadre d'une de ces lois. Il peut refuser de prendre en compte une plainte s'il considère qu'il est évident que le demandeur n'aura pas gain de cause³⁹³.

Enfin, il y a le **Ministère pour l'égalité des sexes et les affaires ecclésiastiques** (*Ministeriet for Ligestilling og Kirke*). L'existence d'un ministère spécifique ayant pour objectif l'égalité des sexes montre bien l'importance donnée à cette problématique. Les tâches de ce ministère sont, entre autres, le développement de la politique gouvernementale d'égalité entre hommes et femmes ; la concentration sur les domaines d'actions spécifiques ; la coordination des efforts déployés au sein du Gouvernement ; la mise œuvre de la stratégie d'intégration ; la compilation des rapports, établis par les institutions étatiques et les municipalités ; la représentation des opinions issues des commissions pertinentes ; l'administration et la surveillance de la composition des conseils, commissions et comités³⁹⁴. Le Ministère doit établir un rapport annuel, ainsi que des perspectives et des actions sur l'égalité des sexes pour le Parlement³⁹⁵.

2. Institutions

Sous la présente rubrique, les deux institutions spécialisées vont être analysées : l'Institut danois des droits de l'homme et le conseil pour l'égalité de traitement.

a. Les pouvoirs d'enquête et le devoir de coopérer

Selon la législation de l'**Institut danois des droits de l'homme**, l'Institut n'a aucun pouvoir d'enquête spécifique. Ses activités sont concentrées sur la surveillance des situations relatives aux droits de l'homme, notamment le traitement égalitaire entre les hommes et les femmes, en étudiant les projets de lois, les motions, les plans d'actions, les courants jurisprudentiels, les rapports etc., et il ne mène pas de recherches sur le terrain³⁹⁶. L'Institut fournit une assistance aux victimes de discrimination leur permettant de voir leurs plaintes traitées, en tenant dûment compte de leurs droits, par le recours aux associations, organisations et autres entités légales. Cela peut ouvrir la piste à des analyses indépendantes sur les discriminations et permettre de faire des recommandations sur les questions relatives à ces discriminations³⁹⁷.

La compétence du **Conseil pour l'égalité de traitement** repose sur la loi du Conseil pour l'égalité de traitement³⁹⁸. Le Conseil n'a pas de pouvoir d'enquête spécifique.

³⁹³ Article 2 et 8 Lov om Ligebehandlingsnævnet, jf. lov nr. 387 af 27. maj 2008 med de ændringer, der følger af lov nr. 530 af 11. juni 2012.

³⁹⁴ <http://miliki.dk/english/gender-equality-work-in-denmark/the-organisation-of-the-equality-work/> (25.02.2013).

³⁹⁵ Article 7 Lov om ligestilling af kvinder og mænd, jf. lovbekendtgørelse nr. 1527 af 19. december 2004, med de ændringer, der følger af § 7 i lov nr. 574 af 24. juni 2005, lov nr. 452 af 22. maj 2006 og lov nr. 434 af 11. maj 2007.

³⁹⁶ Cf. <http://www.humanrights.dk/focus+areas/human+rights+in+denmark/tools+and+methods> (25.02.2013) et plus de détails sur : <http://menneskeret.dk/arbejdsomr%c3%a5der/ligebehandling/det+horisontale+perspektiv/danmarks+ligebehandlings+organ/redskaber+og+metoder> (25.02.2013).

³⁹⁷ Ibidem.

³⁹⁸ Lov om Ligebehandlingsnævnet, jf. lov nr. 387 af 27. maj 2008 med de ændringer, der følger af lov nr. 530 af 11. juni 2012, également valable en anglais sur : http://www.ligebehandlingsnaevnet.dk/page_pic/pdf/ACT_no_387_of_27_May_2008_on_the_Board_of_Equal_Treatment_02_02_2011_16_11.pdf (03.09.2013).

Comme cela sera démontré plus loin, le conseil fonctionne comme une institution de résolution des différends. Et, selon l'article 5 (3) de la loi du Conseil, le Secrétariat peut demander aux parties en cause de contribuer à clarifier l'affaire qui doit être tranchée par le Conseil. En cas de manquement à ces exigences, un nouveau délai sera donné. Si la requête de répondre n'est toujours pas respectée, le Conseil peut décider lui-même, sur la base des informations mises à sa disposition.

b. La possibilité d'aller devant la Cour

Les employés qui sont présumés être victimes de discriminations dues à un salaire inégal, peuvent déposer plainte devant les cours danoises³⁹⁹. L'Institut danois des droits de l'homme peut soutenir les victimes dans leurs démarches juridiques en leur assurant des conseils légaux généraux et en les informant des assistances supplémentaires, en matière de résolution des différends, qui sont mises à leur disposition. Cependant, l'Institut n'apporte aucun soutien financier et ne peut pas aller à la Cour au nom de ces victimes⁴⁰⁰.

Le Conseil pour l'égalité de traitement traite les plaintes introduites par des particuliers, ainsi que par des organisations professionnelles de salariés ou des organisations syndicales qui agissent au nom des particuliers⁴⁰¹.

C'est la loi du Conseil qui établit sa compétence de prendre en compte les plaintes de traitements différents fondés sur le sexe, trouvant leur origine dans la violation de la loi sur l'égalité entre hommes et femmes, la loi sur les salaires égaux entre hommes et femmes ou la loi sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le cadre de l'emploi⁴⁰². Le Conseil est donc une institution de résolution des différends. Il peut octroyer des compensations et même annuler un licenciement – dans la mesure du respect des lois citées précédemment. Il peut refuser de prendre en compte une plainte s'il lui semble évident que celle-ci ne pourra pas conclure en faveur du demandeur⁴⁰³. Le Conseil peut octroyer des compensations dans les cas où les salaires étaient inégaux. Il n'a cependant pas le pouvoir d'imposer des amendes⁴⁰⁴.

Une fois que le Conseil rend une décision, le Secrétariat informe les parties sur leurs possibilités d'amener leur affaire devant les cours. Les décisions ne peuvent toutefois pas faire l'objet d'un appel devant une autre entité administrative. Elles peuvent être poursuivies en justice si chacune des parties n'approuve pas la sentence rendue⁴⁰⁵. Lorsque la décision du conseil n'est pas respectée, le

³⁹⁹ Article 6 de la loi sur les salaires égaux entre hommes et femmes.

⁴⁰⁰ Lov om ændring af lov om etablering af Dansk Center for Internationale Studier og Menneskerettigheder og visse andre love (Loi No. 182 du 8 mars 2011 portant amendement sur la loi d'établissement du centre danois pour les études internationales et les droits de l'homme), disponible sur: <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=136126> (02.09.2013).

⁴⁰¹ R. NIELSEN, commentaire note 11 § 5, section 2 Lov om Ligebehandlingsnævnet, jf. lov nr. 387 af 27. maj 2008 med de ændringer, der følger af lov nr. 530 af 11. juni 2012.

⁴⁰² Article 1 Lov om Ligebehandlingsnævnet, jf. lov nr. 387 af 27. maj 2008 med de ændringer, der følger af lov nr. 530 af 11. juni 2012, aussi disponible en anglais sur: http://www.ligebehandlingsnaevnet.dk/page_pic/pdf/ACT_no_387_of_27_May_2008_on_the_Board_of_Equal_Treatment_02_02_2011_16_11.pdf (03.09.2013).

⁴⁰³ Article 2 and 8 Lov om Ligebehandlingsnævnet, jf. lov nr. 387 af 27. maj 2008 med de ændringer, der følger af lov nr. 530 af 11. juni 2012.

⁴⁰⁴ Article 2 (2) lov om lige løn til mænd og kvinder and § 2 Lov om Ligebehandlingsnævnet, jf. lov nr. 387 af 27. maj 2008 med de ændringer, der følger af lov nr. 530 af 11. juni 2012.

⁴⁰⁵ Article 9 et 12 de la loi sur le Conseil pour l'égalité de traitement.

Conseil peut – à la requête plaignant – soumettre l'affaire à la cour au nom du plaignant. Dans de tels cas de figure, le Conseil devient alors partie au conflit⁴⁰⁶.

c. Autres pouvoirs

La portée des tâches de **l'Institut des droits de l'homme** relève d'un caractère plus général que spécifique. Il peut engager des analyses indépendantes relatives aux discriminations, publier des rapports et faire des recommandations sur les problèmes en question. Dans certains cas, les mandats de l'Institut ont pour but de sensibiliser le public sur cette problématique. Il offre des conseils généraux et soutient la partie lésée⁴⁰⁷.

Les pouvoirs du conseil sont limités à l'audition des plaintes et à la décision y relative. Comme mentionné précédemment, il peut octroyer des compensations dans des cas de versements de salaires inégaux, mais ne peut pas imposer d'amendes⁴⁰⁸.

3. Mesures pour promouvoir la transparence des salaires

D'après une disposition de la loi sur les salaires égaux entre hommes et femmes, un employeur qui emploie 35 employés ou plus doit établir, chaque année, **une statistique sur les salaires, en distinguant les hommes des femmes**⁴⁰⁹. La disposition a été modifiée en 2006 et contient des indications précises sur le degré de détails et de mesures de comparaison. Ces statistiques doivent être soumises à la « Statistique du Danemark », qui est une institution étatique sous l'égide du Ministère des affaires économiques et de l'Intérieur, qui a pour mission de rassembler, compiler et publier les statistiques de la société danoise. Cependant, quelques domaines (pêche, jardinage et sylviculture) ne sont pas soumis à cette obligation de soumettre des statistiques.

De plus, le Ministère danois du travail exploite et maintient un **site internet**, www.ligelon.dk, qui contient des publications, des statistiques et de la législation. Il rassemble également les courants jurisprudentiels – sur l'égalité des salaires – issus du Conseil pour l'égalité de traitement, des Cours civiles spécialisées et de la Cour européenne de justice. Il y a également des informations sur les options disponibles pour un employé, de sexe féminin ou masculin, s'il sent qu'un cas de discrimination basée sur le sexe est en train de se réaliser.

4. Autres mesures pour promouvoir l'égalité des salaires

Le Ministère du travail publie **tous les trois ans**, un rapport sur les mesures prises pour favoriser l'égalité des salaires⁴¹⁰. Le Ministère fournit également des notes d'orientations et organise des conférences afin de promouvoir l'égalité salariale entre hommes et femmes⁴¹¹.

L'Institut danois des droits de l'homme a été mandaté pour promouvoir, évaluer, surveiller et soutenir le traitement égalitaire entre hommes et femmes, sans discrimination basée sur le sexe. Il surveille et promeut notamment l'égalité des salaires en examinant les projets de lois, les motions,

⁴⁰⁶ Article 12 Lov om Liegebehandlingsnaevnet.

⁴⁰⁷ Chapitre 7, article 18 de la loi sur l'égalité entre hommes et femmes dans le cadre de l'emploi.

⁴⁰⁸ Voir section 2b.

⁴⁰⁹ Article 5a (1) de la loi sur les salaires égaux entre hommes et femmes.

⁴¹⁰ Article 6a de la loi sur les salaires égaux entre hommes et femmes.

⁴¹¹ Voir par exemple: <http://www.ligelon.dk/sw153.asp> (05.09.2013).

les plans d'action, les courants jurisprudentiels, les décisions de différentes autorités, le matériel statistique et les rapports des différentes institutions⁴¹².

L'Institut décerne annuellement un prix aux entreprises qui promulguent la diversité et les opportunités égales dans la vie professionnelle⁴¹³.

Au cours des deux dernières années, le débat public a augmenté au Danemark ; le peuple prenant conscience de la sous-représentation des femmes dans les conseils de direction des sociétés privées du pays, puisqu'il n'y avait que 6% de femmes au sein de la gestion et 12% dans les conseils de directions des sociétés privées⁴¹⁴. En 2012, le Ministère de l'égalité des sexes et des affaires ecclésiastiques a adopté une législation visant à **promouvoir une intégration supplémentaire des femmes dans les conseils et la direction** des 1'100 plus grandes sociétés danoises, ainsi que dans toutes les institutions et entreprises étatiques⁴¹⁵. Cela implique que les sociétés et les institutions publiques concernées doivent fixer un objectif du nombre de femmes dans leurs conseils et qu'ils doivent développer des politiques et des stratégies ayant pour but d'inclure le nombre requis de femmes dans la direction en général⁴¹⁶. Un compte rendu des progrès devra être présenté dans un rapport annuel⁴¹⁷.

⁴¹² Voir les informations du mandat de l'Institut danois des droits de l'homme, disponible sur : <http://humanrights.dk/focus+areas/equal+treatment/the+horizontal+approach/the+danish+equal+treatment+body/tools+and+methods> (05.09.2013).

⁴¹³ <http://humanrights.dk/focus+areas/equal+treatment/the+horizontal+approach/projects/the+inclusive+society> (05.09.2013).

⁴¹⁴ Le Ministère danois pour l'égalité des sexes et les affaires ecclésiastiques, disponible sur: <http://miliki.dk/ligestilling/ligestillingsomraader/kvinder-i-ledelse-og-bestyrelser/> (05.09.2013).

⁴¹⁵ Lov om ændring af selskabsloven, årsregnskabsloven og forskellige andre love and Lov om ændring af lov om ligestilling af kvinder og mænd. Informations provenant du Ministère danois pour l'égalité des sexes et les affaires ecclésiastiques, disponible sur: <http://miliki.dk/ligestilling/ligestillingsomraader/kvinder-i-ledelse-og-bestyrelser/den-danske-model/> (05.09.2013).

⁴¹⁶ <http://www.kvinderiledelse.dk/om-loven.aspx> (05.09.2013).

⁴¹⁷ http://erhvervsstyrelsen.dk/file/346019/vejled_om_koen.pdf (05.09.2013).

G. ESPAGNE

1. Vue d'ensemble sur les mesures actives de l'Etat pour promouvoir l'égalité salariale entre hommes et femmes

L'article 14 de la Constitution espagnole⁴¹⁸ consacre le droit à l'égalité et à la non-discrimination fondés sur le sexe. L'article 9.2 de la Constitution impose aux pouvoirs publics l'obligation de promouvoir les conditions pour assurer que l'égalité de l'individu et des groupes auxquels il s'intègre soit réelle et effective. Dans ce cadre, **les pouvoirs publics ont ainsi la tâche générale de développer les conditions pour rendre réelles et effectives** la liberté et l'égalité, de supprimer les obstacles qui empêchent ou gênent l'épanouissement de la personne et de faciliter la participation de tous les citoyens, entre autre, à la vie économique et sociale. Afin de mettre en œuvre le principe de l'égalité entre hommes et femmes (ci-après : « égalité »), l'Espagne a pris des initiatives visant à sensibiliser la société sur l'égalité d'opportunités et à encourager les entreprises, personnes, cadres, travailleurs et employés à s'engager en faveur de l'égalité. L'Espagne a aussi mis en œuvre des mesures visant à effacer la dite « brèche salariale » (*brecha salarial*) entre hommes et femmes.

D'un point de vue structurel, la **législation espagnole** dans ce domaine est composée d'une myriade de dispositions (matérielles et de procédure) dans laquelle il n'est pas toujours évident de se retrouver. On peut, à titre d'exemple, mentionner les normes suivantes, qui seront citées par la suite : la Loi organique 3/2007 du 22 mars 2007⁴¹⁹ « d'égalité effective entre hommes et femmes » (ci-après : LO 3/2007), le Décret-législatif royal 5/2000⁴²⁰, ou encore certaines dispositions contenues dans le Décret-Loi Royal 3/2012⁴²¹, qui modifie l'art. 22.1 du Décret Législatif Royal 1/1995⁴²² (« Statut des travailleurs » ci-après : « ST »).

La pierre angulaire du système est la LO 3/2007). Selon le Préambule de cette loi, les simples déclarations formelles proclamant le besoin de respecter le principe d'égalité se sont avérées insuffisantes. Toujours selon le Préambule, afin de concrétiser l'égalité sur le terrain, notamment dans le domaine des salaires, l'adoption de nouveaux instruments juridiques s'est avérée nécessaire.

1.1. Vue d'ensemble des mesures actives

Le Titre IV de la LO 3/2007, traite spécifiquement de l'égalité dans le domaine du travail. Il s'agit, entre autres, **de la prise d'actions tendant à assurer l'égalité des femmes et des hommes** dans l'accès à l'emploi, la formation et la promotion professionnelles, ainsi que dans les **conditions de travail**. Afin de concrétiser le devoir de respecter le principe de l'égalité dans le domaine du travail et de l'emploi, la LO 3/2002 prévoit une série de mesures. Il s'agit notamment de :

⁴¹⁸ Constitution espagnole. Une version française non-officielle est disponible sous <http://mjp.univ-perp.fr/constit/es1978.htm> (08.01.13).

⁴¹⁹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo 2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, disponible sous http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo3-2007.html (04.01.13).

⁴²⁰ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 2000, RCL\2000\1804 (base privée) .

⁴²¹ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, disponible sous http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-2076 (6.12.12).

⁴²² Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la ley del Estatuto de los trabajadores, disponible sous www.ub.edu/cau/Legislaio/Texto_refundido_Ley_Estatuto_Trabajadores.pdf (5.12.12).

- un **plan stratégique** sur l'égalité des chances⁴²³,
- la création d'une **Commission interministérielle** sur l'égalité (cf. infra, 1.3.),
- la préparation de **rapports sur l'impact du genre dans le domaine des normes juridiques et des plans socio-économiques** spécialement importants⁴²⁴,
- la préparation de **rapports ou évaluations périodiques** sur le caractère effectif du principe de l'égalité⁴²⁵,
- l'adoption d'**actions dites « positives »**⁴²⁶.

En plus de ces instruments généraux mentionnés dans la loi, une commission parlementaire – la Commission pour l'égalité du Congrès des députés – a adopté une « proposition de non-loi » (*proposición no de ley*)⁴²⁷. Cette initiative demande au gouvernement de promouvoir **l'égalité de salaires** entre hommes et femmes lors du développement des actions stratégiques pour l'égalité entre sexes pour les années 2010-2015⁴²⁸. Il est notamment proposé au gouvernement de soutenir toutes les initiatives ayant pour but d'améliorer l'égalité dans le domaine du travail, comme les labels, lettres et prix ainsi que le développement d'instruments permettant aux employeurs de corriger les différences non-justifiées dans les salaires entre hommes et femmes.

⁴²³ Article 17 LO 3/2007 : « Plan Stratégique sur l'égalité des Chances. Le Gouvernement, dans les matières relevant de la compétence de l'Etat, adoptera périodiquement un Plan Stratégique sur l'Egalité des Chances, qui comportera des mesures visant à atteindre l'objectif de l'égalité entre les femmes et les hommes et éliminer toute discrimination fondée sur le sexe ».

⁴²⁴ Article 19 LO 3/2007 : « Les projets de dispositions de caractère général et les plans spécialement importants en matière économique, sociale, culturelle et artistique qui seront soumis à l'approbation du Conseil des Ministres devront comporter un rapport sur son impact fondé sur le genre ».

⁴²⁵ Article 18 LO 3/2007 : « Le Gouvernement préparera, conformément aux dispositions des modalités d'application, un rapport périodique sur l'ensemble de ses actions visant à rendre effectif le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes et rendra compte de ce rapport auprès des Cortes Générales ».

⁴²⁶ Article 11 LO 3/2007 : « 1) Afin de rendre effectif le droit constitutionnel à l'égalité, les Pouvoirs Publics adopteront des mesures spécifiques en faveur des femmes pour corriger des situations patentes d'inégalité de fait par rapport aux hommes. Ces mesures, qui seront applicables aussi longtemps que subsisteront lesdites conditions, devront être raisonnables et proportionnelles par rapport à l'objectif poursuivi dans chaque cas. 2) Les personnes physiques et morales privées pourront également adopter ce type de mesures dans les termes visés par la présente Loi ».

⁴²⁷ En dehors de leurs fonctions d'approuver les lois et de contrôler le gouvernement, les Chambres du Parlement ont une fonction de promotion ou de direction du système politique. Par ce système, les Chambres adoptent des directives ou donnent des mandats à certains organes. Dans le cadre de cette fonction, les Chambres peuvent adopter les soi-disant "propositions de non-loi" (connues aussi comme des "résolutions" ou des "accords"). Contrairement aux lois, les *propositions de non-loi* sont adoptées par l'une des Chambres, et elles se perfectionnent par le seul acte d'adoption, à savoir, sans besoin de sanction ni de promulgation⁴²⁷. Les *propositions de non-loi* manquent de force obligatoire et ils ne forment pas partie du droit positif. L'effectivité de ce type d'actes est restreinte, à la limite, à celle d'une instruction indicative, par laquelle une chambre exprime plus une aspiration qu'une norme obligatoire. Toutefois, les *propositions de non-loi* peuvent avoir un certain poids dans le domaine politique, car celles-ci sont adoptées dans le cadre des relations entre le parlement et le gouvernement, à qui sont normalement adressées⁴²⁷. Une inexécution injustifiée, même s'il n'y a pas de sanction formelle, implique que le gouvernement ignore la position de suprématie du parlement, et ceci pourrait mener ce dernier à prendre des mesures.

⁴²⁸ Congreso de los Diputados, Comisión de Igualdad, disponible sous [\(http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-D-170.CODI.%29#\(Página22\)\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-D-170.CODI.%29#(Página22)) (01.12.12) ; [\(http://www.elmundo.es/elmundo/2012/10/10/espana/1349850344.html\)](http://www.elmundo.es/elmundo/2012/10/10/espana/1349850344.html) (01.12.12).

1.2. L'obligation des entreprises d'établir des plans d'égalité

Selon l'art. 45.1 de la LO 3/2007⁴²⁹, les entreprises doivent adopter des mesures visant à **éviter tout type de discrimination entre les femmes et les hommes**. Ces mesures devront être **négociées** et, dans tous les cas, décidées **avec les représentants légaux des travailleurs**. Ceci dit, la LO 3/2007 prévoit la prise de mesures concrètes afin d'instaurer l'égalité dans les entreprises, notamment par la voie de la **négociation collective**, afin de permettre aux parties de s'accorder de manière libre et responsable sur la teneur des mesures à adopter.

Sur ces bases, **dans les entreprises de plus de 250 travailleurs**, les négociations doivent aboutir à l'élaboration et mise en œuvre de **plans d'égalité**. Si une telle mesure est déjà prévue dans l'accord collectif, les entreprises doivent procéder à l'adoption et mise en œuvre du plan mentionné. Dans les petites et moyennes entreprises, l'élaboration et mise en œuvre de plans d'égalité est **volontaire**. Ceci se fait suite à des consultations avec les représentants des travailleurs et travailleuses (art. 45.5 LO 3/2007).

Dans le domaine des **sanctions** imposables aux entreprises, l'art. 8.12 du Décret-législatif royal 5/2000⁴³⁰, qualifiait déjà « d'infraction très grave » la prise de décisions unilatérales dans les entreprises qui causent des discriminations directes ou indirectes au détriment de certaines personnes, entre autre, en raison du sexe, **par rapport aux rétributions**, promotions et d'autres conditions de travail. En outre, l'art. 8.17 du Décret-législatif royal 5/2000⁴³¹ qualifie « d'infraction très grave » **l'omission de préparer ou d'appliquer un plan d'égalité** dans les entreprises soumis à cette obligation⁴³². La conséquence de cette qualification est que les infractions de ce type sont punies d'une amende maximale par rapport à d'autres infractions qualifiées de « légères » et « graves »⁴³³.

⁴²⁹ Artículo 45.1 LO 3/2007 : « Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral ».

⁴³⁰ Real Decreto Legislativo 5/2000, art. 8.12 : « 12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación ».

⁴³¹ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 2000, RCL\2000\1804 (base privée).

⁴³² Art. 8.17 Real Decreto Legislativo 5/2000 : « Son infracciones muy graves [...] No elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley.

⁴³³ Art. 40 du Real Decreto Legislativo 5/2000: 1. Las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo, en materia de Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 siguiente, en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, excepto las que se refieran a materias de prevención de riesgos laborales, que quedarán encuadradas en el apartado 2 de este artículo, así como las infracciones por obstrucción se sancionarán: a) Las leves, en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros.

L'élaboration et l'application d'un plan d'égalité peut également être imposée comme sanction. En fait, en vertu de l'art. 46 bis 2 du Décret-législatif royal 5/2000, les sanctions qui doivent être imposées à une entreprise peuvent être substituées par l'imposition de **l'obligation d'élaborer et d'appliquer un plan d'égalité**⁴³⁴. Autrement dit, une entreprise devra élaborer et mettre en œuvre un plan d'égalité (après négociation ou consultation, le cas échéant, avec les représentants légaux des travailleurs), lorsque l'autorité du travail (cf. 2) aura décidé de remplacer des sanctions qui devraient lui être imposées par une telle obligation.

Selon l'article 46 de la LO 3/2007, les plans d'égalité des entreprises constituent **un ensemble articulé de mesures, adoptées après la réalisation d'un diagnostic de la situation, visant** à atteindre l'égalité de traitement et l'égalité des chances entre les femmes et les hommes dans l'entreprise, ainsi qu'à éliminer la **discrimination fondée sur le sexe**. Les plans d'égalité doivent fixer des **objectifs concrets à atteindre, des stratégies et des pratiques** à adopter en vue de leur réalisation. Ils doivent aussi établir des procédures **de suivi et d'évaluation** efficaces. Pour atteindre ces objectifs, les plans d'égalité peuvent, entre autre, porter sur la **classification professionnelle**, la **promotion** et la formation, les **rétributions**, l'aménagement du temps de travail pour favoriser l'égalité entre les femmes et les hommes, la conciliation de la vie personnelle et familiale avec la vie professionnelle et la prévention contre le harcèlement sexuel et le harcèlement fondé sur le sexe. Les plans d'égalité doivent porter sur **l'ensemble de l'entreprise**, sans préjudice de l'adoption de mesures spécialement adaptées pour certaines unités.

Par ailleurs, l'art. 49 de la LO 3/2007 prévoit spécifiquement pour les plans d'égalité, que le gouvernement adoptera des **mesures d'encouragement, spécialement dirigées aux petites et moyennes entreprises**. Ces mesures incluront l'appui technique nécessaire afin d'établir les plans d'égalité.

b) Las graves con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.

c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros.

434

Real Decreto Legislativo 5/2000, Art. 46. 2 « No obstante lo anterior, en el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el apartado 12 del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley referidas a los supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, las sanciones accesorias a las que se refiere el apartado anterior podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, si así se determina por la autoridad laboral competente previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos que se establezcan reglamentariamente, suspendiéndose el plazo de prescripción de dichas sanciones accesorias. En el supuesto de que no se elabore o no se aplique el plan de igualdad o se haga incumpliendo manifiestamente los términos establecidos en la resolución de la autoridad laboral, ésta, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de la imposición de la sanción que corresponda por la comisión de la infracción tipificada en el apartado 17 del artículo 8, dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias, que se aplicarán de la siguiente forma:

a) La pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y beneficios a la que se refiere la letra a) del apartado anterior se aplicará con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción;

b) La exclusión del acceso a tales beneficios será durante seis meses a contar desde la fecha de la resolución de la autoridad laboral por la que se acuerda dejar sin efecto la suspensión y aplicar las sanciones accesorias ».

1.3. L'interdiction de discrimination salariale et sa mise en œuvre

L'art. 8 du ST traite de la classification professionnelle. Selon la nouvelle disposition⁴³⁵, par la voie de la négociation collective ou, à défaut, par accord entre l'entreprise et les représentants des travailleurs, on établira un système de classification professionnelle des employés dans des « groupes professionnels ». Un groupe professionnel est défini comme « un ensemble regroupant de façon unitaire les capacités professionnelles, les titres et les contenus généraux des prestations, pouvant concerner des tâches diverses, des spécialités professionnelles ou des responsabilités assignées à l'employé ». La définition des groupes professionnels sera ajustée aux critères et systèmes ayant par objet de garantir **l'absence de discrimination directe et indirecte entre femmes et hommes**.

La disposition additionnelle 11 de la Loi 35/2010⁴³⁶ (« Mesures urgentes de réforme du marché du travail ») modifie le Décret Royal Législatif 1/1995⁴³⁷, en ajoutant une série de dispositions visant à promouvoir l'égalité. Il s'agit notamment de l'art. 17.1 ST selon lequel sont **nulles et sans effet** les dispositions réglementaires, les clauses dans les conventions collectives et les contrats individuels de travail ainsi que les décisions unilatérales de l'employeur qui causent, entre autre, des discriminations directes ou indirectes dans les conditions de travail et en **matière de rétributions**⁴³⁸. L'art. 22.4 ST est aussi réformé par le Décret-Loi Royal 3/2012, afin d'assurer que la définition des catégories et groupes professionnels sera ajustée à des critères et systèmes garantissant l'absence de discrimination directe ou indirecte entre sexes⁴³⁹. L'art. 24.2 ST est de même réformé, de façon à assurer que les promotions dans les entreprises respectent des critères et des systèmes garantissant l'absence de discrimination directe ou indirecte entre hommes et femmes. La même disposition

⁴³⁵ Artículo 22.1 ST : « Sistema de clasificación profesional. 1. Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales.
2. Se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador.
3. La definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres ».

⁴³⁶ Ley 35/2010, de 17 de septiembre 2010, de Medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, disponible sous
<http://online.lexnova.es/servicesLXOL/visordoc?signatura=13DC0506C57FCE884102902B33F65CF7>
(2.12.12).

⁴³⁷ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo 1995, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, disponible sous
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/rdleg1-1995.html (7.1.13).

⁴³⁸ Art. 17.1 ST : « Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español ».

⁴³⁹ Art. 22.4 ST : « La definición de las categorías y grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres ».

prévoit la possibilité d'adopter des **mesures affirmatives** visant l'élimination ou la compensation de situations discriminatoires⁴⁴⁰.

Dans le cadre des mesures prises dans le contexte de la crise économique en Espagne qui peuvent avoir un impact sur les conditions de travail, il convient de mentionner l'art. 6 de la Loi 35/2010 qui modifie l'alinéa 3 de l'art. 82 ST. Le nouveau texte prévoit la possibilité de ne pas appliquer le régime de salaires prévu dans les conventions collectives, lorsque la situation et les perspectives économiques des entreprises peuvent subir des préjudices comme conséquence d'une telle application, et mettre en péril les possibilités de préservation des emplois⁴⁴¹. Toutefois, dans le domaine de l'égalité, il est expressément interdit que **l'inapplication** mentionnée n'entraîne la **violation des obligations prévues par rapport à l'égalité** ni à l'interdiction de discrimination dans les salaires en raison du genre⁴⁴².

Finalement, la législation espagnole contient des dispositions spécifiques aux domaines du travail temporaire et au travail dans les administrations. Pour le **travail temporaire**, l'art. 17 de la Loi 35/2010 modifie l'art. 8 b) de la Loi 14/1994, qui règle le domaine des entreprises de travail temporaire. Le nouveau texte impose l'obligation d'appliquer aux employés engagés pour être cédés à d'autres entreprises, les mêmes dispositions prévues pour les employés de l'entreprise qui les emploiera, entre autre, **en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes**.

Pour ce qui concerne les **administrations**, le Chapitre I du Titre V de la LO 3/2007 impose l'obligation d'égalité dans l'emploi public, établissant des critères d'action généraux en faveur de l'égalité pour l'ensemble des **administrations publiques** espagnoles. Il s'agit de prendre des mesures pour assurer l'égalité dans un sens analogue au régime prévu pour le secteur privé.

1.4. Vue d'ensemble des institutions

Parmi les nombreuses entités qui s'occupent des questions d'égalité homme-femme, les plus importantes sont la Commission interministérielle d'égalité entre hommes et femmes (CIEHF), les unités d'égalité des Ministères de l'Inspection du travail et de la sécurité sociale (ITSS) ainsi que le Ministère de la Santé, de la Politique sociale et de l'égalité (MS).

La **Commission interministérielle d'égalité entre homme et femme** (CIEHF) a été créée par le Décret royal 1370/2007 du 19.10.07 (DR 1370)⁴⁴³. Le but de la CIEHF est celui de **coordonner les politiques et les mesures adoptées par les différents ministères**, afin de garantir l'égalité et de promouvoir leur effectivité. Les fonctions spécifiques de la CIEHF sont, entre autre, le suivi et la coordination de la

⁴⁴⁰ Art. 24.2 ST : « Los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación ».

⁴⁴¹ Art. 82 ST : « Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias [...] Sistema de remuneración y cuantía salarial ».

⁴⁴² D. Carrillo, Medidas para promover la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, in A. Navarro (éd.) La Reforma Laboral de 2010, Pamplona : Aranzadi 2010, 869, 882.

⁴⁴³ Real Decreto 1370/2007, de 19 de octubre 2007, Igualdad hombre-mujer. Regula la Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres, disponible sous http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd1370-2007.html (11.01.13).

mise en œuvre du principe de l'égalité par l'Administration générale de l'État, l'analyse, la discussion et le suivi des plans stratégiques, la coordination et supervision de la préparation du rapport périodique du gouvernement, la surveillance et la coordination de l'élaboration et la mise en œuvre des rapports sur l'impact du genre et des actions entreprises, le suivi des résolutions et des développements au sein de l'union européenne et d'autres organisations internationales ainsi que toute autre tâche qui lui est confiée par le gouvernement⁴⁴⁴.

Les **unités d'égalité** sont des unités existant **dans tous les ministères** qui ont la tâche de compiler des informations statistiques, de préparer des études visant à promouvoir l'égalité dans les domaines d'activité des départements, de conseiller les organes des ministères dans la préparation des rapports sur l'impact, de promouvoir la prise de connaissance du principe de l'égalité et de veiller à la mise en œuvre de la législation sur l'égalité (art. 77 LO 3/2007). Il s'agit ainsi d'un organe ministériel destiné à **promouvoir le principe de l'égalité dans l'activité du ministère** ainsi qu'à l'intérieur même du ministère.

L'Inspection du travail et de la sécurité sociale (ITSS) est la **principale institution chargée de veiller au respect des dispositions sur la promotion de l'égalité salariale**. L'ITSS, qui dépend du sous-secrétariat du travail et de l'immigration, a été créée au début du XXe siècle (son premier règlement date du 1.3.1906). Depuis cette date, l'ITSS s'est vu confier la surveillance du respect de la législation sociale et du travail. Conformément à la loi 42/1997, du 14 novembre 1997⁴⁴⁵ et de son règlement de développement approuvés par le Décret Royal 138/2000 du 4 février 2000⁴⁴⁶, ainsi que dans l'arrêté ministériel du 12 février 1998⁴⁴⁷, l'ITSS est chargé du **contrôle et de la vigilance** de l'exécution des normes sociales et du travail. Ceci inclut tant la tâche d'exiger des responsabilités aux entreprises et

⁴⁴⁴ Artículo 3. Du DR 1370 : « La Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres desarrollará las siguientes funciones:

- a) Seguimiento y coordinación de la aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y de su integración activa en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y dotación presupuestaria de sus políticas públicas y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.
- b) Análisis, debate y seguimiento del «Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades», que el Gobierno aprobará periódicamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley Orgánica 3/2007.
- c) La coordinación y supervisión de la elaboración del Informe periódico del Gobierno, establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Igualdad, sobre la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el conjunto de sus actuaciones.
- d) Seguimiento y coordinación del desarrollo y aplicación de los informes de Impacto de Género y de las actuaciones de las Unidades de Igualdad constituidas en cada departamento ministerial, así como de la participación de las mujeres en los puestos de representación y dirección de la Administración General del Estado.
- e) El seguimiento de los acuerdos adoptados y el desarrollo de las actuaciones emprendidas en el seno de la Unión Europea y de los organismos internacionales, en relación con la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de toda discriminación por razón de sexo, sin perjuicio de las competencias atribuidas en la materia a otros órganos.
- f) Cuantas otras tareas le sean encomendadas por el Gobierno ».

⁴⁴⁵ Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, disponible sous http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l42-1997.html (08.01.2013).

⁴⁴⁶ Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, disponible sous http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd138-2000.html (07.01.13).

⁴⁴⁷ Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales, Orden de 12 de febrero de 1998, Ejercicio de las funciones de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, disponible sous <http://www.empleo.gob.es/es/guia/leyes/OM120298.html> (09.01.13).

travailleurs en cas de non-respect des normes, que celle d'informer et de fournir une assistance technique à ceux-ci.

Parmi les nombreuses fonctions que remplit l'ITSS se trouvent les suivantes (art. 3 Loi 42/1997):

1. Fonction **d'inspection** (entre autre, la surveillance et l'exigence du respect des normes dans les domaines de la gestion du travail et des relations syndicales, des relations de travail individuelles et collectives – voir ci-dessous, 2.a).
2. Fonction de **promotion de procédures disciplinaires**. Ceci se fait principalement par l'établissement d'actes de constatations d'infraction et de communications aux organes compétents sur les irrégularités constatées, entre autre, dans le domaine de la formation professionnelle et la promotion sociale et la formulation de demandes d'office devant la justice de l'ordre social (voir ci-dessous, 2.b)⁴⁴⁸.

Enfin, le **Ministère de la santé, de la politique sociale et de l'égalité** joue également un rôle important dans la mise en œuvre de l'égalité salariale, d'une part à travers l'Institut de la femme (voir plus en détail sur certaines activités de cet institut infra, 3.) et, d'autre part, par le label en matière d'égalité (cf. 4.).

2. Institutions

Etant donné que l'Inspection du travail et de la sécurité sociale a des pouvoirs étendus par rapport à l'égalité salariale, c'est cette institution qui sera analysée en détail ici.

a. Les pouvoirs d'enquête et le devoir de coopérer

L'Instruction n° 3/2011 de l'ITSS⁴⁴⁹ prévoit la réalisation **d'inspections en matière d'égalité** et de non-discrimination dans le travail. L'activité d'inspection de l'ITSS peut avoir lieu **sans annonce préalable** au lieu de travail. Afin de réaliser les inspections, l'ITSS peut envoyer des sommations à comparaître et à **présenter des documents**⁴⁵⁰ (cf. ci-dessous, b., pour la possibilité de l'ITSS de saisir le juge en cas de non respect des demandes).

L'ITSS agit d'office, par propre initiative, à la demande d'autres autorités, ou sur plainte. Les inspections sous **plainte** se réalisent suite au dépôt d'une communication portant sur des irrégularités dans une entreprise. Toute personne non anonyme peut déposer une plainte.⁴⁵¹ Les

⁴⁴⁸ Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Funciones de la ITSS, disponible sous http://www.empleo.gob.es/ITSS/web/Que_hacemos/Funciones_ITSS/index.html (08.01.13).

⁴⁴⁹ Documento elaborado por: Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social Edita: Ministerio de Empleo y Seguridad Social Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones disponible sous <http://publicacionesoficiales.boe.es/detail.php?id=032079011-0001> (4.12.12).

⁴⁵⁰ Art. 14 Loi 42/1997 : « 1. La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se desarrollará mediante visita a los centros o lugares de trabajo, sin necesidad de aviso previo; mediante requerimiento de comparecencia ante el funcionario actuante de quien resulte obligado, aportando la documentación que se señale en cada caso, o para efectuar las aclaraciones pertinentes; en virtud de expediente administrativo cuando el contenido de su actuación permita iniciar y finalizar aquélla. Las visitas de inspección podrán realizarse por uno o varios funcionarios y podrán extenderse durante el tiempo necesario ».

⁴⁵¹ Art. 13 Loi 42/1997 : « 1. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social actuará de oficio siempre, como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos, por propia iniciativa, o en virtud de denuncia, todo ello en los términos que reglamentariamente se determinen . 2. Es pública la acción de denuncia del incumplimiento de la legislación de orden social. El denunciante no podrá

inspections **d'office** concernent les entreprises ayant montré des indices d'irrégularités, ainsi que ceux soumis à l'obligation d'adopter des plans d'égalité. Enfin, les inspections sur la base des **plans** se réalisent sur la base d'une planification **permanente et programmée** visant à fixer des critères de sélection des entreprises à inspecter.

Les activités d'inspection se centrent sur les sujets suivants :

1. les **plans d'égalité** et les autres obligations issues de la LO 3/2007 (cf. à ce sujet supra, 1.2.),
2. la discrimination dans les **relations de travail**,
3. la discrimination **dans le domaine des salaires**,
4. le harcèlement sexuel,
5. la discrimination dans la **négociation collective**,
6. la prévention des risques dans le travail,
7. la discrimination dans l'accès au travail,
8. la conciliation entre le travail et la vie familiale.

Selon la Disposition additionnelle n° 16 de la Loi 35/2010, l'ITSS est tenu d'inclure dans ses plans d'activités, entre autres, les sujets de **la discrimination dans le domaine des salaires** et du contrôle des contrats à terme sans justification et de leur transformation en contrats permanents⁴⁵². Ainsi, l'ITSS a lancé une campagne spécifiquement dirigée à vérifier l'existence de discrimination directe ou indirecte dans le domaine des salaires au sein de l'hôtellerie, des entités financières, du commerce, de l'industrie textile, de la sidérurgie et la métallurgie et le nettoyage. En effet, l'obligation de vérifier l'éventuelle existence de discrimination salariale s'ajoute aux tâches préalablement imposées à l'ITSS, comme, par exemple, la **vérification de l'existence de bénéfices ou compensations salariales accordés aux travailleurs hommes mais non aux femmes**⁴⁵³.

b. La possibilité de saisir le juge

Selon l'art. 7.12 de la Loi 42/1997⁴⁵⁴, l'une des mesures pouvant être adoptées par les inspecteurs de l'ITSS est celle de « proposer à leur chef l'introduction de **demandes d'office** devant la juridiction de l'ordre social », dans la forme prévue dans la loi régulatrice de cette juridiction (il s'agit de la Loi

alegar la consideración de interesado a ningún efecto en la fase de investigación, si bien podrá tener, en su caso, la condición de interesado si se inicia el correspondiente procedimiento sancionador en los términos del artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. No se tramitarán las denuncias anónimas, las que se refieran a materias cuya vigilancia no corresponda a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, las que manifiestamente carezcan de fundamento ni las que coincidan con asuntos de los que esté conociendo un órgano jurisdiccional».

⁴⁵² Disposición adicional decimosexta. Inspección de Trabajo y Seguridad Social [...] 2. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social incluirá en su Plan Integrado de Actuación con carácter de objetivos de alcance general, los planes específicos siguientes: a) Discriminación salarial entre mujeres y hombres. b) Control de los contratos temporales sin causa e impulso a su transformación en indefinidos. c) Control de la correcta utilización de los contratos formativos y de las prácticas no laborales en las empresas. d) Control de la actuación de las empresas que realizan actividad de cesión de trabajadores sin contar con autorización administrativa ».

⁴⁵³ Informe anual de la ITSS, 2011, p. 77 disponible sous http://www.empleo.gob.es/itss/web/Que_hacemos/Estadisticas/doc/Memoria_2011/Memoria_2011.pdf (09.01.13).

⁴⁵⁴ Art. 7.12 de la Loi 42/1997 : « Los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, finalizada la actividad comprobatoria inspectora, podrán adoptar las siguientes medidas [...] 12. Proponer a su respectivo jefe la formulación de demandas de oficio ante la Jurisdicción de lo Social en la forma prevista en la Ley reguladora de dicho Orden Jurisdiccional ».

36/2011⁴⁵⁵ qui traite de la « procédure d'office » (*procedimiento de oficio*) dans les articles 148 - 150). Dans la juridiction de l'ordre social espagnol, le concept « d'office » se réfère aux « **communications-demandes** » **présentées par l'autorité du travail** (*autoridad laboral*) lorsque celle-ci doit suivre « d'office » certaines affaires⁴⁵⁶. Dans ce sens, les art. 2.f et 148 de la Loi 36/2011⁴⁵⁷ prévoient la possibilité pour l'autorité de travail de saisir la justice de l'ordre social, entre autre, en cas de violation des droits fondamentaux, incluant les cas de discrimination. Dans cette procédure, les travailleurs sont cités à comparaître et deviennent parties sans qu'ils puissent demander la suspension de la procédure⁴⁵⁸.

En vertu de l'art. 148 de la Loi 36/2011, la procédure devant le juge de l'ordre social peut être entamée soit sur la **base d'un rapport de l'ITSS constatant une discrimination en raison du sexe**, soit suivant une **décision prise par le MS** sur la base d'un rapport émis par l'ITSS⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵ Ley 36/2011, de 10 de octubre 2011, Reguladora de la jurisdicción social, disponible sous http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/I36-2011.html (08.01.13),.

⁴⁵⁶ R. Jiménez, op. cit., p.1080.

⁴⁵⁷ Art. 2.f Loi 36/2011 : « Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: [...] sobre tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación [...] » ; art. 148. : « El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia:
a) De las certificaciones de las resoluciones firmes que dicte la autoridad laboral derivadas de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados.
b) De los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando ésta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción a que se refieren el artículo 47 y el apartado 6 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y los remitiera a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará la autoridad laboral cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.
c) De las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente ».

⁴⁵⁸ Art. 150.2 Loi 36/2011 : « 2. Admitida a trámite la demanda, continuará el procedimiento con arreglo a las normas generales del presente texto, con las especialidades siguientes: a) El procedimiento se seguirá de oficio, aun sin asistencia de los trabajadores perjudicados, a los que se emplazará al efecto y una vez comparecidos tendrán la consideración de parte, si bien no podrán desistir ni solicitar la suspensión del proceso.
b) La conciliación tan sólo podrá autorizarse por el secretario judicial o en su caso por el juez o tribunal, cuando fuera cumplidamente satisfecha la totalidad de los perjuicios causados por la infracción. c) Los pactos entre trabajadores y empresarios posteriores al acta de infracción tan sólo tendrán eficacia en el supuesto de que hayan sido celebrados en presencia del inspector de trabajo que levantó el acta o de la autoridad laboral.
d) Las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe salvo prueba en contrario, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada.
e) Las sentencias que se dicten en estos procesos habrán de ejecutarse siempre de oficio ».

⁴⁵⁹ Ley 36/2011, Artículo 148: « Ámbito de aplicación. El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia:
a) De las certificaciones de las resoluciones firmes que dicte la autoridad laboral derivadas de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados. [...] c) De las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de

La position de l'ITSS dans le cadre de cette procédure paraît être **controversée**⁴⁶⁰. Selon l'opinion majoritaire, l'autorité se limite à intervenir dans la phase initiale de la procédure (sans prendre partie dans celle-ci), selon une opinion minoritaire l'autorité peut participer ultérieurement au procès, notamment en soutenant ce qui est soulevé dans la documentation fournie au tribunal⁴⁶¹.

Une autre possibilité pour l'ITSS de saisir le juge est prévue à l'art. 76.5 de la Loi 36/2011⁴⁶². Cette disposition prévoit que l'ITSS peut demander au juge la prise de **mesures préliminaires ou conservatoires**, lorsqu'une personne s'oppose ou risque de s'opposer à la réalisation d'inspections pouvant conduire à l'introduction de demandes devant la justice de l'ordre social, ou encore afin de permettre la réalisation d'inspections pouvant concerner les droits fondamentaux ou les libertés publiques.

La Loi 36/2011 prévoit aux articles 177⁴⁶³ ss une procédure dite « de protection des droits fondamentaux et des libertés publiques » (**tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas**). Dans le cadre de cette procédure, la Loi 36/2011 reconnaît la légitimité active des **travailleurs, syndicats** pour soulever la violation d'un droit fondamental ou d'un intérêt légitime – incluant l'**interdiction de traitement discriminatoire**. L'art. 177.2 *in fine* de la Loi 36/2011⁴⁶⁴ admet la

sexo y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente»; Informe anual de la ITSS, 2011, op. cit., p. 10.

⁴⁶⁰ R. Jiménez, op. cit., p.1082.

⁴⁶¹ R. Jiménez, op. cit., p.1082, . avec jurisprudence aux pages 1088-1090.

⁴⁶² Art. 76.5 Loi 36/2011 : « La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, la Administración laboral, en el ejercicio de sus funciones, cuando el centro de trabajo sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona afectada, podrá solicitar la correspondiente autorización judicial, si el titular se opusiere o existiese riesgo de tal oposición, en relación con los procedimientos administrativos de los que conozca o pueda conocer posteriormente la jurisdicción social, o para posibilitar cualquier otra medida de inspección o control que pudiera afectar a derechos fundamentales o libertades públicas ».

⁴⁶³ Art. 177 Loi 36/2011 : « 1. Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios.
2. En aquellos casos en los que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, podrán personarse como coadyuvantes el sindicato al que éste pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, así como, en supuestos de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado.
3. El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas ».

⁴⁶⁴ Art. 17.2 *in fine* de la Loi 36/2011 : « En especial, en los términos establecidos en esta Ley, podrán actuar, a través del proceso de conflicto colectivo, en defensa de los derechos e intereses de una pluralidad de trabajadores indeterminada o de difícil determinación; y, en particular, por tal cauce podrán actuar en defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en todas las materias atribuidas al orden social ».

participation des **syndicats** dans les procédures collectives, notamment en défense du droit à l'égalité entre hommes et femmes.

Par ailleurs, il convient de signaler que, de manière générale, dans la procédure devant la juridiction de l'ordre social, des **entités publiques ou privées** dont les objectifs sont la promotion et la défense des intérêts légitimes heurtés peuvent également participer (pour autant qu'elles obtiennent l'accord de la personne affectée, art. 177.2 de la Loi 36/2011). Le ministère public participe à tous les procès de défense des droits fondamentaux afin de veiller spécifiquement à l'indemnisation des victimes et à l'adoption des mesures nécessaires pour faire disparaître les conduites illicites (article 177.3 de la Loi 36/2011).

c. D'autres pouvoirs et droits

L'art. 3 Loi 42/1997 prévoit d'autres pouvoirs de l'ITSS, notamment :

1. Pourvoir une **assistance technique** (diffusion d'information technique aux entreprises et aux travailleurs à l'occasion de l'exercice de la fonction d'inspection, information, aide et collaboration avec d'autres organisations de l'administration publique en ce qui concerne l'application des règles d'ordre social)
2. **Arbitrage, conciliation et médiation** dans les conflits de travail et les grèves lorsqu'elle est acceptée par les parties.

3. Mesures en place pour promouvoir la transparence salariale

L'art 47 de la LO 3/2007 règle les questions de transparence dans le cadre de la mise en oeuvre du plan d'égalité. Cette disposition garantit le **droit d'accès** des représentants légaux des travailleurs masculins et féminins (ou, à défaut, des travailleurs eux-mêmes) aux informations sur le contenu des plans d'égalité et sur la réalisation de leurs objectifs. Ceci doit être interprété sans préjudice du suivi de l'évolution des accords sur les plans d'égalité par les commissions paritaires des conventions collectives auxquelles sont attribuées ces compétences.

Dans la *proposition de non-loi* du 10.10.12 (cf. 1), il est proposé au gouvernement d'inclure une **amélioration de la transparence des rétributions** ainsi que de l'impact sur les salaires du travail à temps partiel et dans les contrats à durée déterminée⁴⁶⁵. Nous n'avons pas trouvé des dispositions plus concrètes par rapport à cette initiative.

Dans le cadre de la promotion de la transparence, notamment afin de combler les différences de salaires entre hommes et femmes (« *brecha salarial* ») pour des activités similaires, l'Institut de la femme⁴⁶⁶ (un Institut autonome du Ministère de la Santé, de la politique sociale et de l'égalité), publie des statistiques et des études contenant des tableaux qui montrent les différences de salaire mentionnées⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ « El PP pide la igualdad y transparencia salarial entre hombres y mujeres », 10.10.2012, disponible sous http://www.lacerca.com/noticias/espana/pp_pide_igualdad_transparencia_salarial_hombres_mujeres-137578-1.html (08.01.13).

⁴⁶⁶ Instituto de la Mujer, Ministerio Sanidad, Política Social e Igualdad, site internet: <http://www.inmujer.gob.es/buscador/iniciar.do> (08.01.13).

⁴⁶⁷ Par exemple : Análisis de la perspectiva de género en algunas estadísticas españolas y propuestas de mejora, 2012, disponible sous <http://www.inmujer.gob.es/observatorios/observIgualdad/estudiosInformes/docs/016-analisis.pdf>

4. Autres mesures pour inciter les employeurs à promouvoir l'égalité des salaires

La LO 3/2007 du 22 mars 2007 dispose, à l'art. 50⁴⁶⁸, la création d'un **label en matière d'égalité** qui sera attribué aux entreprises qui excellent dans l'application des politiques d'égalité homme-femme dans les conditions de travail. Ce label est connu comme « Égalité dans l'entreprise » (*"Igualdad en la Empresa"*). Il s'agit notamment d'un distinctif de qualité accordée aux entreprises qui accréditent avoir effectué certaines actions dans le domaine de l'égalité. Le label a été créé, donc, avec l'idée d'attribuer une reconnaissance aux activités de promotion de l'égalité dans les entreprises. Ce label agit aussi comme une certification (ou attestation) du fait que l'entreprise applique et respecte certains standards d'égalité⁴⁶⁹.

Les normes techniques à la base de la certification sont déterminées par le Décret Royal 1615/2009 du 26 octobre 2009⁴⁷⁰, qui règle la concession et l'utilisation du distinctif « Égalité dans l'entreprise ». Il s'agit notamment de promouvoir une participation équilibrée entre les femmes et les hommes dans les domaines de la prise de décisions et l'accès aux postes de responsabilité, l'établissement de **critères et de systèmes de rémunération** et de classification professionnelle permettant d'évaluer le travail effectué par les femmes et les hommes⁴⁷¹.

Dans les conditions pour l'octroi des labels pour 2011, il était mentionné que les entreprises concernées doivent soumettre un rapport sur leur situation par rapport à la mise en œuvre des plans et des mesures d'égalité en incluant des données sur le modèle et la **structure de salaires** dans

(09.01.12) ; 2010, Mujeres y hombres en España 2009, disponible sous <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/mujeresHombres/docs/mujeresHombres2009.pdf> (08.01.13).

⁴⁶⁸ LO 3/2007, art. 50 : « Artículo 50. Distintivo para las empresas en materia de igualdad. 1. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales creará un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios. 2. Con el fin de obtener este distintivo, cualquier empresa, sea de capital público o privado, podrá presentar al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales un balance sobre los parámetros de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados. 3. Reglamentariamente, se determinarán la denominación de este distintivo, el procedimiento y las condiciones para su concesión, las facultades derivadas de su obtención y las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan y de las políticas de igualdad aplicadas por ellas. 4. Para la concesión de este distintivo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa. 5. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales controlará que las empresas que obtengan el distintivo mantengan permanentemente la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras y, en caso de incumplirlas, les retirará el distintivo ».

⁴⁶⁹ R. Melero-Bolaños & J. Ramírez-Sobrino, El distintivo "Igualdad en la Empresa": Una nueva certificación en igualdad de oportunidades, *ETEA-Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, 2011p. 418, disponible sous <http://dx.doi.org/10.3926/ic.2011.v7n2.p410-427> (08.01.13).

⁴⁷⁰ Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo "Igualdad en la Empresa", disponible sous http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd1615-2009.html (08.01.13).

⁴⁷¹ MS, Planes de igualdad, disponible sous <http://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/iEmpleo/planIgualdad.htm> (08.01.13).

l'entreprise. Une attention spéciale a été donnée aux petites et moyennes entreprises, avec une évaluation qui tient compte de la dimension des sociétés. Les aspects suivants sont évalués :

- Aspects généraux concernant le Plan de l'égalité ou les politiques d'égalité.
- Les questions relatives à l'accès à l'emploi et les conditions de travail.
- Aspects liés au modèle organisationnel et la responsabilité sociale des entreprises⁴⁷².

Le label est attribué pour une **durée de 3 ans**. Avant l'expiration de ce délai, l'entreprise peut solliciter la prolongation de la concession du label pour une durée de 3 années supplémentaires.

Le MS est également l'entité de certification. En effet, une Commission composée de cinq membres est en charge de vérifier et d'évaluer la documentation présentée par l'entreprise candidat au label. La vérification se fait sur la base des règles fixées dans les politiques d'égalité et des plans d'égalité, tout en tenant compte des « actions positives » et de la taille des entreprises certifiées. Suite à l'évaluation, une proposition d'octroi du label est envoyée au Ministre.

L'entité de certification, par l'intermédiaire de la Direction générale pour l'égalité d'opportunités (« Dirección General para la Igualdad de Oportunidades, auprès du MS) conserve un **registre** des attributions, renouvellements, démissions volontaires, suspensions et révocations des labels. Le registre est public et ceci permet d'améliorer la prise de conscience sur l'égalité⁴⁷³.

L'entité bénéficiaire d'une certification peut être **toute entreprise de capital public ou privé**, exerçant une activité en Espagne. Le label est accordé dans la forme d'un certificat et d'une plaquette octroyés dans un acte public convoqué à ces effets. Le logo du certificat est de la propriété du MS et il est inscrit et protégé sur la base de la loi sur les marques. Selon l'Ordre IGD/3195/2009, du 12 de novembre 2009⁴⁷⁴, le logo du label est le suivant :



Le profil typique des entreprises ayant obtenu le label est le suivant :

⁴⁷² MS, Planes de igualdad, op. cit.

⁴⁷³ R. Melero-Bolaños & J. Ramírez-Sobrino, op. cit., p. 419.

⁴⁷⁴ Orden IGD/3195/2009, de 12 de noviembre, por la que se aprueba el logotipo y representación grafica del distintivo «Igualdad en la empresa», disponible sous <http://www.legalsolo.com/leyes/orden/orden-igd-3195-2009-12-noviembre-aprueba-logotipo-representacion-grafica-distintivo-igualdad-empresa/BOE-A-2009-18961>

- société anonyme,
- de propriété privée,
- avec plus de 500 employés,
- appartenant à l'industrie de la fabrication, la finance et les assurances,
- qui ne sont pas quottées en bourse,
- qui possèdent plusieurs autres certifications dans le domaine de la gestion d'entreprise⁴⁷⁵.
-

Le label d'excellence dans la mise en œuvre des politiques d'égalité peut être utilisé par la société qui en bénéficie pour des fins de **promotion et publicité**. La possession du label est également utile si l'entreprise souhaite participer à des **appels d'offre de l'administration publique**⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ R. Melero-Bolaños & J. Ramírez-Sobrino, op. cit., p. 420.

⁴⁷⁶ MS, Planes de igualdad, op. cit.

H. ETATS-UNIS

The government of the United States is based on a federalist system: the powers of the federal legislature are limited to those specifically granted by the U.S. Constitution, all other powers being reserved to the several States. There being little or no uniformity amongst the states, this opinion will be limited to a discussion of federal legislation.

As a result of the notion of *stare decises*⁴⁷⁷, essential to all Common Law systems, much of U.S. law is to be found in the case law. We note that, while reference will be made occasionally to the case law in this opinion, a full analysis of relevant decisions in the area is beyond the scope of our mandate here.

1. General Overview on State Measures to Promote Equality of Salaries

1.1 Legal Framework

1.1.1. General Introduction

Employment discrimination law in the United States is composed of federal and state statutes and case law. The United States Constitution and some state constitutions provide additional protection where the employer is a governmental body or if the government has taken significant steps to foster the discriminatory practice of the employer. Although many states include a guarantee of equal rights for women in their State Constitutions, to date, attempts to adopt the Equal Rights Amendment, which would amend the U.S. Constitution to specifically guarantee equal rights for both sexes, have failed. This does not mean, however, that there is no protection against discrimination on the basis of gender.

There is a very large and complex body of case law which derives a series of guarantees of equal treatment for women from the **U.S. Constitution and its Amendments**. The Fifth and Fourteenth Amendments of the United States Constitution limit the power of the federal and state governments to discriminate. The Fifth Amendment has an explicit requirement that the federal government not deprive individuals of "life, liberty, or property," without due process of the law⁴⁷⁸. It also contains an implicit guarantee that each person receive equal protection of the laws. The Fourteenth Amendment explicitly prohibits states from violating an individual's rights of due process and equal protection⁴⁷⁹. In the employment context, the right of equal protection limits the power of the state and federal governments to discriminate in their employment practices by treating employees, former employees or job applicants unequally because of membership in a group (such as a race or gender).

In addition, there are several important pieces of Federal legislation in this area. The two major sets of laws that specifically address issues of gender-based discrimination in compensation are **Title VII of the Civil Rights Act of 1964**⁴⁸⁰ (**Title VII**) and the **Equal Pay Act of 1963**⁴⁸¹ (**EPA**). **Title VII prohibits compensation discrimination based on race, color, sex, religion, national origin, age, disability (each of which is a protected class), or protected activity.** A claim of compensation discrimination can be brought under this statute even if no person outside the protected class holds a "substantially

⁴⁷⁷ The doctrine pursuant to which certain court decisions have the force of law.

⁴⁷⁸ See U.S. Const. Amend. V.

⁴⁷⁹ See U.S. Const. Amend. XIV.

⁴⁸⁰ Pub. L. 88-352, as amended by the Civil Rights Act of 1991 (Pub. L. 102-166) (CRA) and the Lily Ledbetter Fair Pay Act of 2009 (Pub. L. 111-2), codified at 42 U.S.C. §§ 2000e *et seq.*

⁴⁸¹ Pub. L. 88-38 codified at 29 U.S.C. § 206(d).

equal," higher paying job. Title VII also prohibits discriminatory practices that indirectly affect compensation such as limiting groups protected by these statutes to lower paying jobs. These practices are not covered by the EPA.

The EPA is more targeted. The **EPA requires employers to pay male and female employees at the same establishment equal wages "for equal work on jobs the performance of which requires equal skill, effort, and responsibility, and which are performed under similar working conditions."**⁴⁸² The jobs that are compared need be **only substantially equal**, not identical. Unequal compensation can be justified only if the employer shows that the pay differential is attributable to a **bona fide seniority, merit, or incentive system**, or any other factor other than sex.

A claim of unequal compensation based on sex can be brought under either the EPA or Title VII, as long as the jurisdictional prerequisites are met. To fully protect the charging party's rights and to maximize recovery, a charge alleging compensation discrimination based on sex should usually allege a violation of both Title VII and the EPA. While there is considerable overlap in the coverage of the two statutes, they are not identical. **Title VII broadly prohibits discriminatory compensation practices, while the EPA only prohibits sex-based differentials in compensation for substantially equal jobs in the same establishment.** Therefore, not all compensation practices that violate Title VII also violate the EPA. On the other hand, any practice that violates the EPA will also violate Title VII.⁴⁸³

All of the anti-discrimination statutes prohibit retaliation for opposing violations of the statutes or participating in the statutory complaint process. The anti-retaliation provisions protect persons "who take steps to oppose compensation discrimination, or who participate in complaint proceedings addressing allegations of compensation discrimination."⁴⁸⁴

1.1.2. The Equal Pay Act ("EPA")

The Equal Pay Act⁴⁸⁵ became effective in 1964 as an amendment to §6 of the Fair Labor Standards Act. The Equal Pay Act **prohibits paying disparate wages based on sex by employers and unions.**⁴⁸⁶ It

⁴⁸² 29 U.S.C. § 206(d)(1).

⁴⁸³ 29 C.F.R. § 1620.27.

⁴⁸⁴ Section 10-III (a) of the new EEOC Compliance Manual on "Compensation Discrimination," available at: http://www.eeoc.gov/policy/docs/compensation.html#10-I_BACKGROUND (2.05.13).

⁴⁸⁵ 29 U.S.C. § 206.

⁴⁸⁶ 29 U.S.C. § 206(d) provides:

- (1) No employer having employees subject to any provisions of this section shall discriminate, within any establishment in which such employees are employed, between employees on the basis of sex by paying wages to employees in such establishment at a rate less than the rate at which he pays wages to employees of the opposite sex in such establishment for equal work on jobs the performance of which requires equal skill, effort, and responsibility, and which are performed under similar working conditions, except where such payment is made pursuant to (i) a seniority system; (ii) a merit system; (iii) a system which measures earnings by quantity or quality of production; or (iv) a differential based on any other factor other than sex: Provided, That an employer who is paying a wage rate differential in violation of this subsection shall not, in order to comply with the provisions of this subsection, reduce the wage rate of any employee.
- (2) No labor organization, or its agents, representing employees of an employer having employees subject to any provisions of this section shall cause or attempt to cause such an employer to discriminate against an employee in violation of paragraph (1) of this subsection.

specifically prohibits discrimination on the basis of sex by paying wages to employees at a rate less than the rate at which employees of the opposite sex are paid for equal work on jobs the performance of which requires equal skill, effort and responsibility, and which are performed under similar working conditions, except where such payment is made pursuant to (i) a seniority system, (ii) a merit system; (iii) a system which measures earnings by quantity and/or quality of production; or (iv) a differential based on any other factor other than sex. Employment related payments such as overtime, uniforms and travel are also included.

The **plaintiff must establish that he or she is doing the same tasks as an employee of the other sex, that the work is substantially equal as to skill, effort and responsibility, is performed in the same establishment under the same working conditions, and that the other employee is being compensated at a higher rate.** Courts have not been sympathetic to arguments that sex segregated departments cannot be compared or that the variance between them necessarily precludes a finding that the work is substantially equal. Upon this showing, the burden shifts to the defendant to establish that the pay differential is permissible because it falls under one of the four affirmative defenses (merit, production, seniority or factors other than sex) cited above.

1.1.3. Title VII

Title VII is **both broader and narrower than the EPA.** It **prohibits discrimination in many more aspects of the employment relationship.** Under Title VII, it is illegal for employers to discriminate in hiring, discharging, compensation, or terms, conditions, and privileges of employment. It applies to **most employers** engaged in interstate commerce **with more than 15 employees**, including **state and local governments, labor organizations, and employment agencies** and the **federal government**. A company with fewer than fifteen employees that is the alter ego of other interests of its owner may also be an employer within the meaning of Title VII.⁴⁸⁷ Companies that meet the criteria of application of Title VII may, however, fall under one of the exceptions to the EPA and thus not be subject to the provisions of the latter law.

Title VII also **prohibits employment decisions based on stereotypes and assumptions about abilities, traits, or the performance of individuals on the basis of sex.** Title VII prohibits **both intentional discrimination and neutral job policies that disproportionately exclude individuals on the basis of sex and that are not job related.** Unlike the Equal Pay Act, however, Title VII does not require that the claimant's job be substantially equal to that of a higher paid person of the opposite sex or require the claimant to work in the same establishment.

Alleged discrimination that occurs "because of" reasons other than sex is not prohibited under this law. Where an employer classification is *prima facie* gender neutral, the plaintiff must establish on other grounds that the discrimination occurred "because of" sex. Theories of "**disparate treatment**" and "**disparate impact**" have evolved through the case law, each with distinct elements necessary to constitute a *prima facie* case. A third distinct theory is developing when ***de facto* classification by sex, accompanied by depressed wages, is a consequence of intangible market and cultural career expectations of both employer and employees.**

-
- (3) For purposes of administration and enforcement, any amounts owing to any employee which have been withheld in violation of this subsection shall be deemed to be unpaid minimum wages or unpaid overtime compensation under this chapter.
 - (4) As used in this subsection, the term "labor organization" means any organization of any kind, or any agency or employee representation committee or plan, in which employees participate and which exists for the purpose, in whole or in part, of dealing with employers concerning grievances, labor disputes, wages, rates of pay, hours of employment, or conditions of work.

⁴⁸⁷

Spry v. Kellos-Sims Crane Rental, Inc., 507 F.Supp. 745 (S.D.Ga. 1981).

- ***Disparate Treatment***

Disparate treatment claims require proof of **discriminatory intent or motive**, but **such proof may be inferred from differences in treatment**. The plaintiff must show (1) that she is a member of the class protected by the statute; (2) that the employer was seeking applicants for the position; (3) that she was qualified for the position; (4) that she applied for the position; (5) that although qualified, she was rejected and (6) that the employer continued to seek applicants with plaintiff's qualifications.⁴⁸⁸

- ***Disparate Impact***

Discrimination under a theory of disparate impact occurs when a **facially gender neutral rule or practice of the employer has a disproportionate effect on one sex**. A disparate impact case is grounded primarily in §703(a)(2)⁴⁸⁹ which prohibits segregation or classification by sex. The fact of disparate impact suggests that sex, a prohibited classification, was in fact the motivating factor for the neutral rule or practice. In contrast to a theory of disparate treatment, **intent is not required** to sustain a disparate impact case. Height and weight requirements, advanced educational degrees and marital and parental status are examples of the neutral rules and practices that can have disproportionate impact on one gender. The evidence adduced in these cases is usually statistical. **Under a theory of comparable worth, discrimination may be evidenced by over representation of one sex in an occupation, such as nursing and domestics.**

- ***Affirmative Defenses***

The affirmative defenses of legitimate, nondiscriminatory reasons for disparate treatment claims, and of business necessity for disparate impact claims, have been judicially created. There are also a number of statutory defenses. The most significant are (i) the **bona fide occupational qualification** ("BFOQ") that is reasonably necessary to the normal operation of that particular business⁴⁹⁰ and (ii) the Bennett Amendment⁴⁹¹ which links Title VII compensation claims to the four affirmative defenses of the Equal Pay Act. The BFOQ is limited to hiring and assignment and thus cannot be invoked as a defense to other aspects of employment covered under Title VII. Other statutory defenses include ability testing, or bona fide seniority or merit systems.

1.1.4. Laws Affecting Federal Government Employers and Contractors

1.1.4.1. Executive Order 11246

Executive Order 11246 (E.O 11246) **prohibits federal contractors and subcontractors and federally-assisted construction contractors and subcontractors that generally have contracts that exceed \$10,000 from discriminating in employment decisions on the basis of race, color, religion, sex, or national origin. It also requires covered contractors to take affirmative action to ensure that equal opportunity is provided in all aspects of their employment.**

The E.O. 11246 is administered by the **Office of Federal Contract Compliance Programs (OFCCP)** within the U.S. Department of Labor.

⁴⁸⁸ *Texas Dept. of Community Affairs v. Burdine*, 450 U.S. 248 (1981).

⁴⁸⁹ 42. U.S.C. § 2000e-2, which provides in relevant part:

It shall be an unlawful employment practice for an employer – [...] to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin.

⁴⁹⁰ Civil Rights Act of 1964 § 703(e).

⁴⁹¹ *Id.*, § 703(h).

1.1.4.2. The No FEAR Act

The **Notification and Federal Employee Antidiscrimination and Retaliation Act of 2002**⁴⁹² (No FEAR Act) **requires federal agencies to reimburse the General Fund of the Treasury (Judgment Fund) for awards for discrimination and retaliation violations out of their own budgets.** It imposes the following duties upon Federal agency employers intended to reinvigorate their longstanding obligation to provide a work environment free of discrimination and retaliation.

- A Federal agency must reimburse the Judgment Fund for payments made to employees, former employees, or applicants for Federal employment because of actual or alleged violations of Federal employment discrimination laws, Federal whistleblower protection laws, and retaliation claims arising from the assertion of rights under those laws.
- An agency must provide **annual notice to its employees**, former employees, and applicants for Federal employment concerning the **rights and remedies applicable to them** under the employment discrimination and whistleblower protection laws.
- At least every two years, an agency must provide **training to its employees**, including managers, regarding the rights and remedies available under the employment discrimination and whistleblower protection laws.
- An agency must submit to Congress, EEOC, the Department of Justice (DOJ), and Office of Personnel Management (OPM), an **annual report** setting forth information about the agency's efforts to improve compliance with the employment discrimination and whistleblower protection laws and detailing the status of complaints brought against the agency under these laws.
- An agency must **post quarterly on its public website summary statistical data pertaining to EEO complaints filed with the agency.**⁴⁹³

Each agency must submit its annual report to Congress, EEOC, the Department of Justice and the Office of Personnel Management. Among the items that must be included in the report are the following: the **number, status, and disposition of pending or resolved Federal court cases** against the agency arising under the applicable employment discrimination and whistleblower protection laws; the number of **individuals the agency disciplined** and the types of discipline administered for violations of the employment discrimination and whistleblower protection laws; a description of the **agency's policy for taking disciplinary action** against employees for conduct inconsistent with employment discrimination and whistleblower protection laws; all the statistical data the agency is required to post on its public website; and, an analysis of the preceding information and **any action the agency has or will take to improve its complaint and civil rights programs** with the goal of eliminating employment discrimination and retaliation.⁴⁹⁴

In addition, each agency must **post on its public website** information including the **number of complaints filed**; the number of persons filing those complaints; the number of persons filing multiple complaints; the **bases and issues alleged** in the complaints; the **average length of time** it takes an agency to complete certain stages of the complaint process; the **number of final agency actions** in which discrimination is found, broken down by issue, basis, and whether a hearing was held; the **number of pending complaints** that were filed in previous fiscal years, including the number of persons who filed those complaints; and, the number of complaints in which an

⁴⁹² Pub. L. 107-174.

⁴⁹³ Website of the EEOC, *No FEAR Act, Questions and Answers*:
<http://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/nofear/qanda.cfm> (2.04.2013).

⁴⁹⁴ *Id.*

investigation was not completed in a timely manner. An agency is to post **current fiscal year data, updated quarterly, as well as data for the past five fiscal years.**⁴⁹⁵

1.2. Pending Legislation

There are currently two pieces of proposed federal legislation pending in Congress, the Fair Pay Act of 2013 and the Paycheck Fairness Act.

According to a news release of the U.S. Senate Committee on Health, Education, Labor and Pensions⁴⁹⁶, the **Fair Pay Act of 2013**⁴⁹⁷, introduced in January of this year, would do the following:

- Amend the *Fair Labor Standards Act of 1938* to **prohibit discrimination in the payment of wages** on the basis of sex, race or national origin;
- Require employers to provide **equal pay for jobs that are comparable in skill, effort, responsibility and working conditions**;
- **Prohibit companies from reducing other employees' wages to achieve pay equity**;
- **Require public disclosure of employer job categories and pay scales**, without requiring specific information on individual employees; and
- Allow payment of different wages under a seniority system, merit system, or system that measures earnings by quantity or quality of production.

The **Paycheck Fairness Act**⁴⁹⁸ has been introduced and not adopted several times in the past but was passed by the House of Representatives in January of this year. This legislation, if adopted, would **prohibit retaliation** on employees for **disclosing their compensation or inquiring about wage policies**, require employers to demonstrate that wage gaps between men and women doing the same work have a business justification and are truly a result of factors other than sex, and would **increase damages** – both **compensatory and punitive** – available for wage discrimination.

According to the National Women's Law Center⁴⁹⁹, the Paycheck Fairness Act would strengthen the EPA as follows:

Improving Equal Pay Act Remedies

The Act toughens the remedy provisions of the EPA by allowing prevailing plaintiffs to recover compensatory and punitive damages. The EPA currently provides only for liquidated damages and back pay awards, which tend to be insubstantial. The change would put gender-based wage discrimination on an equal footing with discrimination based on race or ethnicity, for which full compensatory and punitive damages are already available.

Facilitating Class Action Equal Pay Act Claims

The Act allows an EPA lawsuit to proceed as a class action in conformity with the Federal Rules of Civil Procedure (FRCP). Class actions are important because they

⁴⁹⁵ *Id.*

⁴⁹⁶ See "On Fourth Anniversary of Lilly Ledbetter Act, Harkin Introduces the Fair Pay Act to Ensure Equal Pay for Equal Work", Jan. 29, 2013, available at: <http://www.help.senate.gov/newsroom/press/release/?id=7f386905-e6aa-4d0a-b628-380acfaf6f47> (09.04.13).

⁴⁹⁷ HR 438 and S 168, available at: <http://www.govtrack.us/congress/bills/113/hr438/text> (09.04.13).

⁴⁹⁸ S 184 and HR 12.

⁴⁹⁹ See the National Women's Law Center Factsheet on "How the Paycheck Fairness Act Will Strengthen the Equal Pay Act" available at: <http://www.pay-equity.org/PDFs/PFA-FactSheet-2012.pdf> (09.04.13).

ensure that relief will be provided to all those who are injured by the unlawful practice. Currently, it is very difficult to bring EPA suits as class actions because the EPA, adopted prior to the current federal class action rule, requires plaintiffs to opt in to a suit. Under the federal rule, class members are automatically considered part of the class until they choose to opt out of the class.

Prohibiting Employer Retaliation

The Act generally prohibits employers from punishing employees for sharing salary information with their coworkers. This change would greatly enhance employees' ability to learn about wage disparities and to evaluate whether they are experiencing wage discrimination.

Closing a Loophole in the Employer Defense

Under the EPA, when an employer is found to be paying female employees less than male employees for equal work, the employer may assert an affirmative defense that the pay differential is based on a "factor other than sex." Some employers have argued for interpretations of this affirmative defense that are so broad (e.g., to include factors such as a male worker's stronger salary negotiation skills or higher previous salary) that they may themselves be "based on sex" and would seriously undermine the EPA. The Act tightens this affirmative defense so that it can excuse a pay differential for men and women only where the employer can show that the differential is truly caused by something other than sex and is related to job performance and consistent with business necessity.

Modifying the "Establishment" Requirement

Under the EPA, in order to determine that there is wage discrimination, a wage comparison must be made between employees working at the same "establishment." Some courts have interpreted this to mean that wages paid in different facilities or offices of the same employer cannot be compared even if the employer is paying workers different salaries for the same work. The Act clarifies that comparisons may be made between employees in offices in the same county or similar political subdivision as well as between broader groups of offices in some commonsense circumstances.

Improving Collection of Pay Information by the EEOC

The Act requires the EEOC to survey pay data already available and issue regulations within 18 months that require employers to submit any needed pay data identified by the race, sex, and national origin of employees. These data would enhance the EEOC's ability to detect violations of law and improve its enforcement of the laws against pay discrimination.

Reinstating Pay Equity Programs and Enforcement at the Department of Labor

The Act reinstates the collection of gender-based data in the Current Employment Statistics survey. It sets standards for conducting systematic wage discrimination analyses by the agency that oversees the nondiscrimination and affirmative action obligations of federal contractors. The Act also directs implementation of the Equal Opportunity Survey, a vital tool for detecting wage and other types of discrimination.

2. Institutions

Although numerous agencies are involved in issues surrounding gender-related pay discrimination, the most important institution is the **Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)**; the **Department of Labor (DOL)** also plays an important role in enforcement.

The **procedures** to be followed in bringing charges against an employer for sex discrimination **will differ depending** upon 1) the **law or laws** pursuant to which a complaint may be filed and 2) the **category of employer** against whom a complaint is made. In this case of an alleged violation of **Title VII by private employers and state and local government employers**, an initial complaint must be filed with the **EEOC** [or the relevant local state authority], who will investigate the claim. If the government does not choose to pursue the claim, the EEOC will issue an authorization to file suit in federal court. **No preliminary filing with the EEOC is necessary** with respect to alleged violations of the **EPA by private employers or state or local government employers**; the complainant can file a claim directly in federal court.

If there is to be a suit by the government, the General Counsel of the **EEOC may litigate cases under both Title VII and the EPA against private employers**, but may litigate **EPA violations only against state and local governments**. The **Employment Litigation Section of the Department of Justice (DOJ)** has the authority to bring cases **against state and local governments under Title VII** both for individual claims and for “pattern or practice” of discrimination.⁵⁰⁰

Complaints against the **federal government** are filed **directly with the relevant agency** who will investigate the claim. After the investigation, the complainant can request a hearing before an EEOC administrative judge.

Complaints against **federal contractors and subcontractors** are **administered by the DOL through the Office of Federal Contract Compliance Programs (OFCCP)**.

2.1. The EEOC

The Equal Opportunity Employment Commission (EEOC)⁵⁰¹, created in 1965 as a result of the passage of the Civil Rights Act of 1964⁵⁰², is the **federal agency responsible for enforcing federal laws prohibiting employment discrimination** on the basis of race, color, religion, sex (including pregnancy), national origin, age (40 or older), disability, or genetic information.⁵⁰³

As the U.S. Supreme Court has recognized,

In the Equal Employment Opportunity Act of 1972, Congress established an **integrated, multistep enforcement procedure culminating in the EEOC's authority to bring a civil action in a federal court**. That procedure begins when a charge is filed with the EEOC.... The EEOC is then required to investigate the charge and determine whether there is reasonable cause to

⁵⁰⁰ See website of the Department of Justice at: <http://www.justice.gov/crt/about/emp/overview.php> (11.4.13).

⁵⁰¹ For additional information concerning the EEOC, in particular their annual reports for recent years, see: <http://www.eeoc.gov/abouteeoc/plan/par/2004/index.html> (11.4.13).

⁵⁰² Pub.L. 88–352, codified at 42 U.S.C. §§ 2000e *et seq.*

⁵⁰³ The EEOC’s enforcement provisions are contained in section 2000e-5 of Title 42, and its regulations and guidelines are contained in Title 29 of the Code of Federal Regulations, part 1614.

believe that it is true... When ... the Commission (is) unable to secure . . . a conciliation agreement acceptable to the Commission, the Commission may bring a civil action⁵⁰⁴.

The EEOC has jurisdiction to enforce the nation's anti-discrimination laws in three sectors: **private, state and local government, and federal government**. Congress granted the EEOC the power to prevent any person from engaging in any unlawful employment practice.⁵⁰⁵ The EEOC is charged with achieving this goal by **investigating and conciliating charges brought by individuals or by Commissioners alleging unlawful discrimination by private employers and state and local government employers**.⁵⁰⁶ The EEOC has **oversight responsibility to review, approve, and evaluate federal agency compliance** with federal equal employment opportunity laws.⁵⁰⁷

The EEOC is also charged with **providing education and technical assistance** to those with rights and responsibilities under the various employment anti-discrimination laws and with **performing technical studies** that will help effectuate the purposes of employment anti-discrimination laws. Finally, the EEOC **collects data** on the private, state and local government, and federal workforces.⁵⁰⁸

The EEOC **provides leadership and guidance to federal agencies** on all aspects of the federal government's equal employment opportunity program. EEOC **assures** federal agency and department **compliance** with EEOC regulations, **provides technical assistance** to federal agencies **concerning equal employment opportunity complaint adjudication**, **monitors and evaluates** federal agencies' **affirmative employment programs**, **develops and distributes** federal sector **educational materials** and **conducts training** for stakeholders, provides **guidance and assistance to the administrative judges** who conduct hearings on equal employment opportunity complaints, and **adjudicates appeals from administrative decisions made** by federal agencies on equal employment opportunity complaints.⁵⁰⁹

2.2 The Department of Labor (DOL) / Office of Federal Contract Compliance Programs (OFCCP)

The U.S. Department of Labor's (DOL) Office of Federal Contract Compliance Programs (OFCCP) enforces equal employment opportunity laws – in particular, Executive Order 11246, which prohibits **discrimination** against job applicants and **employees of federal contractors and subcontractors**. These covered employers are also required to engage in **affirmative steps** to ensure that employees receive equal employment opportunities regardless of race, color, religion, sex, national origin, and status as an individual with a disability or protected veteran. Discrimination is prohibited in such employment practices as recruitment, **rates of pay**, upgrading, layoff, promotion, and selection for training. Employers **may not make distinctions** based on race, color, religion, **sex**, or national origin in **wages**, hours, job classifications, seniority, retirement ages, or job fringe benefits such as employer contributions to company pension or insurance plans.⁵¹⁰

⁵⁰⁴ *Occidental Life Ins. Co. of Cal. v. EEOC*, 432 U.S. 355, 360-361 (1977) (footnotes omitted; emphasis added.)

⁵⁰⁵ 42 U.S.C. § 2000e-5(a).

⁵⁰⁶ For more specific information concerning the division of authority to bring suit amongst the governmental entities, see the discussion under sub-section (b), *infra*.

⁵⁰⁷ Daft for Public Release, *U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION STRATEGIC ENFORCEMENT PLAN, 09.04.12 Version*, pp. 2-3, available at: http://www.eeoc.gov/eeoc/plan/upload/SEP_Public_Draft_9-4-12.pdf (11.4.13).

⁵⁰⁸ *Id.*

⁵⁰⁹ <http://www.eeoc.gov/federal/index.cfm> (11.4.13).

⁵¹⁰ See DOL website at: <http://www.dol.gov/compliance/topics/eeo-otj.htm> (18.03.13).

a. Investigative powers and duty to cooperate

The EEOC

As mentioned above⁵¹¹, the EEOC has both a private sector and a public sector enforcement role. In its **federal sector enforcement role**, the EEOC is responsible for **providing hearings and appeals** after the initial processing of the complaints by each individual federal agency. Unlike its responsibilities in the private sector, it **does not process complaints of discrimination for federal employees**. In the **federal sector, individuals file complaints** with their own federal agencies and those **agencies conduct a full and appropriate investigation** of the claims raised in the complaints. Complainants can then request a **hearing before an EEOC administrative judge**. The EEOC also **adjudicates appeals** of federal agency actions on discrimination complaints and ensures agency compliance with decisions issued on those appeals. The Appellate division also frequently participates in ongoing litigation as *amicus curiae*, as approved by the Commission.⁵¹²

In the state and local government sector and the private sector, the EEOC (i) **investigates and conciliates** charges brought by individuals or by the Commissioners, (ii) may **litigate** cases against **private employers under Title VII and the EPA**, and (iii) may **litigate** cases **under the EPA against state and local governments**.

Claim Procedure

Once a Charge of Discrimination is filed with the EEOC⁵¹³, the Commission will ordinarily **investigate** the allegations⁵¹⁴. Once the investigator has completed the investigation, EEOC will **make a determination on the merits of the charge**.

If the EEOC determines that there is **no reasonable cause** to believe that discrimination occurred, the charging party will be issued a letter called a **Dismissal and Notice of Rights** that tells the **charging party** s/he has the **right to file a lawsuit in federal court within 90 days** from the date of receipt of the letter. The employer will also receive a copy of this document.

If the EEOC determines there is **reasonable cause** to believe discrimination has occurred, **both parties will be issued a Letter of Determination** stating that there is reason to believe that discrimination occurred and **inviting the parties** to join the agency in seeking to resolve the charge, through an informal process known as **conciliation**.⁵¹⁵

If a settlement cannot be reached, the case will be referred to the EEOC legal staff (or the Department of Justice in certain cases), who will decide whether or not the agency should file a lawsuit. Where **conciliation fails**, the **EEOC has the authority** to enforce violations of its statutes by **filing a lawsuit in federal court**. If the **EEOC decides not to litigate**, the **charging party will receive a Notice of Right to Sue** and **may file a lawsuit in federal court within 90 days**.

Scope of EEOC's Investigative Authority

The Commission's requests for information arise under Title VII, which permits it "at all reasonable times [to] have access to . . . **any evidence of any person being investigated or proceeded against that relates to unlawful employment practices covered by this subchapter and is relevant to the**

⁵¹¹ See Section 2.1., *supra*.

⁵¹² <http://www.eeoc.gov/eeoc/litigation/index.cfm> (11.4.13).

⁵¹³ Also referred to as the "Commission".

⁵¹⁴ Charges under the EPA may, but need not, be filed with the EEOC before filing in state or federal court.

⁵¹⁵ See discussion under Section 2.2 c, *infra*. For additional information concerning the EEOC Mediation program see: <http://www.eeoc.gov/eeoc/mediation/index.cfm> (28.03.13)

charge under investigation.⁵¹⁶ As part of the investigation process, the EEOC has statutory authority to **issue subpoenas and pursue subpoena enforcement actions** in the event of an employer's failure and/or refusal to provide requested information or data and/or make requested personnel available for interview.⁵¹⁷ The leading case interpreting this authority is the U.S. Supreme Court's decision, *EEOC v. Shell Oil Co.*, which is frequently cited in subpoena enforcement litigation, particularly for the proposition that the EEOC is

entitled to **access only evidence "related" to the charge under investigation**, . . . courts have generously construed the term 'relevant' and have afforded the Commission **access to virtually any material that might cast light on the allegations against the employer.**⁵¹⁸

EEOC Authority to Conduct Class-Type Investigations

In addition to investigating individual claims, the Commission enjoys broad authority to **investigate systemic discrimination** stemming from its broad legislative mandate.⁵¹⁹ Systemic investigations related to equal pay can be initiated as **"directed investigations" without the requirement of a discrimination charge even being filed against the employer.**⁵²⁰ Systemic investigations can arise based upon any of the following: (1) **a charge is filed as a pattern or practice claim and/or the EEOC expands an individual charge into a pattern or practice investigation;** (2) **the EEOC commences an investigation based on the filing of a "Commissioner's Charge;"** or (3) **the EEOC initiates on its own authority a "directed investigation" involving potential age discrimination or potential equal pay violations.**⁵²¹

The Department of Labor

With respect to employers who have entered into contracts with the Federal government, all contracting agencies must include the following clause in its contracts:

The **contractor will furnish all information and reports** required by Executive Order No. 11246 of September 24, 1965, and by the rules, regulations, and orders of the Secretary of Labor, or pursuant thereto, and **will permit access to his books, records, and accounts** by the contracting agency and the Secretary of Labor **for purposes of investigation** to ascertain compliance with such rules, regulations, and orders⁵²².

⁵¹⁶ 42 U.S.C. § 2000e-8(a) which provides:

In connection with any investigation of a charge filed under section 2000e-5 of this title, the Commission or its designated representative shall at all reasonable times have access to, for the purposes of examination, and the right to copy any evidence of any person being investigated or proceeded against that relates to unlawful employment practices covered by this subchapter and is relevant to the charge under investigation.

See also 29 U.S.C. § 211 (FLSA); 29 U.S.C. § 206(d) (EPA); 29 C.F.R. §1620.30 (EPA); EEOC Compliance Manual, § 22.7.

⁵¹⁷ *Annual Report of EEOC Developments, Fiscal Year 2012*, p. 29, available at: <http://www.idsupra.com/post/fileServer.aspx?fName=8f6de235-95c8-4c9f-af75-c4e4ed76a2c4.doc> (28.03.13).

⁵¹⁸ *EEOC v. Shell Oil Co.*, 466 U.S. 54, 69 (1984).

⁵¹⁹ See 42 U.S.C. § 2000e-5-2000e-6.

⁵²⁰ *Annual Report of EEOC Developments, Fiscal Year 2012*, *op. cit.*, p. 26.

⁵²¹ *Id.*

⁵²² Section 202, *Executive Order No. 11246*, September 28, 1965, 30 F.R. 12319, available at: <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-11246.html> (28.03.13).

b. The possibility to go to court

The EEOC has the authority **to sue nongovernmental employers, labor organizations, joint labor-management committees, and employment agencies** for violations of **Title VII**.⁵²³ The EEOC's suit authority **under the Equal Pay Act (EPA)** includes **state and local governmental employers as well as private employers**.⁵²⁴ With respect to **Title VII cases**, however, the Department of Justice **has authority to bring litigation against** state and local governments.⁵²⁵

Title VII

The **EEOC is responsible for the administrative intake, investigation, and conciliation of charges of discrimination under Title VII**. It has the **authority to initiate litigation**⁵²⁶ and **to intervene in private litigation**.⁵²⁷

A written complaint, called a "charge" **can be filed (1) by a person who claims to be aggrieved, (2) by a person or organization who is filing on behalf of an aggrieved person, or (3) EEOC Commissioners**.⁵²⁸

For claims under Title VII⁵²⁹, **a formal Charge of Discrimination must be filed either with the Federal Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) or a state's fair employment agency**⁵³⁰ and a Notice of Right To Sue must be obtained before a lawsuit can be filed either in federal or state court. Upon receipt of a Notice of Right to Sue the complainant must commence private action within 90 days. Ordinarily, the EEOC will conduct an investigation of the claim and, after completion of the investigation, it will dismiss the charge and issue a Notice of Right to Sue at the time. Charges may also be dismissed for other reasons, including failure to cooperate in an investigation.⁵³¹

A Notice of Right To Sue may issue upon: (1) an EEOC finding of no jurisdiction or on any administrative closure; (2) request of the charging party before completion of the administrative process, either before or after the end of the 180-day period following filing of the charge; (3) a dismissal by the EEOC without particularized findings; (4) after a finding of reasonable cause and the entry of an agreement between the EEOC and the employer to which the charging party is not a signatory; or (5) after a finding of reasonable cause, failure of conciliation and a determination that the case will not be litigated by the government itself.

An individual, organization, or agency may file a charge on behalf of another person in order to protect the aggrieved person's identity.

⁵²³ The Employment Litigation Section of the Department of Justice may bring suits against state and local governmental employers.

⁵²⁴ <http://www.eeoc.gov/eeoc/litigation/index.cfm> (04.04.13). See discussion under Section 2(a), *supra*. For charges that may be brought directly by the EEOC.

⁵²⁵ Daft for Public Release, *U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION STRATEGIC ENFORCEMENT PLAN, 09.04.12 Version*, pp. 2-3, available at: http://www.eeoc.gov/eeoc/plan/upload/SEP_Public_Draft_9-4-12.pdf (04.04.13).

⁵²⁶ 42 U.S.C. § 2000e-5(f)(1).

⁵²⁷ 42 U.S.C. § 2000e-5(f)(1).

⁵²⁸ *Id.* § 2000e-5(b).

⁵²⁹ Claims brought under the Equal Pay Act may be brought directly in state or federal court.

⁵³⁰ Many states have their own employment discrimination laws. When a claim is filed with the state's fair employment agency it is automatically deemed "double-filed" under both state and federal laws.

⁵³¹ <http://www.eeoc.gov/employees/charge.cfm> (28.03.13).

Class Action Claims

The EEOC has the **authority to bring actions** directly against an employer when it “**has reason to believe that any person or group of persons is engaged in a pattern or practice**” of unlawful discrimination⁵³² and to remedy a “pattern or practice of resistance to the full enjoyment of any of the rights secured” by Title VII, that is “intended to deny the full exercise” of Title VII rights.⁵³³

Unlike individual litigants asserting class action claims, the EEOC is not required to meet the stringent requirements in connection with a pattern or practice lawsuit against an employer. Thus, the EEOC “**may, to the extent warranted by an investigation reasonably related in scope to the allegations of the underlying charge, seek relief on behalf of individuals, beyond the charging parties, who are identified during the investigation.**”⁵³⁴

Title VII also authorizes the EEOC to issue charges **on its own initiative** (*i.e.*, “Commissioner Charges”),⁵³⁵ based upon an aggregation of the information gathered pursuant to individual charge investigations. Under a **Commissioner’s Charge, the EEOC is entitled to investigate broader claims** than those affecting the individual in question.

Equal Pay Act (EPA)

The EEOC can initiate its own investigations of claims under the EPA, but most investigations are conducted in response to complaints lodged by employees. **Individuals may bring individual actions on their own behalf as well as collective actions in state or federal court on behalf of themselves and other similarly situated employees who consent in writing** to become a party to the lawsuit. Unnamed members of an alleged class must “opt in”, by filing their written consents, to participate in and be bound by adjudication.⁵³⁶ EPA plaintiffs have the right to a jury trial.

An individual may initiate a private action under the EPA without filing with the EEOC or she may file with the EEOC and let the agency investigate the complaint. **If the government institutes suit, the aggrieved individual is precluded from filing a private action.**

Finally, the EEOC may initiate a **systemic investigation under the EPA**. Under both the EPA and Title VII, the Commission can initiate a “**directed investigation**” **even in the absence of a charge of discrimination**, seeking data that may include broad-based requests for information and **initiating a lawsuit** for violations of the applicable statute⁵³⁷

Executive Order 11246⁵³⁸

Individuals may file complaints for discrimination with the OFCCP; complaints may also be filed by organizations on behalf of the person or persons affected. OFCCP investigates cases involving groups

⁵³² 42 U.S.C. § 2000e-6(a), (e) (§ 707), 42 U.S.C. § 2000e-5(b), (f)(1) (§ 706); *Serrano and EEOC v. Cintas Corp.*, 699 F.3d 884 C.A.6 (Mich.), 2012 (Rehearing and Rehearing En Banc Denied Jan. 15, 2013).

⁵³³ 42 U.S.C. § 2000e-6(a) (1994).

⁵³⁴ *EEOC v. Caterpillar, Inc.*, 409 F.3d 831, 832 (7th Cir. 2005) (internal citation omitted).

⁵³⁵ See 42 U.S.C. § 2000e-5(b).

⁵³⁶ 29 U.S.C. § 216(b).

⁵³⁷ See, *e.g.*, 29 U.S.C. § 626(a) (The EEOC “shall have the power to make investigations . . . for the administration of this chapter”); 29 C.F.R. § 1626.15 (“the Commission and its authorized representatives may investigate and gather data (...) advise employers (...) with regard to their obligations under the Act (...) and institute action (...) to obtain appropriate relief.”).

⁵³⁸ The text of the Executive Order is available on the Department of Labor website at: <http://www.dol.gov/ofccp/regs/statutes/eo11246.htm> (28.03.13).

of people or where there may be a pattern of discrimination. If only one person complains of discrimination, OFCCP will ordinarily refer the case to the EEOC.

c. Other powers

Alternate Dispute Resolution (ADR)⁵³⁹

The EEOC is statutorily required to attempt to resolve findings of discrimination through "informal methods of conference, conciliation, and persuasion."⁵⁴⁰ In 2000, the EEOC required all federal agencies to establish or make available an ADR program during the pre-complaint and formal complaint stages of the equal employment opportunity process. Additionally, EEOC regulation 29 C.F.R. § 1614.603 requires agencies to make reasonable efforts to voluntarily settle equal employment opportunity discrimination complaints as early as possible in, and throughout, the administrative process.⁵⁴¹ The EEOC oversees this requirement.

Charges of discrimination **may be settled at any time** during the EEOC investigation. Settlement is an informal and voluntary process which includes no admission of liability and will result in the charge being dismissed. These agreements, which must be in writing, are enforceable.

The EEOC has a **policy in favor of Alternate Dispute Resolution (ADR)**⁵⁴² and offers several forms of ADR as an alternative to the traditional investigative or litigation process. The EEOC actively encourages federal agencies to use and improve alternative dispute resolution by identifying and sharing best practices, providing assistance in program development and improvements, providing training to federal employees and managers on the benefits of ADR, and maintaining a web page that serves as a clearinghouse for information related to federal sector ADR.⁵⁴³

The EEOC has certain **requirements** that all agencies must follow when developing ADR programs, the most important of which is **fairness**. Generally, **an ADR program is fair if it is voluntary, confidential, enforceable by the parties (if an agreement is reached), and led by a neutral person, like a mediator, who has no personal interest in the dispute.**⁵⁴⁴

At the start of any investigation of a complaint filed by an employee, the **employer will be notified whether the charge is eligible for mediation.**⁵⁴⁵ Nonetheless, either party can request mediation without an offer from the EEOC, and, as long as both parties agree to participate, the EEOC will consider the charge for mediation. The **mediation program is strictly voluntary, and it is offered free of charge to the parties.**⁵⁴⁶ Either or both parties may, but need not, be represented by legal counsel. The process is strictly confidential. As a result, information revealed during the mediation session cannot be disclosed to anyone including other EEOC personnel and cannot be used during any subsequent investigation.

⁵³⁹ In 1990, the Administrative Dispute Resolution Act (ADRA), Pub. Law 101-552, required each federal agency to adopt a policy on ADR use. In 1996, ADRA was reenacted as the Administrative Dispute Resolution Act of 1996 (ADR Act) Pub. Law 104-320, available at: <http://www.adr.gov/pdf/adra.pdf> (28.03.13).

⁵⁴⁰ 42 U.S.C. 2000e-5.

⁵⁴¹ <http://www.eeoc.gov/federal/adr/index.cfm> (02.04.13).

⁵⁴² See *EEOC Policy Statement* at: <http://www.eeoc.gov/policy/docs/adrstatement.html> (02.04.13).

⁵⁴³ <http://www.eeoc.gov/eeoc/enforcement/index.cfm> (02.04.13).

⁵⁴⁴ <http://www.eeoc.gov/federal/adr/index.cfm> (28.03.13).

⁵⁴⁵ Charges that are not eligible include Commissioner, class and systemic charges, and Equal Pay Act charges. See: <http://www.eeoc.gov/employers/process.cfm> (04.04.13).

⁵⁴⁶ See *Questions and Answers About Mediation*, <http://www.eeoc.gov/eeoc/mediation/qanda.cfm> (04.04.13).

The EEOC encourages employers to enter into **Universal Agreements to Mediate (UAMS)** pursuant to which an employer agrees with the EEOC, through a local, regional or national office, to mediate all of an employer's eligible charges. Because mediation is voluntary, **the employer** of the charging party **may opt out** of mediation on a particular charge **even though a UAM has been signed**.⁵⁴⁷

With respect to the federal sector, the EEOC has established two specific mediation programs, the **Federal Sector Mediation Services Pilot Program (FSMS)** and the **Federal Appellate Settlement Team (FAST)** Program. The FSMS pilot program was established to **provide small federal agencies with mediation services** so they can comply with the ADR requirements of 29 C.F.R. §1614.102(b)(2)⁵⁴⁸. To participate in this program, agencies must enter into a memorandum of understanding with the Commission, whereby they will agree to reimburse the Commission for mediating equal employment opportunity cases. If the dispute is not resolved within 60 days, the EEOC will return the case to the agency and the mediators will have no further role in the subsequent adjudication process.⁵⁴⁹

The Commission established the FAST program to utilize ADR techniques to resolve equal employment opportunity appeals. The **FAST Program focuses on appeals that have been filed in the Office of Federal Operations and which have been decided by Final Agency Decisions on the merits**. The EEOC offers the parties in such cases the opportunity to participate in the FAST program; however, some cases may originate by a request from the Commissioners, the parties, or other sources. If a dispute is not resolved within 60 days of the date that both parties agreed to participate in the FAST Program, the EEOC will terminate the ADR process and the case will be referred back for adjudication on the merits.⁵⁵⁰

In 2003, the EEOC launched a **"Referral Back" Mediation Pilot Program** pursuant to which a charging party having filed a charge with the EEOC would be able to elect to have his or her charge referred to the employer's own qualifying dispute resolution program⁵⁵¹ in an attempt to resolve the dispute. The processing of the charge would then be suspended for up to 60 days during this attempt.⁵⁵²

⁵⁴⁷ See *Questions and Answers: Universal Agreements to Mediate* at: <http://www.eeoc.gov/eeoc/mediation/uam.cfm> (04.09.13).

⁵⁴⁸ That section provides as follows: In order to implement its program, each agency shall [...] [a]ppraise its personnel operations at regular intervals to assure their conformity with its program, this part 1614 and the instructions contained in the Commission's management directives[...].

⁵⁴⁹ <http://www.eeoc.gov/federal/adr/fmspilotprog.cfm> (02.04.13).

⁵⁵⁰ <http://www.eeoc.gov/federal/adr/fastprogram.cfm> (02.04.13).

⁵⁵¹ The EEOC established general criteria for an employer's program to be considered for the Referral Back program which include the following:

- The employee's participation is voluntary.
- The employer has clearly written procedures which have been communicated to employees.
- The program is free to the employee.
- The program addresses claims and provides the relief available under EEOC statutes.
- Settlements are in writing and enforceable in court.
- The internal program is an established one. To be established an employer must demonstrate:
- That employees have used its internal ADR program for equal employment opportunity related disputes;
- That the employer has recently and effectively informed employees of the existence of its ADR program, or the employer must agree, in coordination with the EEOC, to publicize its participation in the Referral Back pilot.

See: <http://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/release/3-24-03.cfm> (09.04.13).

⁵⁵² *Id.*

Additional Activities of the EEOC

The EEOC offers many **outreach, education, and technical assistance programs – most of which are free of charge – to encourage voluntary compliance** with the anti-discrimination laws and to assist employers, employees and stakeholder groups to understand **and prevent discrimination**.

Through its **Training Institute**⁵⁵³, the EEOC offers **both cost-free**⁵⁵⁴ and **fee-based training programs** for employers, investigators and counselors in the form of conferences, seminars, workshops, publications, webinars, technical and legal guidance products and on-site training programs. EEOC's outreach programs provide general information about the EEOC, its mission, the employment discrimination laws enforced by the EEOC and the charge/complaint process. EEOC representatives are available on a limited basis at no cost to make presentations and participate in meetings, conferences and seminars with employee and employer groups, professional associations, students, non-profit entities, community organizations and other members of the general public. These include bi-lingual personnel and small business liaisons.⁵⁵⁵ The EEOC also offers more "in-depth" training tailored to an employer for a fee. This training is available to private employers and state, local and federal government personnel through the EEOC Training Institute. The EEOC Training Institute provides a wide variety of training to assist employers in educating their managers and employees on the laws enforced by EEOC and how to prevent and correct discrimination in the workplace.

3. Measures to promote transparency of salaries

Title VII

Title VII imposes a number of requirements on the private sector to support the enforcement process. Section 711 requires employers, employment agencies and labor organizations to **post EEOC notices summarizing the requirements of Title VII**. Willful failure to display such a notice is punishable by a fine of up to \$100 per offense. Section 709(c) imposes **record-keeping requirements**⁵⁵⁶.

In addition, the EEOC has adopted a rule requiring certain employers to **file a report annually showing the relationship of minority and female workers to the employer's total workforce in specified job categories**.⁵⁵⁷ Employers with 100 or more employees and federal contractors with 50 or more employees that have either (1) a contract, subcontract, or purchase order of \$50,000 or more; or (2) serve as a depository of government funds in any amount; or (3) are a financial institution that serves as issuing and paying agent of U.S. Savings Bonds and Savings Notes, are required to file an Employer Information Report (EEO-1 Report⁵⁵⁸). The Standard Form 100, EEO-1 Report, requires that employers report on the **number of employees by race, ethnicity, and gender for each of nine job categories**. The EEO-1 Report must be filed annually, not later than September 30.⁵⁵⁹

According to the EEOC website:

⁵⁵³ See website at :
<http://www.eetraining.eeoc.gov/viewpage.aspx?ID=030b9cb8-8e56-433c-a410-cc94ccb64b3a>
 (02.04.13).

⁵⁵⁴ See <http://www.eeoc.gov/eeoc/outreach/nocost.cfm> (02.04.13).

⁵⁵⁵ See : <http://www.eeoc.gov/eeoc/outreach/coordinators.cfm> (02.04.13).

⁵⁵⁶ These requirements refer generally to the information necessary to complete the reports discussed in the following paragraphs.

⁵⁵⁷ 29 C.F.R. § 1602.7.

⁵⁵⁸ A sample survey form is available at : <http://www.eeoc.gov/eeo1survey> (28.03.13).

⁵⁵⁹ <http://www.dol.gov/compliance/topics/eeo-otj.htm#recordkeeping> (18.03.13).

Both the EEOC and OFCCP have used EEO-1 data since 1966. The EEOC uses EEO-1 data to support civil rights enforcement and to analyze employment patterns, such as the representation of female and minority workers within companies, industries or regions. The OFCCP uses EEO-1 data to determine which company establishments to select for compliance reviews. OFCCP's system uses statistical assessment of EEO-1 data to select facilities where the likelihood of systematic discrimination is the greatest.⁵⁶⁰

Local Referral Unions with 100 or more employees within 50 U.S. states and the District of Columbia are required to provide information through form EEO-3 on their employment totals, employees' job category and sex and race/ethnic groups as of December 31 of the preceding year of every even-numbered year.⁵⁶¹ Similar information must be provided, on Form EEO-5 by public elementary and secondary school districts with 100 or more employees within 50 U.S. states and District of Columbia in the same years.⁵⁶²

State and local governments with 100 or more employees within 50 U.S. states and the District of Columbia must provide similar information on form EEO-4 in every odd-numbered year.⁵⁶³

The NoFEAR Act⁵⁶⁴

Title III of the NoFEAR Act requires the **EEOC to post on its public website** summary statistical data relating to (1) **hearings** requested before an EEOC administrative judge and (2) **appeals** filed with EEOC from final agency actions. The information that must be posted about hearings and appeals parallels the information agencies must post about complaints (e.g., **number of hearings requested and appeals filed, the bases and issues alleged in each, the number of findings of discrimination, and length of time to process hearings and appeals**).⁵⁶⁵

The U.S. Government Accountability Office

The U.S. Government Accountability Office (GAO) is an independent, nonpartisan agency that works for Congress. Often called the "congressional watchdog," GAO investigates how the federal government spends taxpayer dollars at the request of congressional committees or subcommittees or as mandated by public laws or committee reports. It's mandate includes investigating allegations of illegal and improper activities; reporting on how well government programs and policies are meeting their objectives; performing policy analyses and outlining options for congressional consideration; and issuing legal decisions and opinions, such as bid protest rulings and reports on agency rules. In particular, the Government Accountability Office **regularly undertakes studies on issues relating to pay equity**. Examples of such studies include studies entitled "Gender Pay Gap in the Federal Workforce Narrows as Differences in Occupation, Education, and Experience Diminish", "Progress Made, but Women Remain Overrepresented among Low-Wage Workers", and "Converging Characteristics of Men and Women in the Federal Workforce Help Explain the Narrowing Pay Gap."⁵⁶⁶

⁵⁶⁰ See: <http://www1.eeoc.gov/employers/eeo1survey/faq.cfm?renderforprint=1> (28.03.13).

⁵⁶¹ <http://www.eeoc.gov/employers/eeo3survey/> (28.03.13).

⁵⁶² *Id.*

⁵⁶³ *Id.*

⁵⁶⁴ See, also, discussion under Section 1.1.3.2, *supra*.

⁵⁶⁵ This summary data can be found at <http://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/nofear/index.cfm> (09.04.13).

⁵⁶⁶ See, e.g. *Gender Pay Gap in the Federal Workforce Narrows as Differences in Occupation, Education, and Experience Diminish*, GAO-09-279, Mar 17, 2009, *Progress Made, but Women Remain Overrepresented among Low-Wage Workers*, GAO-12-10, Oct 12, 2011, and *Converging Characteristics*

4. Other measures to promote equality of salaries

There is a range and number of additional measures intended to promote equal pay too numerous to mention. These include the **Office for Civil Rights ("OCR")**⁵⁶⁷ whose mission is to ensure equal access to education and to promote educational excellence throughout the nation through vigorous enforcement of civil rights. The OCR, among other things, **provides technical assistance to help institutions achieve voluntary compliance** with the civil rights laws that OCR enforces.

We have seen that regulations may be more stringent where the employer is an arm of the government. **Equal Employment Opportunity Management Directive 715** is one such regulation, requiring all **agencies and departments of the Executive branch** of government to **develop systems to evaluate** their equal employment opportunity program **effectiveness**, establish agency-wide **objectives** and develop and submit to the EEOC for evaluation an **annual equal employment opportunity program status report, plan, and/or updates** that provide information on potential barriers to equal employment opportunities, data on the agency's workforce and the agency's equal employment opportunity programs.

We have selected a few representative measures for illustrative purposes.

4.1. Equal Pay Through Affirmative Action

There is a long history of "**affirmative action**" programs – programs which offer preferential aid to a special class of persons who have been victims of discrimination in the past in order to remedy the effects of such past discrimination – in the United States. Although initially born out of the civil rights movement of the 1960s to fight against racial discrimination, similar programs aimed at sex discrimination also exist. These programs, however, have been **quite controversial as they may, in and of themselves, constitute a violation of the equal rights guaranteed by the 14th Amendment** to the Constitution. There is abundant U.S. Supreme Court case law on this issue – including two cases - *Fisher v. Texas*⁵⁶⁸ and *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*⁵⁶⁹ – that are currently before the Court. An analysis of that case law is beyond the scope of this opinion.

The implementing regulations of Title VII of the Civil Rights Act provide that where **existing or contemplated practices may have an adverse effect** on minorities and/or women⁵⁷⁰ **affirmative action programs are appropriate and should be encouraged**. Similarly, these programs may be appropriate to **correct the effects of prior discriminatory practices**,⁵⁷¹ in particular, **on-the-job training and targeted recruiting** activities where the labor pool of qualified minorities and women is limited.⁵⁷²

of Men and Women in the Federal Workforce Help Explain the Narrowing Pay Gap, GAO-09-621T, Apr 28, 2009, available at :

<http://www.gao.gov/products/GAO-09-279>, <http://www.gao.gov/products/GAO-12-10>, and <http://www.gao.gov/products/GAO-09-621T>, respectively (04.04.13).

⁵⁶⁷ For additional information concerning the OCR see:

<http://www.ed.gov/about/offices/list/ocr/index.html?src=oc> (04.04.13).

⁵⁶⁸ Docket Number 11-345, argued Oct. 12, 2012.

⁵⁶⁹ Docket Number 12-682, scheduled for argument in October 2013.

⁵⁷⁰ 29 C.F.R. § 1608.3(a).

⁵⁷¹ 29 C.F.R. § 1608.3(b).

⁵⁷² 29 C.F.R. § 1608.3(c).

All **federal agencies are required to have an affirmative action program**⁵⁷³ “to promote equal opportunity and to identify and eliminate discriminatory practices and policies”⁵⁷⁴ and must designate “a Director of Equal Employment Opportunity Director [who shall be under the immediate supervision of the agency head and] Equal Employment Opportunity Officer(s) [...] as may be necessary [...]”⁵⁷⁵.

Executive Order 11246⁵⁷⁶

Federal Executive Order 11246, as amended by the addition of sex as a category in Executive Order 11375⁵⁷⁷, **requires contractors with the federal government** – which comprises employers estimated to employ a third of the national work force – to **“take affirmative action to ensure that applicants are employed . . . without regard to . . . sex. . . . Such affirmative action includes upgrading, demotion, transfer, layoff, termination, rates of pay or other forms of compensation, and selection for training, including apprenticeship.”**⁵⁷⁸

This requirement applies to all **federal contractors** with 50 or more employees and \$50’000 or more in government contracts; each such contractor must develop a formal written affirmative action plan for each of its establishments that will help the contractor to identify and analyze potential problems in connection with women in the contractor’s workforce and that provides for specific procedures to be followed and efforts to be made to provide equal employment opportunities. First, employers must **survey and analyze their workforce** in all job categories. Second, **if an imbalance is discovered** in employment between men and women, the employer must **establish goals and timetable to correct deficiencies**. Third, the employer must **document progress** in achieving affirmative action goals. The Affirmation Action Plan for women must set out goals for hiring and promotion in job categories where women are underutilized.⁵⁷⁹ These may include expanded efforts in outreach, recruitment, and training.

Local staff of the OFCCP provide assistance to contractors to help them comply with their equal opportunity and affirmative action obligations through **seminars, training programs and individual consultations**.

OFCCP conducts **compliance reviews** during which the contractor’s affirmative action program is examined, personnel, payroll and other employment records are verified, employees and company officials are interviewed and virtually all aspects of employment in the company are investigated.⁵⁸⁰

⁵⁷³ A Title VII affirmative action plan must include three elements:

1. reasonable self-analysis to determine whether employment practices do, or tend to, exclude, disadvantage, restrict or result in adverse impact or disparate treatment or leave uncorrected the effects of prior discrimination, and, if so, to attempt to determine why
2. a reasonable basis based on point 1, (no violation of Title VII is necessary) and
3. standards of reasonable action i.e. the plan should be reasonably tailored to solve the problems identified in the self-analysis.

⁵⁷⁴ 29 C.F.R. §1614.102(a).

⁵⁷⁵ 29 C.F.R. §1614.102(b)(3).

⁵⁷⁶ The text of the Executive Order is available on the Department of Labor website at: <http://www.dol.gov/ofccp/regs/statutes/eo11246.htm> (28.03.13).

⁵⁷⁷ Signed by President Johnson on October 13, 1967, available at: <http://www.few.org/assets/docs/ExecutiveOrder11375.pdf> (08.04.13)

⁵⁷⁸ Section 202(1).

⁵⁷⁹ http://www.kpaonline.com/authorizedFiles/eeoa/KPA_Advanced_EEO_and_Affirmative_Action_Webinar_08-19-10.pdf (18.03.13).

⁵⁸⁰ See website of OFCCP available at: <http://www.dol.gov/ofccp/regs/compliance/aa.htm> (28.03.13).

The Department of Labor offers **awards each year** – the Department of Labor Secretary's Opportunity 2000 Award and Exemplary Voluntary Efforts (EVE) awards - to government contractors with **outstanding affirmative action programs**.

Affirmative Action in the Construction Industry

The **OFCCP** has established a **distinct approach** to affirmative action for the **construction industry** due to the fluid and temporary nature of the construction workforce. In contrast to the service and supply affirmative action program, **OFCCP, rather than the contractor, establishes goals and specifies affirmative action** which must be undertaken by Federal and federally assisted construction contractors.⁵⁸¹

4.2. The Glass Ceiling Act/The Federal Glass Ceiling Commission

Created by the **Glass Ceiling Act**⁵⁸², the Federal Glass Ceiling Commission, a 21-member bi-partisan body appointed by President Bush and Congressional Leaders and chaired by the Secretary of Labor, received a mandate to conduct a **study of opportunities for, and artificial barriers to, the advancement of women** to management and decision-making positions in business. More specifically, the Commission was mandated to:

- (1) examine the preparedness of women and minorities to advance to management and decision-making positions in business;
- (2) examine the opportunities for women and minorities to advance to management and decision-making positions in business;
- (3) conduct basic research into the practices, policies, and manner in which management and decision-making positions in business are filled;
- (4) conduct comparative research of businesses and industries in which women and minorities are promoted to management and decision-making positions, and businesses and industries in which women and minorities are not promoted to management and decision-making positions;
- (5) compile a synthesis of available research on programs and practices that have successfully led to the advancement of women and minorities to management and decision-making positions in business, including training programs, rotational assignments, developmental programs, reward programs, employee benefit structures, and family leave policies; and
- (6) examine any other issues and information relating to the advancement of women and minorities to management and decision-making positions in business.⁵⁸³

The Commission was to produce a report containing not only the findings of the study but also **recommendations** relating to the promotion of opportunities for, and elimination of artificial barriers to, the advancement of women to management and decision-making positions in business, including, in particular, recommendations for (A) policies and practices to fill vacancies at the management and decision-making levels; (B) developmental practices and procedures to ensure that women have access to opportunities to gain the exposure, skills, and expertise necessary to assume management and decision-making positions; (C) **compensation programs and reward structures utilized to reward and retain key employees**; and (D) the use of enforcement of Federal equal employment opportunity laws by Federal agencies as a means of eliminating artificial barriers to the advancement of women in employment.⁵⁸⁴:

⁵⁸¹ *Id.*

⁵⁸² Title II of the Civil Rights Act of 1991, Pub. L. 102-166.

⁵⁸³ The Glass Ceiling Act, §§203-204.

⁵⁸⁴ *Id.*

The Commission published not only a final report of their research but also a number of other reports on the general topic.⁵⁸⁵

The Glass Ceiling Act also established the Frances Perkins-Elizabeth Hanford Dole National Award for Diversity and Excellence in American Executive Management.⁵⁸⁶

4.3. The National Equal Pay Task Force

In 2010, President Obama established the **National Equal Pay Task Force** consisting of professionals at the U.S. Equal Employment Opportunity Commission, the Department of Justice, the Department of Labor and the Office of Personnel Management, to crack down on violations of equal pay laws. Since its creation, the EEOC has recovered more than \$62.5 million in monetary relief through administrative enforcement for victims of sex-based wage discrimination, obtained changes to workplace practices that benefit about one quarter of a million workers, and filed five cases challenging sex-based wage discrimination.⁵⁸⁷ The following is a partial listing of specific governmental efforts.

- The Department of Labor (DOL), in conjunction with the Equal Pay Task Force, issued an “Equal Pay App Challenge.” This challenge invited developers to use publicly available data and resources to create applications that accomplish at least one of the following goals: provide greater access to pay data broken down by gender, race, and ethnicity; provide interactive tools for early career coaching; help inform negotiations; and promote online mentoring. The goal of this challenge is to empower individual users by educating them about the labor market, salary ranges, and skill level requirements.
- The DOL’s Women’s Bureau, in partnership with the Department’s Office of Public Engagement and Center for Faith-Based Neighborhood Partnerships, convened national women’s organizations, private foundations and government agencies to briefings to learn more about the working conditions and gender-based pay equity challenges of vulnerable workers.
- In 2011, the EEOC hosted twenty-eight Equal Pay Day events around the country with participation from Task Force agency members, experts in equal pay advocacy and private sector leaders
- The DOL’s Women’s Bureau hosted a series of meetings with employers, contractors and advocates to launch educational materials and highlight available tools and resources for pay equality
- The EEOC conducted an equal pay panel at the 2011 Fair Employment Practices Agency (FEPA) national conference to educate state and local partners in civil rights enforcement about the pay gap. The conference also provided an opportunity to share highlights about the work underway to close the pay gap.
- Through the EEOC Training Institute, which provides a variety of training programs to help employers learn how to comply with federal equal employment opportunity laws, the EEOC trained approximately 950 people at its 2011 Technical Assistance Program Seminars on equal pay, in several cities.
- DOL Secretary Hilda L. Solis recorded a video blog on “The Real Cost of the Pay Gap,” where she argued that, over a lifetime, the average working woman stands to lose \$380,000

⁵⁸⁵ The text of some of these reports is available at: <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/glassceiling/> (27.03.13).

⁵⁸⁶ *Id.* Section 205(a).

⁵⁸⁷ *Equal Pay Task Force Accomplishments: Fighting for Fair Pay in the Workplace*, Report of April, 2012, available at: http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/equal_pay_task_force.pdf (28.03.13).

because of the pay disparities.⁵⁸⁸ Women's Bureau Director Sara Manzano-Díaz also published a blog entitled "Where's My 20?"⁵⁸⁹

- The Women's Bureau launched its Equal Pay toolkit⁵⁹⁰ on the agency's website. The toolkit includes a White House Equal Pay Fact Sheet, a statement by Secretary Solis on Equal Pay Day, Women's Bureau Regional Data Fact Sheets Highlighting Women's Earnings, and charts showing the cumulative impact of the pay gap on women's earnings.

4.4. Equal Pay Day

Although not strictly speaking a State action, Equal Pay Day⁵⁹¹ was originated in 1996 by the National Committee on Pay Equity (NCPE), a coalition of women's and civil rights organizations; labor unions; religious, professional, legal, and educational associations, commissions on women, state and local pay equity coalitions and individuals working to eliminate sex- and race-based wage discrimination and to achieve pay equity, as a public awareness event to illustrate the gap between men's and women's wages. Equal Pay Day 2013 was April 9, 2013. This date symbolizes how far into 2013 women must work to earn what men earned in 2012.

⁵⁸⁸ Video Blog: *The Real Cost of the Pay Gap*, available at: <http://www.dol.gov/dol/media/webcast/20110411-equalpay/> (28.03.13).

⁵⁸⁹ Blog Post: *Where's My 20?* available at: <http://social.dol.gov/blog/where%E2%80%99s-my-20/> (28.03.13).

⁵⁹⁰ See: <http://www.dol.gov/wb/equal-pay/> (09.04.13).

⁵⁹¹ For additional information see the National Committee on Pay Equity website at: <http://www.pay-equity.org/day.html> (09.04.13).

I. FRANCE

1. Vue d'ensemble sur les mesures actives de l'Etat pour promouvoir l'égalité salariale entre hommes et femmes

1.1. La situation générale par rapport à l'égalité salariale

Le principe selon lequel « à travail égal, salaire égal » issu de l'arrêt « Ponsolle » du 29 octobre 1996⁵⁹² impose à l'employeur de verser la même rémunération aux salariés placés dans une situation identique sans distinction de sexe. Si l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes est belle et bien reconnue en droit français, des inégalités salariales persistent dans les faits.

En effet, selon un rapport établi par la Direction générale de la cohésion sociale (DGCS) en juin 2012, les femmes gagnent en moyenne 16 % de moins que les hommes, ce qui place la France à la 17ème position au sein de l'Union européenne⁵⁹³.

Si cet écart peut s'expliquer en partie par des indications personnelles telles que le niveau de diplôme, l'ancienneté dans l'entreprise, le type de contrat de travail ou encore le secteur d'activité, celui-ci n'en résulte pas moins, dans certains cas, de pratiques discriminatoires des employeurs comme en témoigne l'arrêt de la Chambre correctionnelle de la Cour d'Appel (CA) de Paris du 16 avril 2008⁵⁹⁴. Dans cet arrêt, la CA a condamné au visa de l'article R. 3222-1 du Code du Travail (CT), la société et ses dirigeants à une peine d'amende pour non-respect du principe de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes.

Plus récemment, dans un arrêt rendu le 6 juillet 2010, la Haute juridiction a reconnu l'existence d'une discrimination salariale entre les deux sexes en jugeant que l'employée, « (...) pour une ancienneté plus importante et un niveau d'études similaires, percevait une rémunération inférieure à celle de ses collègues masculins, avait été victime d'une inégalité de traitement dès lors que l'employeur ne rapportait la preuve d'éléments étrangers à toute discrimination justifiant cette inégalité (...) »⁵⁹⁵.

Pour autant, depuis plusieurs années, le législateur français s'efforce de réduire les disparités salariales par la mise en place d'un arsenal législatif et par la création d'institutions dont le but est de promouvoir une plus grande égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

⁵⁹² Cass. soc. 29 octobre 1996 n°92-43.680, Bull. civ. V n° 359 : « (...) attendu que (...) la règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes était une application de la règle plus générale " à travail égal, salaire égal " énoncée par les articles L. 133-5 4° et L. 136-2 8° du Code du travail ; qu'il s'en déduit que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique (...) ».

⁵⁹³ Voir le rapport de la DGCS, Chiffres Clés 2011, l'égalité entre les femmes et les hommes, éd. Juin 2012, tab. 42 page 51 disponible sous http://femmes.gouv.fr/wp-content/uploads/2012/03/Chiffres_cles-egalite-2011.pdf (consulté pour la dernière fois le 07.12.2012).

⁵⁹⁴ CA Paris, ch. corr. 16 avril 2008, JurisData : 2008-363412.

⁵⁹⁵ Cass. soc. 6 juillet 2010, Bulletin 2010, V, n° 158.

1.2. Bases légales pour promouvoir l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans le domaine de l'emploi

L'article 3 du **Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946**⁵⁹⁶ selon lequel « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme » consacre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes au plus haut niveau de la pyramide des normes, ce qui en fait un principe essentiel au sein du droit français.

Ce principe d'égalité de traitement figure également à l'article 1er alinéa 2 de la **Constitution du 4 octobre 1958**⁵⁹⁷ modifié par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008⁵⁹⁸, qui dispose que : « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».

En plus de ces deux dispositions constitutionnelles, un nombre important de lois ont été adoptées en faveur d'une plus grande égalité entre les hommes et les femmes dans le domaine de l'emploi. Parmi celles-ci, il convient de citer en premier lieu la loi du 22 décembre 1972⁵⁹⁹ qui inscrit le principe d'égalité de rémunération dans le **Code du Travail** (actuellement consacré à l'article L. 3221-2 du CT).

Une autre loi importante en la matière est la loi « **Roudy** » du 13 juillet 1983⁶⁰⁰ qui transpose la directive européenne 76/207/CE du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. Celle-ci vise à promouvoir l'égalité des droits ainsi que l'égalité des chances entre les deux sexes. Elle crée l'obligation d'établir un rapport de situation comparée (RSC) des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise afin de déterminer l'ampleur des inégalités.

Par le truchement de la loi du 10 juillet 1989, le législateur impose l'obligation pour les organisations liées par une convention ou un accord professionnel de branche, de négocier sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes ainsi que sur les mesures de rattrapage en cas d'inégalité constatée et ce, dans un délai de deux ans.

Complétant la loi Roudy, la loi « **Génisson** » du 9 mai 2001⁶⁰¹ a été votée en vue de favoriser le dialogue social sur l'égalité professionnelle. Elle exige notamment que le RSC établi par l'employeur, comprenne des indicateurs précis définis par décret. Elle crée l'obligation de négocier sur l'égalité professionnelle au niveau de l'entreprise et des branches.

⁵⁹⁶ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 disponible sur le site officiel legifrance sous <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Preambule-de-la-Constitution-du-27-octobre-1946> (consulté pour la dernière fois le 07.12.2012).

⁵⁹⁷ Constitution française du 4 octobre 1958 disponible sur le site du conseil constitutionnel sous <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html> (consulté pour la dernière fois le 07.12.2012).

⁵⁹⁸ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JO, 24 juillet 2008.

⁵⁹⁹ Loi n° 72-1143 du 22 décembre 1972 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, JO, 24 décembre 1972.

⁶⁰⁰ Loi n°83-635 du 13 juillet 1983, portant modification du code du travail et du code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, JO, 14 juillet 1983.

⁶⁰¹ Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, JO du 10 mai 2001.

Plus généralement, la loi du 16 novembre 2001⁶⁰² interdit les discriminations basées sur le sexe, principe qui est d'application lors de détermination des salaires. Mais, il faudra attendre le texte de la loi du 23 mars 2006⁶⁰³ pour que la question des disparités salariales soit clairement combattue. En effet, cette dernière a pour mission d'aboutir entre autre à la suppression des écarts de salaire dans les cinq années suivant son adoption.

De nos jours, le **Code du Travail** français consacre le Titre II du Livre II de la Troisième Partie au respect du principe de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. Ce principe trouve ainsi une assise fondamentale à l'article L. 3221-2 du présent Titre selon lequel « tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes ». En outre, le Titre IV du Livre 1^{er} de la Première Partie, consacré à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, reprend, d'une part, le principe d'égalité de rémunération en son article L. 1142-1 3^o⁶⁰⁴. D'autre part, il traite de la possibilité pour les entreprises de prendre des mesures positives au bénéfice des femmes, dans le but d'établir l'égalité des chances (art. L. 1142-4 à L. 1142-5)⁶⁰⁵. En cas de non-respect du principe de l'égalité de traitement, la victime peut former une action en justice sur le fondement des articles L. 1144-1 et suivants. Dans le cadre des négociations obligatoires, le respect du principe de l'égalité professionnelle s'impose également (art. L. 2241-3 et suivants du CT).

A côté des dispositions du Code du Travail, il y a lieu de mentionner **les articles 225-1 à 225-4 du Code pénal (CP)**⁶⁰⁶ interdisant toute discrimination basée notamment sur le sexe dans le domaine du travail.

Au titre des sanctions encourues, le non-respect du principe de l'égalité professionnelle entraîne non seulement des sanctions de nature civile, à savoir, la nullité de toute clause violant ce principe (art. L. 3221-7 du CT), mais aussi des sanctions de nature pénale pouvant aller jusqu'à une peine d'emprisonnement d'un an en plus du paiement d'une amende de 3750 Euros (art. L. 1146-1, L. 2243-2 et art. L. 1248-8 du CT)⁶⁰⁷.

⁶⁰² Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, JO, 17 novembre 2001.

⁶⁰³ Loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, JO, 24 mars 2006.

⁶⁰⁴ Article L. 1142-1 3° du CT : « Sous réserve des dispositions particulières du présent code, nul ne peut : (...) 3° Prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation ».

⁶⁰⁵ Article L. 1142-4 du CT : « Les dispositions des articles L. 1142-1 et L. 1142-3 ne font pas obstacle à l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes. (...) » et Article L. 1142-5 du CT « Il incombe à l'employeur de prendre en compte les objectifs en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise et les mesures permettant de les atteindre (...) ».

⁶⁰⁶ Voir notamment article 225-1 du CP : « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison (...) de leur sexe, (...) ».

⁶⁰⁷ Article L. 1146-1 du CT dispose que « Le fait de méconnaître les dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, prévues par les articles L. 1142-1 et L. 1142-2, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 Euros.» ; dans le même sens voir l'art. L. 2243-2 du CT dispose que : « Le fait de se soustraire aux obligations prévues aux articles L. 2242-5, L. 2242-8, L. 2242-9, L. 2242-11 à L. 2242-14 et L. 2242-19, relatives au contenu de la négociation annuelle obligatoire, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros. » et

Il y a lieu de préciser qu'une réforme est envisagée concernant le décret d'application de l'article 99 de la loi du 9 novembre 2010 sur les retraites (correspondant à l'article L. 2242-5-1 du CT) qui sanctionne financièrement les entreprises de plus de 50 salariés qui n'auraient pas conclu d'accord d'égalité professionnelle ou de plan d'action⁶⁰⁸. Les pouvoirs publics ont fait part de leur volonté de renforcer les modalités de vérification quant au fait que la voie de la négociation a bien été privilégiée, en modifiant la procédure de contrôle.

2. Institutions

En France, il existe un nombre important d'institutions qui ont pour mission de résorber les inégalités professionnelles existantes entre les hommes et les femmes parmi lesquelles on trouve :

Le Ministère du Travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social qui est en charge de la préparation et de la mise en œuvre des mesures adoptées dans tous les domaines touchant à l'emploi. Celui-ci joue nécessairement un rôle essentiel dans la promotion de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes⁶⁰⁹.

Le Ministère des droits des femmes qui œuvre pour la protection des droits des femmes, se montre très actif en matière de promotion de l'égalité professionnelle et salariale entre les deux sexes⁶¹⁰. Afin de le soutenir dans ses actions, le Ministère comprend un **Comité interministériel aux droits des femmes** dont l'objectif est de déterminer les champs d'action prioritaires afin de lutter contre les disparités entre les femmes et les hommes. D'autres organes sont rattachés à ce Ministère tels que **le Conseil Supérieur de l'Egalité Professionnelle entre les femmes et les hommes (CSEP)** qui, en application de l'article D. 1145-1 du CT « participe à la définition et à la mise en œuvre de la politique menée en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ».

Les pouvoirs publics ont également créé une institution, par décret du 18 octobre 1995⁶¹¹, qui vise spécifiquement la promotion de l'égalité entre les deux sexes. Il s'agit de **l'Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes (OPFH)**. Institué auprès du Premier ministre et, par délégation, auprès du ministre en charge des droits des femmes (art. 1^{er} du décret), il assure une fonction d'expertise et d'évaluation des politiques publiques. Il agit en vue de favoriser l'égalité entre les femmes et les hommes dans plusieurs domaines : politique, économique et social.

Article L. 1248-8 du CT : « Le fait de verser au salarié titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée une rémunération inférieure au montant de la rémunération que percevrait dans la même entreprise, après période d'essai, un salarié bénéficiant d'un contrat de travail à durée indéterminée de qualification professionnelle équivalente et occupant les mêmes fonctions en méconnaissance de l'article L. 1242-15 est puni d'une amende de 3 750 euros. La récidive est punie d'une amende de 7 500 euros et d'un emprisonnement de six mois ».

⁶⁰⁸ Voir article L. 2242-5-1 du CT issu de l'article 99 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JO, 10 novembre 2010.

⁶⁰⁹ Voir décret n° 2012-774 du 24 mai 2012 relatif aux attributions du ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, notamment l'article 1 du décret ainsi que le site officiel du Ministère : <http://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere,149/presentation-du-ministere,294/> (consulté pour la dernière fois le 07.12.2012).

⁶¹⁰ Voir le site officiel du Ministère des droits des femmes, disponible sous : <http://femmes.gouv.fr/> (consulté pour la dernière fois le 07.12.2012).

⁶¹¹ Voir articles 1er à 14 du Décret n°95-1114 du 18 octobre 1995 portant création d'un Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes, JO, 19 octobre 1995.

Au sein même du Code de travail, il y a lieu de noter le rôle joué par l'Inspection du Travail qui, sur le fondement de l'article L. 8112-1 du CT⁶¹², est chargée de veiller à l'application des dispositions du code du travail, ce qui implique entre autre de veiller au respect du principe de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. De même, l'Institution de placement et **d'accompagnement** de l'article L. 5312-1 du CT dont la mission principale est d'accompagner et d'orienter les personnes en recherche d'emploi, participe activement à la lutte contre les discriminations à l'embauche et agit en faveur de l'égalité professionnelle.

Au titre des entités œuvrant pour la lutte contre les inégalités de traitement, il convient également de citer le **Défenseur des droits** issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008⁶¹³. Cette autorité institutionnelle indépendante regroupe les missions du Médiateur de la République, du Défenseur des enfants, de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité (HALDE) et de la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité (CNDS). Ainsi, il peut être saisi par toute personne qui s'estime victime d'une discrimination. Une loi organique adoptée le 29 mars 2011⁶¹⁴ détermine ses missions qui consistent notamment à lutter contre les discriminations et veiller au respect de l'égalité de traitement et de l'égalité des chances ainsi que le respect des droits de chacun (art. 4, 3° de la loi organique du 29 mars 2011)⁶¹⁵.

Enfin, un certain nombre d'associations œuvrent pour le respect du principe de l'égalité de traitement notamment, la **Coordination française pour le Lobby Européen des Femmes (CLEF)** dont l'objectif est de rassembler les associations féminines et féministes françaises, afin de défendre et promouvoir les intérêts des femmes et de lutter pour l'égalité entre les deux sexes⁶¹⁶.

a. Les pouvoirs d'enquête et le devoir de coopérer

Le CSEP, service rattaché au **Ministère des droits des femmes** exerce des pouvoirs d'enquête. Selon l'article D. 1145-4 du CT, il peut « **procéder à des études** et à des recherches, susciter ou **favoriser des initiatives et faire des propositions** tendant à améliorer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ». Le CSEP est amené à coopérer avec les pouvoirs publics puisqu'il est consulté « 1° Sur les projets de lois et de décrets ayant pour objet d'assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; 2° Sur les textes relatifs à des conditions particulières de travail propres à l'un ou l'autre sexe ».

En vertu de l'article L. 8113-1 du CT, les **inspecteurs du travail** disposent du pouvoir d'entrer dans les locaux de l'entreprise « afin d'y assurer la surveillance et **les enquêtes** dont ils sont chargés »⁶¹⁷. Ils ont un droit d'accès aux documents tels que les bulletins de salaire (art. L. 8113-4 et suivants du CT). En cas de constat de non-respect des dispositions du droit du travail, ceux-ci dressent un procès-verbal d'infraction à l'encontre de l'employeur.

⁶¹² Article L. 8112-1 du CT dispose que « Les inspecteurs du travail sont chargés de veiller à l'application des dispositions du code du travail et des autres dispositions légales relatives au régime du travail, ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail répondant aux conditions fixées au livre II de la deuxième partie. Ils sont également chargés, concurremment avec les officiers et agents de police judiciaire, de constater les infractions à ces dispositions et stipulations ».

⁶¹³ Voir article 71-1 de la Constitution du 04 octobre 1958 issu de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, op. cit.

⁶¹⁴ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JO du 30 mars 2011 n°75.

⁶¹⁵ Voir Article 4, 3° de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

⁶¹⁶ Voir site internet de la CLEF, disponible sous <http://www.clef-femmes.fr/> (consulté pour la dernière fois le 07.12.2012).

⁶¹⁷ Voir article L. 8113-1 du code de travail.

Afin de mener à bien sa mission, le **Défenseur des droits** dispose lui aussi d'un **pouvoir d'enquête**. Ainsi, il peut **demandeur des explications** à toute personne mise en cause (art. 18 de la loi organique du 29 mars 2011) et **procéder à des vérifications** dans les locaux professionnels ou entendre toute personne susceptible de fournir des informations (art. 22 de la loi organique du 29 mars 2011). Dans le cadre d'une réclamation adressée à un député, à un sénateur ou à un représentant français au Parlement européen, celui-ci peut **solliciter la coopération** du Défenseur des droits afin de **l'aide dans le traitement de cette réclamation**. Le Défenseur des droits est alors tenu d'informer des suites données à cette réclamation (art. 7 de la loi organique du 29 mars 2011).

Quant à l'**Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes** dont les pouvoirs sont définis à l'article 2 du décret du 18 octobre 1995⁶¹⁸, il coopère avec les pouvoirs publics notamment lorsqu'il **émet « des avis sur les projets de textes législatifs et réglementaires dont il est saisi par le Premier ministre »**. Il est habilité à **formuler des recommandations et propositions de réformes** adressées au Premier ministre visant à prévenir et résorber les inégalités entre les sexes.

b. La possibilité de saisir le juge

L'article 21 de la loi organique du 29 mars 2011 reconnaît au **Défenseur des droits** le **pouvoir de saisir le juge des référés** d'une demande motivée en vue d'ordonner toute mesure que ce dernier juge utile. Ce pouvoir ne peut être exercé qu'après une mise en demeure restée sans effet à l'encontre des personnes auprès desquelles l'autorité a sollicité des informations. Par ailleurs, sur le fondement de l'article 29 de la même loi, « *le Défenseur des droits peut saisir l'autorité investie du pouvoir d'engager les poursuites disciplinaires des faits dont il a connaissance et qui lui paraissent de nature à justifier une sanction* ».

Enfin, les **associations** telles que la **CLEF** ont le **pouvoir d'ester en justice** (art. 3 des Statuts de l'association⁶¹⁹) en vue de faire respecter le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes sur le fondement de l'article 6 de la loi du 1er juillet 1901⁶²⁰ ainsi que de l'article 31 du Code de procédure civile⁶²¹.

c. Les autres pouvoirs ou/et droits de l'institution

Outre les pouvoirs déjà mentionnés ci-dessus, le **Défenseur des droits** assume des **fonctions de médiation** et peut procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance (art. 26 de la loi organique du 29 mars 2011). Il peut également **assister les victimes** dans la constitution de leur dossier (art. 27 de la loi) et **aider** les personnes en cause à **conclure une transaction** (art. 28 de la loi). En outre, il dispose du pouvoir de **formuler des recommandations** ainsi que d'un **pouvoir d'injonction** à l'encontre de la personne mise en cause si la recommandation formulée n'a pas été suivie (art. 25 de la loi).

⁶¹⁸ Article 2 du décret n°95-1114 du 18 octobre 1995 portant création d'un Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes, JO, 19 octobre 1995.

⁶¹⁹ Article 3 des Statuts de l'association CLEF « La CLEF se donne tous les moyens pour atteindre ses objectifs y compris ester en justice ».

⁶²⁰ Article 6 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association dispose que « Toute association régulièrement déclarée peut, sans aucune autorisation spéciale, ester en justice (...) ».

⁶²¹ Article 31 du Code de procédure civile dispose que « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ».

Enfin, le **Ministère en charge du Travail** mène des actions visant la promotion de l'égalité salariale. Pour ce faire, il publie sur son site internet **un guide** portant sur les bonnes pratiques que pourraient adopter les entreprises dans le cadre de l'égalité de rémunération. Certaines pratiques permettent notamment d'analyser et de suivre les évolutions salariales pluriannuelles des femmes et des hommes à temps complet et à temps partiel ; d'établir des bilans sexués des augmentations, de s'assurer de l'égalité de rémunération à l'embauche, quel que soit le sexe, à compétences et expériences équivalentes ; ou encore d'assurer l'accès à l'égalité de rémunération des salariés dans le cadre de congé familial⁶²².

3. Mesures en place pour promouvoir la transparence salariale

Le Code du Travail contient un ensemble de dispositions permettant de déterminer si une entreprise pratique une politique salariale égalitaire par le truchement de la négociation. Le législateur a ainsi fait de la négociation l'instrument privilégié permettant la transparence salariale et le respect du principe de l'égalité salariale au sein des entreprises. Celle-ci suppose au préalable l'établissement d'un rapport annuel.

3.1. L'établissement d'un rapport sur la situation comparée des hommes et des femmes

Avant même de commencer toute négociation, l'employeur est chargé, selon l'article L. 2323-57 du CT, de soumettre annuellement au comité d'entreprise, ou à défaut aux délégués du personnel, un document consistant en « un rapport écrit sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise ».

Ce rapport permet non seulement d'établir un plan d'action destiné à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes mais aussi de fixer des objectifs de progression prévus pour l'année suivante (art. 2242-5 du CT). Celui-ci est mis à la disposition de l'inspecteur du travail et est accessible à tout employé sur demande. Une synthèse de ce plan d'action est portée à la connaissance des salariés.

3.2. Le respect du principe de l'égalité professionnelle dans le cadre de la négociation

Les employeurs ont **l'obligation annuelle de négocier sur les salaires** en prenant en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Cela permet d'examiner l'évolution des salaires (art. L. 2241-1 et suivants du CT). En plus de la négociation annuelle, l'article L. 2241-3 du CT prévoit une réunion pour négocier tous les trois ans sur les **mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle** entre les femmes et les hommes et sur les **mesures de rattrapage** tendant à remédier aux inégalités constatées.

Une autre obligation de l'employeur figurant à l'article R. 2241-2 du CT et visant à une plus grande transparence salariale consiste à effectuer un diagnostic des écarts éventuels de rémunération⁶²³.

⁶²² Disponible sous : http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Bonnes_pratiques_remuneration_effective.pdf (consulté pour la dernière fois le 07.12.012).

⁶²³ Article R. 2241-2 du CT dispose que : « Afin de parvenir, en application de l'article L. 2242-7, à la suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, un diagnostic des écarts éventuels de rémunération est établi sur la base des éléments mentionnés au deuxième alinéa de l'article L. 2323-57. Par rémunération, il faut entendre la rémunération au sens de l'article L. 3221-3 ».

Au vu des éléments figurant dans le RSC de l'article L. 2323-57 du CT, l'employeur est tenu d'engager **chaque année une négociation sur les objectifs d'égalité** professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise, ainsi que sur les mesures permettant de les atteindre (art. L. 2242-5 du CT) en prenant en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (art. L. 2242-6 du CT). Ainsi, la négociation vise « à définir et à programmer les mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes » (art. L. 2242-7 du CT).

4. Autres mesures existantes pour inciter les employeurs à promouvoir l'égalité des salaires

4.1. Les mesures d'aide financière du Code du Travail

Afin de renforcer l'égalité salariale, les pouvoirs publics ont mis en place trois mesures incitatives. Tout d'abord, les entreprises peuvent mettre en place **des plans pour l'égalité professionnelle**, négociés au sein de l'entreprise comme nous l'avons précisé ci-dessus (art. L. 1143-1 du CT et suivants). Ces derniers contiennent des mesures visant à **établir l'égalité des chances** (elles sont de ce fait destinées au seul bénéfice des femmes). Ainsi, certaines actions contenues dans ces mesures favorisant l'égalité hommes-femmes, peuvent ouvrir droit à une **aide financière de l'Etat** sous certaines conditions. Cela suppose notamment la formation d'un **contrat pour l'égalité professionnelle**. La conclusion d'un tel contrat permet aussi d'obtenir le soutien financier de l'Etat lors de la mise en œuvre d'actions contenues dans une convention ou accord collectif qui sont destinées à rééquilibrer la place des femmes dans l'entreprise.

La deuxième mesure consiste en la formation d'un **contrat pour la mixité des emplois** dont l'objectif est de favoriser l'insertion professionnelle d'une femme au sein d'une qualification ou d'un métier peu féminisé (art. D. 1143-7 du CT). Ainsi, il s'agit d'un contrat tripartite formé entre l'entreprise, la bénéficiaire et l'Etat en conclusion duquel l'entreprise peut se voir accorder **une aide de l'Etat**.

Enfin, la **convention d'étude** est un autre moyen tendant vers un renforcement de l'égalité de traitement. Ainsi, selon l'article R. 1143-1 du CT, « toute entreprise de moins de trois cents salariés peut conclure avec l'Etat une convention lui permettant de recevoir une aide financière afin de faire procéder à une étude portant sur : 1°) Sa situation en matière d'égalité professionnelle ; 2°) Les mesures à prendre pour rétablir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes ».

4.2. Les rapports et chartes

Il y a lieu de noter un nombre croissant d'études menées relatives à l'égalité professionnelle concernant plus particulièrement la question des inégalités salariales entre hommes et femmes⁶²⁴. Ces rapports visent avant tout à faire un bilan de la situation et à formuler des préconisations permettant d'assurer une plus grande égalité des sexes.

C'est aussi à travers l'adoption de textes à valeur plus ou moins contraignante telles que la **Charte de l'égalité entre les hommes et les femmes** du 8 mars 2004⁶²⁵ ou la **Charte pour la promotion de**

⁶²⁴ Voir notamment - L'égalité professionnelle homme-femme dans la Fonction publique, Rapport de Françoise Guégot, La Documentation française, mars 2011, disponible sous : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/114000123/0000.pdf> (consulté pour la dernière fois le 07.12.2012).

⁶²⁵ Voir Charte de l'égalité entre les hommes et les femmes du 8 mars 2004 disponible sous : http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/charte_egalite.pdf (consulté pour la dernière fois le 07.12.2012).

l'égalité dans la fonction publique du 2 décembre 2008⁶²⁶, que les pouvoirs publics tentent de sensibiliser les employeurs au respect du principe de l'égalité des salaires. Le **Ministère des Affaires étrangères** a lui aussi établi une **Charte de l'égalité professionnelle et de l'égalité des chances**⁶²⁷ qui préconise des actions concernant le suivi des parcours professionnels, les formations, l'organisation du temps de travail ou encore l'encadrement de la mobilité.

4.3. Le label « Egalité »

Afin de valoriser l'égalité professionnelle au sein des entreprises et des institutions, le **label « Egalité »** a été mis en place fin 2004 à l'initiative du Ministère des droits des femmes. Après décision d'une Commission de labellisation, l'apposition de ce label récompense les entreprises ou organismes exemplaires en matière d'égalité des sexes⁶²⁸.

Nous pouvons conclure en précisant que la question du respect du principe de l'égalité salariale entre les hommes et les femmes est au centre des préoccupations des pouvoirs publics français. En effet, un **Comité de pilotage national sur la question de l'égalité professionnelle** s'est réuni le 18 septembre 2012 afin de définir un programme d'actions visant à obtenir une réduction significative des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes qui persistent en France. Il convient d'ajouter que le 20 septembre 2012, la négociation sur l'égalité professionnelle dans la Fonction publique a été lancée avec une réelle implication des partenaires sociaux dans l'examen des statistiques transmis par le Ministère⁶²⁹.

⁶²⁶ Voir Charte pour la promotion de l'égalité dans la fonction publique du 2 décembre 2008, disponible sous http://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/IMG/Charte_egalite_20081202.pdf (consulté pour la dernière fois le 07.12.2012).

⁶²⁷ Voir Charte de l'égalité professionnelle et de l'égalité des chances du Ministère des Affaires étrangères du 21 janvier 2009 disponible sous http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/Note_6_charte_egalite.pdf (consulté pour la dernière fois le 07.12.2012).

⁶²⁸ Voir site officiel du Ministère des droits des femmes disponible sous <http://femmes.gouv.fr/dossiers/egalite-professionnelle/promotion-de-legalite-professionnelle/le-label-egalite/> (consulté pour la dernière fois le 07.12.2012).

⁶²⁹ Voir le site officiel du Ministère du Travail de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du dialogue social disponible sous <http://travail-emploi.gouv.fr/> (consulté pour la dernière fois le 07.12.2012).

J. ROYAUME-UNI

1. General Overview of State Measures to Promote Equality of Salaries

The Equality Act 2010 (**EqA 2010**)⁶³⁰ principally governs the framework of measures under which the right to equal pay is regulated. This Act of Parliament replaced previous statutes and statutory instruments, including the Equal Pay Act 1970 (**EqPA 1970**) and the Sex Discrimination Act 1975, and consolidated various pieces of legislation over the years which had the purpose of eliminating unlawful discrimination. These were laws and other regulations which covered what is known as 'protected characteristics'. There are nine 'protected characteristics': age, disability, gender, race, religious belief, sexual orientation, pregnancy and maternity, marriage and civil partnership, and gender reassignment. The Equality Act 2006 (**EqA 2006**), which continues to be in force, provides the institutional framework for overseeing the regulation of human rights and discrimination law, including equal pay (see below).

The EqPA 1970 was the first modern employment-related anti-discrimination law enacted in the UK. It did not come into force until after the UK's membership of the EEC was finalised in 1972, but was inspired by the equal pay provisions of the 1957 EEC Treaty of Rome.⁶³¹ Under the EqPA 1970, women (or men) had the right to the same pay and other terms and conditions of employment as men (or women) for doing the same work or work of equal value. As of 1st October 2010, that protection was transposed (along with additional innovations) into the EqA 2010.

The central measure providing for the right to equal pay is that set out in section 66(1) EqA 2010. This implies a **sex equality clause** automatically into every contract of employment. Section 66(2) EqA 2010 sets out what is meant by an equality clause. This is, in essence, a clause which provides that men and women must have the same terms of employment if, for the same or an associated employer, they are doing equal work. 'Equal work' means any of the following:

- (a) like work (where male and female workers do the same job);
- (b) work rated as equivalent (where a woman's work has been rated as equivalent to a man's if the employer's job evaluation study gives an equal value to their work in terms of the demands made on the workers, by reference to factors such as effort, skill and decision making);
- (c) work of equal value (where jobs done by a woman and her comparator - the person with whom she compares herself - are different, but can be regarded as being of equal worth, having regard to the nature of the work performed, the training or skills necessary to do the job, the conditions of work and the decision-making that is part of the role).

Where a woman doing equal work shows that she is receiving less pay or other less favourable terms in her contract, or identifies a contract term from which her comparator benefits and she does not, the employer will have to show why this is. If the employer is unable to show that the difference is due to a material factor which has nothing to do with her sex, then the equality clause takes effect. The effect is that it modifies any clause which makes for less favourable terms of employment than the terms of employment of a comparator such that it ensures that neither contract is less favourable than the other.

⁶³⁰ The Equality Act 2010, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents> (13.03.2013).

⁶³¹ Article 119 as amended, now renumbered Article 141.

A number of measures (discussed in the sections below) provided for under the EqA 2010 offer **tools and other methods which enhance an individual's ability to determine whether they are receiving equal pay** and which encourage those responsible for terms and conditions of work to cooperate and to otherwise promote equality in their practices and policies. These include a questionnaire procedure, allowing an employee to pose questions to their employer where they think they may have been discriminated against, the prohibition of 'secrecy clauses' which may prevent employees from discussing their pay with fellow colleagues and the - as yet unimplemented - requirement on large employers to publish information on the pay of their employees according to gender.

In order to facilitate **enforcement of the right to equal pay**, a number of measures exist to allow the courts to deal with equal pay cases more effectively. Both civil courts and employment tribunals have jurisdiction to hear equal pay claims. Civil courts have the ability to transfer any equal pay claim to an employment tribunal, which is more specialised in such matters.⁶³² There is also a separate set of procedural rules to address the more complicated issues which arise in 'work of equal value' cases.⁶³³ These allow for job evaluation reports to be prepared by an independent expert. If an equal pay claim is heard by an employment tribunal and upheld, it may make a declaration as to the rights of the complainant which would guarantee her equal pay, and order the employer to pay arrears of pay or damages to the person who has brought the claim.

Insofar as institutions⁶³⁴ are concerned, it is the **Equality and Human Rights Commission** which is uniquely empowered by the legislature to carry out inquiries, to conduct investigations of employers, to assess and enforce compliance with the duty to ensure gender equality and to institute or intervene in legal proceedings to support an individual or to help interpret or clarify the law. An independent statutory agency, it was set up under the Equality Act 2006 (**EqA 2006**)⁶³⁵ to work towards the elimination of unlawful discrimination and the promotion of equality and human rights. It is also responsible for publishing a **Statutory Code of Practice** on equal pay, providing authoritative, comprehensive and technical guidance on the EqA 2010's provisions, and which tribunals and courts considering an equal pay claim are obliged to take into account where relevant to any proceedings.

2. Institutions

The **Equality and Human Rights Commission (EHRC)** is the only state-established institution with the specific remit to promote and monitor human rights and to protect, enforce and promote equality. Established under the provisions of the EqA 2006, it has specific duties, insofar as equality and diversity is concerned, to promote understanding of the importance of equality and diversity, to encourage good practice, to promote equality of opportunity, to promote awareness and understanding of rights, to enforce the equality enactments, to work towards the elimination of unlawful discrimination and to work towards the elimination of unlawful harassment.⁶³⁶

Although the EHRC is not a specialised agency solely for promoting equal pay, it is the only organisation vested with powers and duties to promote equality, including equal pay. One of its powers is the ability to issue the Statutory Code of Practice in connection with equal pay; in 2011, the

⁶³² Section 128, EqA 2010.

⁶³³ Employment Tribunals (Constitution and Rules of Procedure) Regulations 2004, SI 2004/1861, Schedule 6.

⁶³⁴ For more information, see section 2 below.

⁶³⁵ Sections 8,9,10 EqA 2006.

⁶³⁶ Section 8, EqA 2006.

Statutory Equal Pay Code of Practice⁶³⁷ was published by EHRC to accompany the EqA 2010 and to offer guidance that gives individuals, businesses, employers and public authorities the information needed to understand the EqA 2010, to exercise their rights and to meet their responsibilities.

a. Investigative powers and duty to cooperate

Under section 16 EqA 2006, the **EHRC may conduct an inquiry** into a matter relating to any of its duties concerning, among other things, equality and diversity, including equal pay. According to the relevant Code of Practice, this would include the power to carry out inquiries into the extent and causes of pay gaps in particular sectors or areas. In September 2009, for example, the EHRC published a report which was based on information it had received as a result of inquiries made in the financial services sector regarding data on pay gaps between men and women.⁶³⁸

Under section 20 EqA 2006, the **EHRC may also conduct investigations** of an employer which it suspects of having unlawful discriminatory pay practices. Such a suspicion may, but need not be based on the results of a matter arising during the course of an inquiry. An investigation may therefore be conducted on EHRC's own initiative or as a result of evidence brought to their attention.

The legal basis and specific provisions governing the conduct of inquiries and investigations are set out in Schedule 2 to the EqA 2006. This contains provisions on the processes and procedures which must be followed in conducting inquiries and investigations. The EHRC also operates a **Compliance and Enforcement policy**⁶³⁹ which summarises their approach to bring about compliance with regulatory requirements and the general principles they intend to follow. It also sets out the criteria that the EHRC will consider when deciding what is the most appropriate response to breach of legislation. These include:

- Evidence of the extent and severity of the breach and the reasons given for the breach;
- Extent and severity of any departure from codes of practice and whether this was deliberate or reckless;
- Impact, likelihood and severity of impact on the affected group or individual;
- The size and resources of the organisation involved;
- The financial burden or enforcement action on an organisation;
- Likelihood of co-operation based on the outcome of any previous communication from EHRC;
- Steps taken or agreements made to remedy the breach and to reduce the risks of recurrence.

In launching an inquiry, the EHRC says that it does not need to suspect that there has been a breach of equality or human rights legislation. The purpose of the inquiry is to provide a means for the EHRC to find out more about equality or diversity either within a particular organisation or across a wider sector. The legal steps require that EHRC publishes a terms of reference, giving notice to the organisation(s) to require them to provide specific information in relation to the stated terms of reference. This could include information about the pay of an organisation's employees. The EHRC will then publish a report of its findings and may make recommendations to the organisation in

⁶³⁷ EHRC, Equal Pay, Statutory Code of Practice (2011), available at http://www.equalityhumanrights.com/uploaded_files/EqualityAct/equalpaycode.pdf (13.03.2013).

⁶³⁸ Financial Services Inquiry, Sex Discrimination and Gender Pay Gap Report of the Equality and Human Rights Commission (September 2009) available at http://www.equalityhumanrights.com/uploaded_files/financial_services_inquiry_report.pdf (13.03.2013).

⁶³⁹ EHRC, Compliance and Enforcement policy (August 2012), available from <http://www.equalityhumanrights.com/legal-and-policy/enforcement/> (13.03.2013).

question. The legal force of such findings is that *“a court or tribunal may have regard to a finding, although it shall not treat it as conclusive.”* All inquiries referred to on the EHRC website all relate to particular sectors or industries rather than particular organisations. A number of specific organisations have however been investigated, and although reports have not been published publicly, the identity of certain organisations and the enforcement action taken is detailed in a series of case studies on the EHRC web pages.⁶⁴⁰ EHRC policy insofar as enforcement action and transparency is concerned, is that, *“where enforcement action is taken, EHRC will, where confidentiality permits, publish a record of its action.”*⁶⁴¹

If during an inquiry, the EHRC suspects that an unlawful act has been committed, an investigation must be considered. An ‘unlawful act’ is one that is contrary to a provision of the EqA 2010. As with inquiries, terms of reference must be provided setting out written details of why an action may be unlawful under the legal provisions relating to equalities. Again, a report will be published, detailing the findings of the investigation. The report is not publicly available, but information on “case studies” providing an illustration of investigations and enforcement action carried out is available through the EHRC web site.

Any recommendations arising from the findings which are made to a particular person or organisation must be complied with. A failure to act on recommendations can lead to the EHRC issuing an **unlawful act notice** to the person concerned (usually the representative of the employer). This may require the person to prepare an **action plan** for the purpose of avoiding repetition or continuation of the unlawful act.⁶⁴² Alternatively, the EHRC may enter into a formal agreement with the person who it believes has committed an unlawful act, again, putting in to place an action plan.⁶⁴³ There will then follow a monitoring phase.

If there is a failure to act with an unlawful act notice or a failure to comply with an undertaking in the agreement, the EHRC can take further action through the courts by applying to the relevant court for an order requiring compliance.

b. The possibility to go to court

In circumstances where an unlawful act notice has been issued, the **EHRC may apply to a county court for an order** in the following situations:⁶⁴⁴

- (a) requiring a person to give to the EHRC a first draft action plan by a specified time; or
- (b) to give a revised draft plan (where a notice has already been given to the person stating that their draft plan is not adequate and needs revising); or
- (c) within a five year period from the date on which the action plan came into force, an order requiring the person to act in accordance with the action plan or to take specified action for a similar purpose.

A failure by the person, without reasonable excuse, to comply with an order will be a **criminal offence** punishable on summary conviction by a fine not exceeding level 5 on the standard scale (this presently stands at £5,000).⁶⁴⁵

⁶⁴⁰ EHRC, Legal enforcement case studies, available at <http://www.equalityhumanrights.com/legal-and-policy/enforcement/legal-enforcement-case-studies/> (20.03.2013).

⁶⁴¹ *Ibid*

⁶⁴² Section 21 EqA 2006.

⁶⁴³ Section 23 EqA 2006.

⁶⁴⁴ Section 22(6) EqA 2006.

The EHRC also has recourse to the courts where it thinks that a person *is likely to* commit an unlawful act (namely, an act which is contrary to a provision of the EqA 2010, such as a failure to provide equal pay for 'equal work').⁶⁴⁶ In such a situation, it may apply to a county court for an injunction restraining the person from committing the act. It may also apply for a county court order requiring compliance with an undertaking where it thinks that a party to an action plan has failed to comply with such an undertaking made as part of the action plan.⁶⁴⁷ Failure to comply with a court order is a criminal offence.

c. Other powers

The **EHRC may provide assistance to individuals taking legal action** to enforce their right to equal pay and may institute or intervene in legal proceedings to support an individual or help interpret and clarify the law.⁶⁴⁸ Interventions, state the EHRC, are conducted on a strategic basis, and will generally only take place where the EHRC can use its expertise to clarify or challenge an important element of the law. These are generally cases involving serious matters of public policy or general public concern, and the outcome of such cases may have a wide impact, setting precedents to be followed by lower courts. The EHRC website⁶⁴⁹ provides a history of its interventions in domestic cases, and it can be seen that a significant number concern equal pay cases.

The EHRC also has powers to assess and enforce compliance with what is called the '**gender equality duty**'. This duty, now consolidated under the EqA 2010 with other equality duties (such as race) under a 'general equality duty',⁶⁵⁰ is a duty placed on public authorities and other bodies when exercising public functions to eliminate unlawful discrimination, advance equality of opportunity and foster good relations between people sharing a relevant 'protected characteristic' (see section 1 above). In effect, this places a greater burden on public bodies to eliminate unlawful, and the EHRC has specific powers to conduct an assessment into the extent to which a body has complied with its general equality duty and to issue compliance notices where it considers that the duty has not been complied with.⁶⁵¹ However, as this does not specifically concern equal pay, this does not fall within the scope of this study. Further information is provided by the EHRC on its web pages.⁶⁵²

The EqA 2006 also states that in pursuance of its duties, the EHRC may: **publish or otherwise disseminate ideas or information, undertake research, provide education or training and give advice or guidance.**⁶⁵³ Examples of their activities in this regard in the field of equal pay can be found on the EHRC website,⁶⁵⁴ and include information on conducting equal pay audits (see section 4.3 below), research reports and details of other organisations which can advise employers and employees on equal pay issues.

⁶⁴⁵ Section 22(9) EqA 2006.

⁶⁴⁶ Section 24(1) EqA 2006.

⁶⁴⁷ Section 24(2) EqA 2006.

⁶⁴⁸ Section 28(1) and section 30 EqA 2006.

⁶⁴⁹ See <http://www.equalityhumanrights.com/legal-and-policy/enforcement/> (13.03.2013).

⁶⁵⁰ Section 149 EqA 2010.

⁶⁵¹ Sections 31 and 32 EqA 2006.

⁶⁵² See EHRC, Equality Act Codes of Practice and Technical Guidance, available at <http://www.equalityhumanrights.com/legal-and-policy/equality-act/equality-act-codes-of-practice-and-technical-guidance/> (13.03.2013).

⁶⁵³ Section 13(1)(a)-(d) EqA 2006.

⁶⁵⁴ EHRC, Tools: Equal Pay, available at <http://www.equalityhumanrights.com/advice-and-guidance/tools-equal-pay/> (21.03.2013).

3. Measures to promote transparency of salaries

Section 77 of the EqA 2010 **renders unenforceable** any term that purports to prevent or restrict a person from making a relevant pay disclosure (commonly known as a ‘**gagging clause**’ or ‘**secrecy clause**’),⁶⁵⁵ as well as rendering unenforceable any term that purports to prevent an employee seeking such a disclosure from a colleague (including former colleagues).⁶⁵⁶

A ‘relevant pay disclosure’ is one that is made for the purpose of enabling the person who makes it, or the person to whom it is made, to find out whether or to what extent there is, in relation to the work in question, a connection between pay and having (or not having) a particular protected characteristic.

The Equal Pay Code of Practice⁶⁵⁷ states that involvement in a relevant pay disclosure can include but is not limited to: asking a colleague to provide information about his/her pay and/or benefits, providing information to a trade union representative about pay and/or benefits, and receiving information from a colleague about pay and/or benefits. If an employer takes action against an employee for making or seeking to make such a disclosure, or for receiving information as a result of such a disclosure, the employee may claim victimisation before an employment tribunal.

4. Other measures to promote equality of salaries

4.1. Equal Pay Questionnaires

Given that it is normally employers which have the statistical and other detail that go to prove disparate treatment, the EqA 2010 continues the existing (since 2003) right of employees to take advantage of a questionnaire procedure whereby a person who thinks they may have been discriminated against may pose questions in what was previously known as the ‘**equal pay questionnaire**’.⁶⁵⁸ The relevant form, now consolidated under the EqA 2010 with other questionnaires for ‘protected characteristics’ (see section 1 above), is available from the Home Office,⁶⁵⁹ helping a complainant to decide whether to institute proceedings. The respondent (usually the employer) may reply within 8 weeks of service of the questionnaire. Should proceedings subsequently be brought before a tribunal, the tribunal may draw any inference it considers just and equitable to draw, including an inference that the respondent has contravened a term modified or included by virtue of the complainant’s equality clause, where it considers that the respondent deliberately and without reasonable excuse, omitted to reply, or provided an evasive and equivocal reply, to any of the complainant’s questions.

4.2. Gender Pay Reporting

Section 78 of the EqA 2010 enables the government, at some future date, to require employers with more than 250 employees to publish information, “*for the purpose of showing whether...there are any differences in the pay of male and female employees.*”⁶⁶⁰ Known as **gender pay reporting**, it has the aim of increasing transparency in pay systems and to identify and tackle gender pay gaps. Failure to comply could be prosecuted as a summary offence punishable with a fine of up to £5,000, and/or

⁶⁵⁵ Section 77(1) EqA 2010.

⁶⁵⁶ Section 77(2) EqA 2010.

⁶⁵⁷ EHRC, Equal Pay Code of Practice, *op. cit.*, para. 108.

⁶⁵⁸ Section 138 EqA 2010.

⁶⁵⁹ The Home Office is the UK Government department for internal affairs. Website is available at www.homeoffice.gov.uk.

⁶⁶⁰ Section 78(1) EqA 2010.

trigger enforcement procedures under the EqA 2010.⁶⁶¹ However, this clause has not yet been brought into force.

The government has not enacted this statutory obligation because, rather than implementing a mandatory approach which would apply to all sectors, it has opted for working with the private and voluntary sectors to develop a voluntary scheme for gender pay reporting. In its 'Equality strategy'⁶⁶² issued in 2010, the government said that their position was that they intended to work with business and others to **develop a voluntary scheme for gender pay reporting** available to all businesses, but particularly those with 150 or more employees. The numbers of companies releasing information, and its quality, would then be reviewed annually to assess whether this approach is successful and to take a view on whether alternatives are required, including using a mandatory approach through that set out in the EqA 2010. While this voluntary approach is explored, it says, section 78 will not commence, nor be amended nor repealed.

Supporting the voluntary approach is a government policy document called the, '**Think, Act, Report framework**',⁶⁶³ which sets out the principles that business, unions, voluntary sector and other partners have agreed to encourage a new voluntary approach to gender equality reporting, and suggests measures that employers might adopt. Insofar as pay measures are concerned, it is suggested that businesses report, for example, on the difference between average basic pay and total average earning of men and women by grade and job type, the difference between men's and women's starting salaries and reward components at different levels.

4.3. Equal Pay Audits

In order to encourage employers to promote equal pay, the EHRC includes in its Statutory Code of Practice (see section 1 above) a section detailing good equal pay practice. In particular, it sets out a model for carrying out an **equal pay audit**, with detailed instructions on the EHRC website on how to conduct an audit.⁶⁶⁴ The EHRC recommends a five-step equal pay audit model comprising the following: step 1 – decide the scope of the audit and identify the information required; step 2 – determine where men and women are doing equal work; step 3 – collect and compare pay data to identify any significant pay inequalities between roles of equal value; step 4 – establish the causes of any significant pay inequalities and assess the reasons for them; step 5 – develop an equal pay action plan to remedy any direct or indirect pay discrimination.

Although conducting such an audit is **not mandatory**, the EHRC says that it demonstrates appropriate action to identify and eliminate gender pay discrimination.

⁶⁶¹ Section 78(5) EqA 2010.

⁶⁶² HM Government, The Equality Strategy – Building a Fairer Britain (December 2010) available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/85299/equality-strategy.pdf (14.03.2013).

⁶⁶³ HM Government, Equalities Office, Addressing Gender Equality: "Think, Act, Report" (September 2011) available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/85569/think-act-report-framework.pdf (14.03.2013).

⁶⁶⁴ Equal pay audit toolkit, available at <http://www.equalityhumanrights.com/advice-and-guidance/tools-equal-pay/equal-pay-audit-toolkit/> (14.03.2013).

4.4. Advisory, Conciliation and Arbitration Service

A further tool encouraging equal pay for equal work that included in the **services and guidance provided by ACAS** (the Advisory, Conciliation and Arbitration Service), a non-departmental body largely funded by the UK Government's Department for Business, Innovation and Skills.

Although not having any specific regulatory duties, ACAS can advise employers on how to structure a pay system and also offers training on evaluating different pay systems, implementing new pay and rewards systems and avoiding discriminatory pay systems.⁶⁶⁵

⁶⁶⁵ See ACAS, Pay and Reward: how ACAS can help, available at <http://www.acas.org.uk/index.aspx?articleid=2572> (14.03.2013).

K. ITALIE

1. Vue d'ensemble sur les mesures actives de l'Etat pour promouvoir l'égalité salariale entre hommes et femmes

1.1. Bases légales

L'art. 37, comma 1, della Costituzione italiana, specificando il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, afferma che: ***“La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore”***⁶⁶⁶.

Anche per l'influenza del diritto comunitario, che fin dall'inizio ha posto come principio fondamentale quello della parità di retribuzione tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro⁶⁶⁷, il legislatore italiano è intervenuto a rafforzare la tutela paritaria con la **legge 9.12.1977, n. 903**⁶⁶⁸, intitolata *“Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro”*, il cui art. 2 riconosce il diritto ad una pari retribuzione per prestazioni richieste uguali o di pari valore. Tale legge non ha tuttavia consentito di raggiungere l'obiettivo della parità sostanziale tra i sessi, in quanto ha previsto una tutela antidiscriminatoria esclusivamente repressiva e non ha invece garantito una piena rimozione degli ostacoli che il mercato e l'organizzazione del lavoro, nonché la società in generale, frappongono di fatto al raggiungimento della concreta uguaglianza tra lavoratore e lavoratrice (art. 3, comma 2, Cost.)⁶⁶⁹. In vista di tale obiettivo è stata emanata la **legge 10.4.1991, n. 125**, *“Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna”*, che prevede una serie di interventi promozionali riservati alle donne⁶⁷⁰.

A questi provvedimenti se ne sono aggiunti numerosi altri negli anni successivi tanto da rendere necessaria una razionalizzazione delle disposizioni in materia. Sono così stati emanati, dapprima il **D.Lgs. 11.4.2006, n. 198**, *“Codice delle pari opportunità tra uomo e donna”*⁶⁷¹, e, successivamente, il

⁶⁶⁶ La norma, peraltro, è stata inizialmente ritenuta di natura meramente programmatica, e conseguentemente priva di valore precettivo immediato: v. Treu, *Commento all'art. 37*, in *Comm. della Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1979, 149 ss.

⁶⁶⁷ Cfr. art. 141 TCE (ex art. 119 TCEE) e ora art. 157 TFUE; art. 23 Carta europea dei diritti fondamentali.

⁶⁶⁸ V. Treu, a cura di, *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, *Commentario alla l. n. 903/1977*, in *NLCC*, 1978, 156 ss.; MONTELLA, voce *Pari opportunità*, in *Dig. Pub.*, 2008, par. 6. Con la L. 903/1977 sono state trasposte nell'ordinamento italiano la **direttiva 75/117/CEE** del 10.2.1975 riguardante l'eliminazione di qualsiasi discriminazione in tutti gli elementi e le condizioni della retribuzione; la direttiva 76/207/CEE del 9.2.1976 riguardante la parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro. In argomento v. Roccella, Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 1995, 247 s.

⁶⁶⁹ GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2007, 172.

⁶⁷⁰ Le azioni positive consistono in un trattamento differenziato a favore di individui appartenenti a gruppi considerati sfavoriti, ciò al fine di porre rimedio a disuguaglianze preesistenti e radicate che non sono superabili attraverso un trattamento uguale formalmente neutro. V. AINIS, *Azioni positive e principio di uguaglianza*, in *GCost.*, 1992, 582 ss.; ASSANTI, *Azioni positive: confini giuridici e problemi attuali dell'uguaglianza di opportunità*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, 375; ANTONIOLLI DEFLORIAN, voce *Parità tra uomo e donna*, in *Dig. Civ.*, 2000, par. 6. Da un punto di vista giuridico questo tipo di intervento risulta problematico, in quanto richiede un «diritto diseguale»: v. Gaeta, Zoppoli, *Il diritto diseguale - la legge sulle azioni positive*, Torino, 1992.

⁶⁷¹ V. DE MARZO, a cura di, *Il codice delle pari opportunità*, Milano, 2007; BARBERA, a cura di, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007; GERMANO, *Il codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, in *Lav. nella giur.*, 2006, 32 ss.; SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità e tutela antidiscriminatoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 853 ss.

D.lgs. 25.1.2010, n. 5, che ha dato esecuzione alla direttiva 2006/54/CE, riguardante la *“attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego”*.

Ai sensi dell’art. 1 del citato Codice delle pari opportunità: *“1. Le disposizioni del presente decreto hanno ad oggetto le misure volte ad eliminare ogni discriminazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza o come scopo di compromettere o di impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo. 2. **La parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compresi quelli dell'occupazione, del lavoro e della retribuzione.** 3. Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato. 4. L'obiettivo della parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere tenuto presente nella formulazione e attuazione, a tutti i livelli e ad opera di tutti gli attori, di leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche e attività”*.

In linea con le acquisizioni della scienza giuridica in questa materia, il Codice distingue due modalità principali di discriminazione. In particolare dispone, all’art. 25, che costituisce: **“discriminazione diretta**, ai sensi del presente titolo, qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento, nonché l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento, che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga”; e **“discriminazione indiretta**, ai sensi del presente titolo, quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari”.

Entrando più specificamente nel tema delle norme sulla parità retributiva, queste sono contenute, in particolare, nell’**art. 28** del codice, **“Divieto di discriminazione retributiva”**: *“1. È vietata qualsiasi discriminazione, diretta e indiretta, concernente un qualunque aspetto o condizione delle retribuzioni, per quanto riguarda uno stesso lavoro o un lavoro al quale è attribuito un valore uguale. 2. I sistemi di classificazione professionale ai fini della determinazione delle retribuzioni debbono adottare criteri comuni per uomini e donne ed essere elaborati in modo da eliminare le discriminazioni”*.

Per eliminare tutte queste forme di discriminazione, il Capo IV del D.Lgs. 198/2006 disciplina talune modalità di **“Promozione delle pari opportunità”**, che prevedono l’adozione di *“azioni positive”*. L’art. 42 del Codice definisce le azioni positive quali *“misure volte alla rimozione degli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità”* che, *“nell’ambito della competenza statale, sono dirette a favorire l’occupazione femminile e realizzare l’uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro”*. Esse hanno, tra l’altro, lo scopo di *“superare condizioni, organizzazione e distribuzione del lavoro che provocano effetti diversi, a seconda del sesso, nei confronti dei dipendenti con pregiudizio nella formazione, nell’avanzamento professionale e di carriera ovvero nel trattamento economico e retributivo”*.

Le azioni positive possono essere promosse dal **Comitato nazionale per l’attuazione dei principi di parità di trattamento e di eguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici** e dai **Consiglieri di parità**, dai centri per la parità e le pari opportunità a livello nazionale, locale e aziendale, comunque denominati, dai datori di lavoro pubblici e privati, dai centri di formazione professionale, dalle organizzazioni sindacali nazionali e territoriali, anche su proposta delle rappresentanze sindacali

aziendali o degli organismi rappresentativi del personale del settore pubblico (art. 43 D.lgs. 198/2006)⁶⁷².

Bisogna tuttavia osservare che le azioni positive non si configurano quale obbligo dei datori di lavoro bensì quale mera facoltà⁶⁷³, sia pure **incentivata**, e pertanto ad esse non corrisponde alcuna pretesa della donna lavoratrice.

1.2. Institutions

Il Titolo II del D.lgs. 198/2006 disciplina le istituzioni che, a livello centrale e periferico, hanno il compito di garantire l'effettività della disciplina legislativa. Si tratta, in particolare:

- del **Presidente del Consiglio dei Ministri**, il quale ha il compito di *“promuovere e coordinare le azioni di Governo volte ad assicurare pari opportunità, a prevenire e rimuovere le discriminazioni, nonché a consentire l'indirizzo, il coordinamento e il monitoraggio della utilizzazione dei relativi fondi europei”* (art. 2 D.lgs. 198/2006)⁶⁷⁴;
- del **Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici**⁶⁷⁵. Istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ha il compito di promuovere la rimozione dei comportamenti discriminatori per sesso e di ogni altro ostacolo che limiti di fatto l'uguaglianza fra uomo e donna nell'accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, nelle condizioni di lavoro compresa la retribuzione, nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari collettive (artt. 8-11 D.lgs. 198/2006)⁶⁷⁶;
- dei **Consiglieri di parità nazionale, regionali e provinciali**, su cui v. *infra*, sub par. 2;

⁶⁷² V., ad esempio, il *Piano di azioni positive* per il triennio 2012-2014, elaborato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Tra gli obiettivi del piano figura quello di “Superare le condizioni, l'organizzazione e la distribuzione del lavoro che provocano effetti deversi, a seconda del sesso, nei confronti dei dipendenti con pregiudizio nella formazione, nell'avanzamento di carriera, ovvero nel trattamento economico retributivo”: v. http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/67C44476-8D37-4DF4-B2B0-C57E15A56419/0/Piano_Triennale_azionipositive_2012_14.pdf, p. 12.

⁶⁷³ Tranne in due casi: 1) per le amministrazioni dello Stato che hanno l'obbligo di preparare piani triennali di azioni positive (v. art. 48 D.lgs. 198/2006 e par. 4); 2) se si tratta di sanzioni applicate dal giudice a seguito del ricorso in giudizio proposto dal consigliere di parità regionale o nazionale in caso di discriminazioni collettive (v. art. 37 D.lgs. 198/2006 e par. 2 b.).

⁶⁷⁴ Con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 405 del 28.10.1997, è stato istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri il **Dipartimento per le Pari Opportunità**, che costituisce la struttura amministrativa e funzionale per la realizzazione delle politiche di parità governative ed assiste il Ministro per le pari opportunità. Ulteriori informazioni sulle competenze del Dipartimento sono reperibili al sito <http://www.pariopportunita.gov.it/index.php/istituzione-e-competenze>.

⁶⁷⁵ Per le materie diverse dal lavoro è competente la **Commissione per le pari opportunità tra uomo e donna**, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle Pari opportunità. V. <http://www.pariopportunita.gov.it/index.php/commissione-per-le-pari-opportunita>.

⁶⁷⁶ Il Comitato nazionale è composto dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, che ne è il Presidente, dal Consigliere nazionale di parità, da componenti designati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori, dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro, dalle associazioni del movimento cooperativo, dalle associazioni operanti nel campo della parità e delle pari opportunità nel lavoro. I componenti del Comitato durano in carica tre anni e sono nominati dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali. Al **Collegio istruttorio** è affidata l'istruzione degli atti relativi all'individuazione e alla rimozione delle discriminazioni e la redazione di pareri per il Comitato nazionale e per i Consiglieri di parità (art. 11 D.lgs. 198/2006).

- dei **Comitati unici di garanzia** per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni (art. 21, L. 4.11.2010, n.183)⁶⁷⁷, che operano presso le pubbliche amministrazioni e che sostituiscono, unificandoli, i Comitati per le pari opportunità⁶⁷⁸ e i Comitati paritetici sul fenomeno del mobbing. Il Comitato unico di garanzia esercita compiti propositivi, consultivi e di verifica nell'ambito delle competenze che gli sono demandate dalla legge⁶⁷⁹.

1.3. Projets de législation

Nonostante questo articolato sistema normativo e istituzionale l'auspicata parità salariale non è stata raggiunta e il divario retributivo tra i sessi resta ancora elevato come indicato dal Senato italiano in sede di esame del disegno di legge recante «Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita» sulla base di dati europei e dei dati ISTAT⁶⁸⁰.

2. Institutions

L'apparato istituzionale previsto e disciplinato dal D.lgs. 198/2006 ha il compito di promuovere la parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini **in tutti i campi**, compresi quelli dell'occupazione, del lavoro e della retribuzione (art. 1). Non risulta che esistano istituzioni specificamente ed esclusivamente rivolte alla tutela della parità salariale.

L'istituzione più significativa è quella dei **Consiglieri di parità** nazionale⁶⁸¹, regionali e provinciali⁶⁸², che svolgono funzioni di promozione e di controllo dell'attuazione dei principi di pari opportunità e non discriminazione fra uomini e donne nel lavoro⁶⁸³. Il Consigliere nazionale coordina la **rete nazionale dei Consiglieri di parità**, la quale opera al fine di rafforzare le funzioni dei Consiglieri di parità, di accrescere l'efficacia della loro azione, di consentire lo scambio di informazioni, esperienze e buone prassi⁶⁸⁴. Entro il 31 marzo di ogni anno il Consigliere nazionale di parità elabora un rapporto

⁶⁷⁷ Le modalità di funzionamento sono disciplinate dalle linee guida contenute nella Direttiva del 4 marzo 2011 emanata dal Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione e il Ministro per le Pari Opportunità, reperibile al sito http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/21/0589_Direttiva_PCM_4_marzo_2011- pari_opportunita.pdf.

⁶⁷⁸ I quali operavano dal 1986 presso le diverse Amministrazioni statali con il compito di promuovere azioni volte a creare condizioni di parità sostanziale delle lavoratrici e dei lavoratori, nell'ambito dei singoli luoghi di lavoro.

⁶⁷⁹ Per una elencazione esemplificativa dei compiti del Comitato unico di garanzia v. Direttiva del 4 marzo 2011 cit., § 3.2.

⁶⁸⁰ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00657340.pdf>. Ordine del Giorno n. G/3249/13/11 al DDL n. 3249, consultabile al seguente indirizzo web: <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Emendc&leg=16&id=662173&idoggetto=688910>.

⁶⁸¹ Il **Consigliere nazionale di parità** è nominato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro per le pari opportunità (art. 12 D.lgs. 198/2006).

⁶⁸² I **Consiglieri di parità regionali e provinciali** sono nominati, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro per le pari opportunità, su designazione delle regioni e delle province, sentite le commissioni rispettivamente regionali e provinciali tripartite di cui agli articoli 4 e 6 del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, ognuno per i reciproci livelli di competenza, sulla base dei requisiti di cui all'articolo 13, comma 1, e con le procedure previste dall'art. 12 D.lgs. 198/2006.

⁶⁸³ V. artt. 12-15 D.lgs. 198/2006.

⁶⁸⁴ Art. 19 D.lgs. 196/2008.

al Ministro del lavoro e delle politiche sociali e al Ministro per le pari opportunità sulla propria attività e su quella svolta dalla rete nazionale.

a. Les pouvoirs d'enquête et le devoir de coopérer

La legge pur non attribuendo al poteri di inchiesta attinenti alla parità retributiva, prevede che questo organo debba “verificare lo stato di applicazione della legislazione vigente in materia di parità”⁶⁸⁵. Inoltre, il Comitato può richiedere alla Direzione provinciale del lavoro di acquisire presso i luoghi di lavoro informazioni sulla situazione occupazionale maschile e femminile, in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione e della promozione professionale⁶⁸⁶.

Il **Consigliere nazionale** di parità può svolgere inchieste indipendenti in materia di discriminazioni sul lavoro⁶⁸⁷.

I Consiglieri di parità – nazionale, regionali e provinciali – **possono richiedere alle Direzioni regionali e provinciali del lavoro** territorialmente competenti di acquisire nei luoghi di lavoro informazioni sulla situazione occupazionale maschile e femminile, in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione e promozione professionale, delle retribuzioni, delle condizioni di lavoro, della cessazione del rapporto di lavoro, ed ogni altro elemento utile, anche in base a specifici criteri di rilevazione indicati nella richiesta⁶⁸⁸.

L'attività ispettiva in materia di lavoro e previdenza sociale è svolta dal personale ispettivo in forza presso le direzioni regionali e provinciali del lavoro che, nei limiti del servizio cui è destinato e secondo le attribuzioni conferite dalla normativa vigente, opera anche **in qualità di ufficiale di Polizia giudiziaria**⁶⁸⁹. Gli ispettori: a) vigilano sull'esecuzione di tutte le leggi in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, di tutela dei rapporti di lavoro e di legislazione sociale ovunque sia prestata attività di lavoro a prescindere dallo schema contrattuale, tipico o atipico, di volta in volta utilizzato; b) vigilano sulla corretta applicazione dei contratti e accordi collettivi di lavoro; c) forniscono chiarimenti intorno alle leggi sulla cui applicazione essi devono vigilare; d) vigilano sul funzionamento delle attività previdenziali e assistenziali a favore dei prestatori d'opera compiute dalle associazioni professionali, da altri enti pubblici e da privati, escluse le istituzioni esercitate direttamente dallo Stato, dalle province e dai comuni per il personale da essi dipendente; e) effettuano inchieste, indagini e rilevazioni, su richiesta del Ministero del lavoro e delle politiche sociali; f) compiono le funzioni che a esso vengono demandate da disposizioni legislative o regolamentari o delegate dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali⁶⁹⁰.

Nel silenzio della legge, il dovere di collaborazione dei datori di lavoro con gli ispettori si desume **implicitamente dai principi generali dell'ordinamento italiano in materia di funzioni ispettive e di inchiesta**.

⁶⁸⁵ Art. 10, lett. f, D.Lgs. 198/2006.

⁶⁸⁶ Art. 10, lett. h, D.Lgs. 198/2006.

⁶⁸⁷ Art. 15, comma 1-bis, D. lgs. 198/2006.

⁶⁸⁸ Art. 15, comma 4, D. lgs. 198/2006.

⁶⁸⁹ Art. 6 D.Lgs. 23 aprile 2004, n. 124.

⁶⁹⁰ Art. 7 D.Lgs. 124/2004.

b. La possibilité de saisir le juge

I comportamenti discriminatori spesso assumono un rilievo collettivo, che travalica la posizione della singola lavoratrice; ciò ha spinto il legislatore a riconoscere la legittimazione processuale in capo al Consigliere di parità, nella sua veste di organo istituzionalmente incaricato di promuovere, anche in sede giudiziaria, l'interesse generale alla parità di trattamento uomo-donna⁶⁹¹.

I **Consiglieri di parità regionali e il Consigliere di parità nazionale** nei casi di rilevanza nazionale, **sono legittimati ad agire in giudizio in caso di discriminazioni collettive** (art. 37 D.lgs 198/2006). In presenza di atti, patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti di carattere collettivo, in violazione, tra l'altro, del divieto di discriminazione retributiva, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni essi possono proporre ricorso davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro o al tribunale amministrativo regionale territorialmente competenti (comma 2), eventualmente anche in via d'urgenza (comma 4). Tale azione consente di ottenere una pronuncia che contenga, oltre all'accertamento delle discriminazioni e, se richiesto, alla condanna al risarcimento del danno anche non patrimoniale, l'ordine di definire un **piano di rimozione delle discriminazioni** da attuarsi secondo criteri anche temporali prefissati dal giudice⁶⁹². L'inottemperanza al provvedimento del giudice è punita con l'ammenda fino a 50.000 euro o l'arresto fino a sei mesi e comporta il pagamento di una somma di 51 euro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento da versarsi al Fondo nazionale per le attività dei Consiglieri di parità, nonché la revoca di eventuali benefici che siano stati accordati ai sensi dell'art. 41, comma 1⁶⁹³ (art. 37, comma 5).

L'esercizio dell'azione collettiva spetta al consigliere di parità ***iure proprio***. La sua legittimazione ad agire ha carattere pubblicistico e l'esercizio del potere di azione è doveroso e non facoltativo⁶⁹⁴.

Prima di agire in giudizio, il Consigliere di parità può "chiedere all'autore della discriminazione di predisporre un piano di rimozione delle discriminazioni accertate entro un termine non superiore a

⁶⁹¹ È stato però rilevato che i Consiglieri di parità, pur avendo la facoltà di agire in giudizio per conto delle lavoratrici discriminate, non possono avvalersi dell'Avvocatura dello Stato, né dispongono di fondi per ottenere la necessaria assistenza legale. In queste condizioni, non sorprende il fatto che poche siano state le cause intentate. V. *L'indagine del Senato sulla (non) attuazione della legge n. 125/1991 in materia di parità e azioni positive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3/1996, 126 s.

⁶⁹² In arg. v. SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità e tutela antidiscriminatoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2007, 853 ss.

⁶⁹³ L'accertamento di discriminazioni nelle condizioni di lavoro poste in essere da soggetti ai quali siano stati accordati benefici ai sensi delle vigenti leggi dello Stato, ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o forniture, viene comunicato immediatamente dalla direzione provinciale del lavoro territorialmente competente ai Ministri nelle cui amministrazioni sia stata disposta la concessione del beneficio o dell'appalto. Questi adottano le opportune determinazioni, ivi compresa, se necessario, la revoca del beneficio e, nei casi più gravi o nel caso di recidiva, possono decidere l'esclusione del responsabile per un periodo di tempo fino a due anni da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero da qualsiasi appalto. Tale disposizione si applica anche quando si tratti di agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero di appalti concessi da enti pubblici, ai quali la direzione provinciale del lavoro comunica direttamente la discriminazione accertata per l'adozione delle sanzioni previste. Tali disposizioni non si applicano nel caso in cui sia raggiunta una conciliazione ai sensi dell'art. 36, comma 1 e 37 comma 1.

⁶⁹⁴ DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, 380 s., 737 ss.; ID., *Tutela contro le discriminazioni (Dir. proc. civ.)*, in www.treccani.it, § 2.2. Secondo l'orientamento dottrinario e giurisprudenziale prevalente, la **legittimazione** ad agire riconosciuta agli enti esponenziali (tale è il consigliere di parità) è **esclusiva** e ad essa corrisponde un diritto soggettivo sostanziale dell'ente esponenziale: cfr. DONZELLI, *Azione Collettiva inibitoria*, in www.treccani.it, § 5.

centoventi giorni, sentite, nel caso di discriminazione posta in essere da un datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, le associazioni locali aderenti alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale. Se il piano è considerato idoneo alla rimozione delle discriminazioni, la consigliera o il Consigliere di parità promuove il **tentativo di conciliazione** ed il relativo verbale, in copia autenticata, acquista forza di titolo esecutivo con decreto del tribunale in funzione di giudice del lavoro⁶⁹⁵.

La lavoratrice o il lavoratore che ritengano di aver subito una discriminazione possono esperire un'azione individuale (artt. 36⁶⁹⁶ e 38 D.lgs. 198/2006), rispetto alla quale la figura del Consigliere di parità può assumere un qualche rilievo. Il Consigliere provinciale o regionale, può, infatti, proporre l'azione su delega dell'interessato e può intervenire in giudizio⁶⁹⁷.

Manca una regolamentazione dei rapporti fra azione collettiva ed azione individuale⁶⁹⁸.

c. D'autres pouvoirs et droits

Il **Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici**⁶⁹⁹ e i **Consiglieri di parità**⁷⁰⁰, svolgono, oltre ai compiti indicati in precedenza, **funzioni promozionali, propositive e di vigilanza**, che ricomprendono, essenzialmente, attività di informazione, di indirizzo sul tema della parità nei contesti lavorativi, di promozione dell'adozione di azioni positive da parte di amministrazioni pubbliche e di altri soggetti sociali, di verifica dello stato di attuazione della legislazione vigente in materia di parità e dei risultati della realizzazione dei progetti di azioni positive, di intervento mirato allo sviluppo ed al perfezionamento delle normative che direttamente incidono sulle condizioni di lavoro delle donne, di proposta in casi di controversie collettive. In particolare, il Comitato nazionale:

- elabora iniziative per favorire il dialogo tra le parti sociali, al fine di promuovere la parità di trattamento, avvalendosi dei risultati dei monitoraggi effettuati sulle prassi nei luoghi di lavoro, nell'accesso al lavoro, alla formazione e promozione professionale, nonché sui contratti collettivi, sui codici di comportamento, ricerche o scambi di esperienze e buone prassi⁷⁰¹;

⁶⁹⁵ Art. 37, comma 1, D.lgs. 198/2006. Cfr. AMATO, *La tutela giudiziaria contro le discriminazioni di genere*, § 4, in

http://www.provincia.cuneo.it/allegati/node/382/interventi_seminario_del_17_12_2009_amato_291_50.pdf: "La procedura delineata presuppone ... che l'Ufficio della Consigliera di Parità abbia avuto conoscenza (attraverso un referto degli ispettori del lavoro, una denuncia individuale, la lettura dei giornali, o altro) della eventuale esistenza di una discriminazione (collettiva); quindi, abbia condotto una (anche solo) sommaria istruttoria sulla questione, mediante, ades., richiesta di documentazione, abbia operato le sue verifiche ed utilizzato i servizi ispettivi della direzione provinciale del lavoro ...".

⁶⁹⁶ Si tratta di un'azione di accertamento mero volta ad ottenere la nullità della condotta discriminatoria ex art. 15, ultimo comma, L. n. 300 del 1970 (statuto dei lavoratori).

⁶⁹⁷ In arg. v. IERO, *Discriminazione di genere nel rapporto di lavoro pubblico e ruolo del Consigliere di parità*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 10/2011, 1051.

⁶⁹⁸ MARUFFI, *Recenti sviluppi della tutela contro le discriminazioni di genere*, in *Riv. dir. proc.*, 4/2008, 1065 s.: la tendenza è quella di estendere gli effetti della sentenza resa nel procedimento collettivo nelle liti individuali *secundum eventum litis*. La questione di diritto o di fatto a rilevanza ultraindividuale risolta dal giudice deve poter essere invocata dai soggetti colpiti dalla condotta illecita pluri-offensiva. Sul tema, v. DONZELLI, *Azione Collettiva inibitoria*, cit., § 7, ID., *La tutela giurisdizionale*, cit., 660 ss.

⁶⁹⁹ V. art. 10 D.lgs. 198/2006. Ulteriori informazioni sono disponibili al sito: <http://www.lavoro.gov.it/Lavoro/md/AreaLavoro/tutela/comitatoNazionaleParita/>.

⁷⁰⁰ V. art. 15 D.lgs. 198/2006.

⁷⁰¹ Art. 10, lett. f-bis, D.lgs. 198/2006.

- elabora iniziative per favorire il dialogo con le organizzazioni non governative che hanno un legittimo interesse a contribuire alla lotta contro le discriminazioni fra donne e uomini nell'occupazione e nell'impiego⁷⁰²;
- provvede allo scambio di informazioni disponibili con gli organismi europei corrispondenti in materia di parità fra donne e uomini nell'occupazione e nell'impiego⁷⁰³;
- esprime parere sul finanziamento dei progetti di azioni positive, verificandone la effettiva realizzazione. A tal fine formula, entro il 31 maggio di ogni anno, un programma-obiettivo nel quale vengono indicate le tipologie di progetti di azioni positive che intende promuovere, i soggetti ammessi per le singole tipologie e i criteri di valutazione.

Consiglieri di parità:

- collaborano con le direzioni regionali e provinciali del lavoro al fine di individuare procedure efficaci di rilevazione delle violazioni alla normativa in materia di parità, pari opportunità e garanzia contro le discriminazioni, anche mediante la progettazione di appositi pacchetti formativi⁷⁰⁴;
- si occupano del collegamento e della collaborazione con gli assessorati al lavoro degli enti locali e con organismi di parità degli enti locali⁷⁰⁵;
- partecipano, quali componenti, rispettivamente, alla Commissione centrale per l'impiego e alle Commissioni regionali e provinciali tripartite previste dagli articoli 4 e 6 del D.lgs. 469/1997. I Consiglieri di parità partecipano altresì ai tavoli di partenariato locale ed ai comitati di sorveglianza di cui al regolamento (CE) n. 1260/99. I Consiglieri di parità regionali e provinciali sono componenti delle Commissioni di parità del corrispondente livello territoriale, ovvero di organismi diversamente denominati che svolgono funzioni analoghe. Il Consigliere nazionale è componente del Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici e del Collegio istruttorio. Egli, inoltre, coordina la rete nazionale delle Consigliere e dei Consiglieri di parità. I Consiglieri di parità sono pubblici ufficiali ed hanno l'obbligo di segnalazione all'autorità giudiziaria dei reati di cui vengono a conoscenza per ragione del loro ufficio⁷⁰⁶.

3. Mesures en place pour promouvoir la transparence salariale

Può essere inquadrata nell'ottica della promozione della trasparenza salariale la previsione secondo cui le aziende pubbliche e private che occupano **oltre cento dipendenti** sono tenute a redigere un **rapporto** almeno **ogni due anni sulla situazione del personale** maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione, tra l'altro, allo stato della retribuzione effettivamente corrisposta. Tale rapporto è trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e al Consigliere regionale di parità, che elaborano i relativi risultati trasmettendoli al Consigliere nazionale di parità, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali e al Dipartimento delle pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri. In caso di inottemperanza si applica una sanzione amministrativa⁷⁰⁷, nei casi più gravi può essere disposta la sospensione per un anno dei benefici contributivi eventualmente goduti dall'azienda (art. 46 D.Lgs. 198/2006).

⁷⁰² Art. 10, lett. g-bis, D. lgs. 198/2006.

⁷⁰³ Art. 10, lett. i-bis, D. lgs. 198/2006.

⁷⁰⁴ Art. 15, comma 1, lett. f, D. lgs. 198/2006.

⁷⁰⁵ Art. 15, comma 1, lett. i, D.LGS. 198/2006.

⁷⁰⁶ Art. 13, comma 2, D.LGS. 198/2006.

⁷⁰⁷ Da lire duecentomila a lire un milione: art. 11 D.P.R. 19.3.1955, n. 520, richiamato dall'art. 46, comma 4, D.lgs. 198/2006.

È previsto, inoltre, che il Ministro del lavoro e delle politiche sociali presenti in Parlamento, almeno ogni due anni, d'intesa con il Ministro per le pari opportunità, una **relazione** contenente i risultati del monitoraggio sull'applicazione della legislazione in materia di parità e pari opportunità nel lavoro e sulla valutazione degli effetti delle disposizioni del Codice delle pari opportunità (art. 20 D.Lgs. 198/2006).

4. Autres mesures pour inciter les employeurs à promouvoir l'égalité des salaires

Specifiche previsioni disciplinano le **azioni positive nelle pubbliche amministrazioni** (art. 48 D.LGS. 198/2006⁷⁰⁸) e le **azioni positive nel settore radiotelevisivo** (art. 49 D.lgs. 198/2006).

In particolare, in questo settore, si prevede l'obbligo di redazione di un rapporto che indichi specificamente l'esistenza o meno di una discriminazione tra impiegate e impiegati, in merito alla remunerazione effettiva (cfr. art. 49 D.lgs. 198/2006: *"1. La concessionaria pubblica e i concessionari privati per la radiodiffusione sonora o televisiva in ambito nazionale, promuovono azioni positive volte ad eliminare condizioni di disparità tra i due sessi in sede di assunzioni, organizzazione e distribuzione del lavoro, nonché di assegnazione di posti di responsabilità. 2. I concessionari di cui al comma 1 redigono, ogni due anni, un rapporto sulla situazione del personale maschile e femminile in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli e della remunerazione effettiva da trasmettere alla Commissione per le pari opportunità fra uomo e donna di cui al libro I, titolo II, capo II"*).

⁷⁰⁸

Art. 48 D.lgs. 198/2006 : *"1. Ai sensi degli articoli 1, comma 1, lettera c), 7, comma 1, e 57, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le province, i comuni e gli altri enti pubblici non economici, sentiti gli organismi di rappresentanza previsti dall'articolo 42 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 ovvero, in mancanza, le organizzazioni rappresentative nell'ambito del comparto e dell'area di interesse, sentito inoltre, in relazione alla sfera operativa della rispettiva attività, il Comitato di cui all'articolo 10, e la consigliera o il Consigliere nazionale di parità, ovvero il Comitato per le pari opportunità eventualmente previsto dal contratto collettivo e la consigliera o il Consigliere di parità territorialmente competente, predispongono piani di azioni positive tendenti ad assicurare, nel loro ambito rispettivo, la rimozione degli ostacoli che, di fatto, impediscono la piena realizzazione di pari opportunità di lavoro e nel lavoro tra uomini e donne. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 57, decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165"*.

L. LUXEMBOURG

1. Vue d'ensemble sur les mesures actives de l'Etat pour promouvoir l'égalité salariale entre hommes et femmes

1.1. Situation au Luxembourg

Selon un arrêt de principe⁷⁰⁹ datant de 1997, le droit du travail luxembourgeois n'impose aucunement un traitement égal entre tous les salariés⁷¹⁰. Néanmoins un projet de loi no 2392/3 du 10 juillet 1981 mentionne que « du moment qu'une femme est capable, disponible et en mesure d'exécuter un travail égal à l'homme, c'est son droit le plus strict d'exiger un traitement identique à celui dont bénéficie le travailleur de sexe masculin » ; à noter que l'inverse est également valable⁷¹¹. La doctrine indique également qu'entre hommes et femmes, un travail de genre ou de valeur similaires doit donner droit à la même rémunération⁷¹².

D'après le site Internet du Ministère de l'Egalité des chances⁷¹³, l'écart du salaire brut moyen entre les hommes et les femmes au Luxembourg se situe à environ 10 %. Les taux varient cependant assez fortement selon les sources. La Commission européenne indique par exemple qu'en 2007 et 2008, l'écart de salaires au Luxembourg est passé de 10.7 % à 12.4 %⁷¹⁴ ; le site Internet du Ministère de l'égalité et des chances, mis à jour en date du mois d'août 2012, indique un taux officiel de l'écart entre un salaire d'homme et de femme d'environ 12 %⁷¹⁵. Ces chiffres font du Luxembourg l'un des États de l'Union européenne ayant réussi à réduire le plus notablement l'écart de salaire entre hommes et femmes ; en 1999, deux études ont en effet réussi à prouver que cet écart avoisinait les 28 %⁷¹⁶.

Ce résultat encourageant n'empêche pas le Luxembourg de combattre encore plus activement cet écart par la mise en place d'une base légale appropriée, de mesures actives et d'institutions

⁷⁰⁹ Voir TT Luxembourg, du 6 mars 1997, no 1387/97 ; Résumé in J.-L. PUTZ, Discrimination au travail, Editions Promoculture, Luxembourg-Ville 2010, p. 410 : « Le principe d'égalité des rémunérations des salaires n'est pas consacré ni par la loi ni par la jurisprudence luxembourgeoise. Le principe de liberté contractuelle prévaut dans ce domaine en matière de droit du travail luxembourgeois, sauf à l'employeur de respecter les dispositions législatives garantissant notamment aux salariés un salaire minimum ou des suppléments minima de salaires en cas d'heures supplémentaires ou de travail pendant les jours fériés légaux et les accords retenus dans les conventions collectives de travail. Aucun principe consacré en droit du travail luxembourgeois n'interdit à un employeur d'accorder un avantage à certains salariés, comme il semble être le cas en l'espèce. Ainsi, n'est-il pas interdit à un employeur de s'assurer les services d'un salarié en lui accordant un supplément de salaire ».

⁷¹⁰ Voir J.-L. PUTZ, Id., no 384, p. 165.

⁷¹¹ Voir PUTZ J.-L., Id., no 532, p. 223.

⁷¹² Voir P. SCHILTZ & J.-L. PUTZ, Droit du travail – Mode d'emploi, 3^e édition, Editions Promoculture, Luxembourg 2009, p. 62.

⁷¹³ Disponible sous http://www.mega.public.lu/actions_projets/actions_positives/pourquoi/index.html (consulté pour la dernière fois le 13.11.2012).

⁷¹⁴ Voir Commission européenne, L'écart de rémunération entre femmes et hommes en Europe d'un point de vue juridique, Union européenne, 2010, p. 6.

⁷¹⁵ Disponible sous http://www.mega.public.lu/actions_projets/ecart_salaire/index.html (consulté pour la dernière fois le 13.11.2012); état du 8 août 2012.

⁷¹⁶ Voir Commission européenne, Égalité de rémunération – Échange de bonnes pratiques, Communautés européennes, Belgique, 2007, p. 56.

étatiques visant à rétablir la plus grande égalité possible entre les hommes et les femmes dans le domaine de l'emploi et quant à la fixation des salaires.

1.2. Bases légales pour promouvoir l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans le domaine de l'emploi, et plus particulièrement en matière de salaire

Le principe de l'égalité des hommes et des femmes en droits et en devoirs est consacré par l'art. 11 ch. 2 de la **Constitution luxembourgeoise**⁷¹⁷ (Cst-LU). Cette disposition impose également à l'Etat d'agir activement en ce sens que « l'État veille à promouvoir activement l'élimination des entraves pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes ». Cette dernière affirmation est également applicable à la promotion de l'égalité entre les deux sexes dans le monde du travail, et notamment en matière de rémunération.

En matière de droit du travail, l'égalité entre les hommes et les femmes possède une assise légale aux articles L. 241-1 ss du **Code du travail luxembourgeois**⁷¹⁸ (C.T.). Ces dispositions traitent respectivement du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le monde du travail (art. L. 241ss⁷¹⁹), du sexe sous-représenté (art. L. 242ss), des actions positives destinées à favoriser un sexe donné par rapport à l'autre (art. L. 243 ss) et de la charge de la preuve dans le cas de discriminations fondées sur le sexe (art. L. 244 ss).

La question de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de salaire est abordée à l'art. L. 241-2 ch. 3 C.T. ; il est précisé que les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement ainsi que le salaire, sont également soumises au principe de l'égalité de traitement. À noter que l'art. L. 241-10 C.T. attribue notamment à l'**Inspection du travail et des mines** la compétence de veiller à l'application du chapitre premier du Titre IV du Code du travail luxembourgeois, et donc a fortiori, de veiller à l'égalité salariale entre les deux sexes. L'art. 241-11 C.T. prévoit en outre la possibilité de **sanctions pécuniaires** allant de 251 à 2000 € contre l'employeur, ses préposés, ses mandataires ou toute personne qui diffuse ou publie des offres d'emploi ou des annonces relatives à l'emploi non conformes au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes malgré une injonction écrite de l'Agence pour le développement pour l'emploi. Nous sommes d'avis qu'une telle sanction pourrait également être envisageable pour une offre ou une annonce d'emploi qui ne respecterait pas un traitement égal entre hommes et femmes concernant leur rémunération respective.

À la législation précitée s'ajoute encore une base légale fondamentale pour assurer l'égalité de salaire entre hommes et femmes ; en plus de consacrer le principe, elle charge explicitement une institution étatique de **veiller à l'application effective** de ce dernier. En effet, le **Règlement grand-ducal du 10 juillet 1974 relatif à l'égalité de la rémunération entre les hommes et les femmes**⁷²⁰ impose aussi une égalité de la rémunération entre les deux sexes pour un même travail ou pour un travail de valeur égale. L'art. 5 du Règlement attribue à l'Inspection du travail et des mines la tâche

⁷¹⁷ Disponible sous : <http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/recueils/Constitution/Constitution.pdf> (consulté pour la dernière fois le 13.11.2012) ; état du 1^{er} octobre 2011.

⁷¹⁸ Disponible sous : http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code_travail/Code_du_Travail.pdf (consulté pour la dernière fois le 13.11.2012) ; état du 18 août 2012.

⁷¹⁹ L'art. L. 241-1 ch. 1 C.T. énonce que « toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial est interdite ».

⁷²⁰ Disponible sous <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1974/0056/a056.pdf#page=3> (consulté pour la dernière fois le 13.11.2012).

de veiller à son application effective. Ainsi, l'égalité de rémunération entre hommes et femmes est un des plus anciens principes en matière d'égalité introduit en droit du travail luxembourgeois⁷²¹.

Le **Code pénal luxembourgeois**⁷²² (C.P.) contient également des dispositions aux articles 454 et suivants rendant punissables les cas de discrimination dans le monde du travail, notamment sur base de critères liés au sexe de l'employé (art. 455 ch. 7). Bien que la législation pénale luxembourgeoise ne consacre pas explicitement une punissabilité en cas d'inégalité salariale entre sexes opposés, nous sommes d'avis que la notion de « conditions de travail » peut comprendre celle de « salaire », rendant ainsi potentiellement pénalement répréhensible des écarts de salaires trop importants entre les deux sexes.

Finalement, on peut encore mentionner les **conventions collectives de travail** en tant que source imposant l'obligation de respecter l'égalité de traitement entre hommes et femmes, et notamment l'égalité salariale. Les conventions collectives de travail sont regroupées par domaine d'activité et certaines d'entre elles ont été déclarées d'obligation générale par le gouvernement luxembourgeois, notamment en ce qui concerne les métiers du bâtiment et du transport de marchandises⁷²³. Des sujets très divers peuvent être traités par les conventions collectives de travail ; l'art. L. 162-12 C.T. dresse cependant la liste des différents thèmes devant être abordés lors de la négociation. A ce titre, les négociations collectives doivent obligatoirement porter sur « les modalités d'application du principe de l'égalité de salaire entre hommes et femmes » (art. 162-12 ch. 3 C.T.). De plus, les négociations peuvent facultativement porter sur la « mise en œuvre du principe de l'égalité de salaire entre les hommes et les femmes », c'est-à-dire notamment sur l'établissement d'un « plan d'égalité en matière d'emploi et de salaire » (art. 162-12 ch. 4 C.T.). En théorie, une convention collective de travail devrait donc être exempte d'éléments de discrimination envers les femmes. En pratique, il apparaît néanmoins que ces instruments constituent plutôt, en matière d'égalité des sexes, des déclarations de principe qui se contentent ordinairement de rappeler le principe général d'égalité de traitement, sans respecter l'obligation légale de prévoir des modalités d'application. Il est, de plus, démontré que les critères d'évaluation et de classification des fonctions tendent à favoriser les travailleurs masculins. Ainsi, il n'est pas rare que dans les faits les conventions collectives de travail contiennent des dispositions discriminatoires⁷²⁴. Comme le relève la doctrine⁷²⁵, on peut se demander si l'employeur peut être tenu responsable d'une discrimination qu'il n'a pas lui-même décidée mais qui s'est imposée à lui. Le droit luxembourgeois ne fournit malheureusement pas de réponse à cette question.

⁷²¹ Voir J.-L. PUTZ, *Discrimination au travail*, op. cit., no 534, n. 468, p. 224 ; À noter que « la législation luxembourgeoise ne prévoit aucune exception à ce principe. Il faut cependant admettre qu'en pratique, des exceptions peuvent être admises, à condition d'être objectivement justifiées. Ainsi, même si on ne peut postuler qu'avec l'ancienneté tout salarié fournisse un travail de meilleure qualité, il est néanmoins unanimement admis que le salaire peut augmenter avec l'ancienneté. De même, d'autres critères, comme les qualifications professionnelles, sont de nature à influencer sur les salaires, vu qu'en matière d'égalité, on ne peut comparer que des situations qui sont comparables ».

⁷²² Disponible sous http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code_penal/cp_L2T08.pdf (consulté pour la dernière fois le 05.11.2012); état du 1^{er} septembre 2012.

⁷²³ Les textes des conventions collectives de travail par branche sont disponibles sous <http://www.itm.lu/droit-du-travail/conventions-collectives-de-travail/conventions-collectives-de-travail-declarees-d-obligation-generale> (consulté pour la dernière fois le 26.11.2012).

⁷²⁴ Voir J.-L. PUTZ, *Discrimination au travail*, op. cit., no 794, p. 317.

⁷²⁵ Voir J.-L. PUTZ, *Discrimination au travail*, op. cit., no 794, p. 317-318.

2. Institutions

L'État luxembourgeois a mis en place différentes institutions afin d'assurer une application effective de la réglementation sur le travail.

L'Inspection du travail et des mines⁷²⁶ est la plus importante en la matière. Cette institution a, de par le Code du travail ainsi que le Règlement grand-ducal de 1974, pour tâche de veiller au respect de l'égalité entre sexes et des règles de non-discrimination. Nous pensons dès lors que les prérogatives de l'Inspection du travail et des mines en matière d'égalité de traitement entre femmes et hommes s'appliquent aussi en matière de salaire. Cet organisme assume un rôle de **médiation**, tout en disposant également d'importants droits de contrôle et de contrainte. Cependant, il n'intervient pas de manière préventive mais uniquement **sur plainte de salariés**⁷²⁷. L'Inspection du travail et des mines a notamment pour tâche, d'après l'art. L. 612-1 ch. 1 C.T., de fournir aussi bien aux employeurs qu'aux salariés des conseils juridiques, d'aider à résoudre des conflits sociaux individuels ou encore d'aviser le Procureur d'Etat en cas de constatation d'infractions dans les domaines relevant de sa compétence.

Le Ministère de l'Égalité des chances⁷²⁸ est également un des organismes étatiques les plus actifs en matière de promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes dans le domaine de l'emploi et de la rémunération. Il a notamment rédigé un **Plan d'action national de l'égalité** entre les hommes et les femmes 2009 - 2014⁷²⁹ ; le but de ce plan est notamment la continuation de la lutte contre les écarts de rémunération entre les hommes et les femmes ainsi que l'amélioration de l'équité socio-économique en ce qui concerne les femmes par l'instauration d'une véritable égalité des salaires. Une autre action effectuée par le Ministère est la publication d'un **Guide pour l'égalité des salaires** entre hommes et femmes⁷³⁰ destiné aux entreprises ; il permet à ces dernières de s'auto-évaluer en matière d'égalité de salaire, de revoir leur politique salariale respective ainsi que de garantir une politique salariale égalitaire à long terme entre le personnel féminin et masculin. Il propose également sur son site Internet un logiciel, le Logib-Lux⁷³¹, permettant à un employeur d'évaluer l'égalité salariale au sein d'une entreprise de plus de 50 salariés, c'est-à-dire d'estimer si le principe d'un salaire égal pour un travail égal ou de même valeur est en pratique bien respecté. Finalement, le Ministère joue également un rôle important dans la réduction des disparités entre les hommes et les femmes par le biais des « **d'actions positives** » dont il sera traité sous la question c concernant les autres mesures qui existe pour inciter les employeurs à promouvoir l'égalité des salaires.

Reste à citer **l'Agence pour le développement de l'emploi**⁷³², consacrée par l'art. L. 621-1 C.T., et régie par le Ministère luxembourgeois du travail et de l'emploi. Sa mission principale est de

⁷²⁶ Voir le site officiel de l'Inspection du travail et des mines, disponible sous <http://www.itm.lu> (consulté pour la dernière fois le 21.11.2012).

⁷²⁷ Voir J.-L. PUTZ, Discrimination au travail, op. cit., no 671 ss, p. 276 ss.

⁷²⁸ Voir le site Internet officiel du Ministère de l'égalité et des chances, disponible sous <http://www.mega.public.lu/ministere/index.html> (consulté pour la dernière fois le 21.11.2012).

⁷²⁹ Disponible sous : http://www.ungift.org/doc/knowledgehub/resource-centre/Governments/Luxembourg_National_Action_Plan_on_the_Equality_of_Men_and_Women_fr_2009_2013.pdf (consulté pour la dernière fois le 05.11.2012).

⁷³⁰ Disponible sous http://www.mega.public.lu/actions_projets/ecart_salaire/guide.pdf (consulté pour la dernière fois le 05.11.2012).

⁷³¹ Disponible sous http://www.mega.public.lu/actions_projets/ecart_salaire/index.html (consulté pour la dernière fois le 20.11.2012).

⁷³² Disponible sous <http://www.adem.public.lu/index.html> (consulté pour la dernière fois le 20.11.2012).

promouvoir l'emploi, notamment par le biais de l'aide et de l'accompagnement de personnes à la recherche d'un emploi, par la coordination et la formation des demandeurs d'emploi, ou encore par la promotion de l'emploi féminin, notamment en ce qui concerne l'accès à l'emploi.

a. Les pouvoirs d'enquête et le devoir de coopérer

L'Inspection du travail et des mines, qui fait partie du Ministère du Travail et de l'Emploi luxembourgeois, assume un rôle de médiation. En effet, selon l'article L. 612-1 (1) C.T., elle a pour mission de fournir aux employeurs et aux salariés des informations juridiques et techniques pratiques, et de prévenir ainsi que d'aplanir les conflits sociaux individuels. Tant l'employeur que le salarié peuvent s'adresser à l'Inspection du travail et des mines lorsqu'ils sont face à un problème de discrimination.

En outre, les membres de l'inspectorat du travail disposent d'un certain pouvoir de contrainte pour obliger l'employeur à se conformer à la législation en vigueur ; ils peuvent notamment inspecter les locaux et donner des injonctions⁷³³. Plus particulièrement, en vertu de l'art. 614-4 (1), ces personnes sont autorisées à procéder à tous les examens, contrôles ou enquêtes jugés nécessaires pour s'assurer que les dispositions légales, réglementaires, administratives et conventionnelles sont effectivement observées. Lorsque les membres de l'inspectorat du travail rencontrent des difficultés dans l'exercice de leurs pouvoirs de contrôle généraux, ils peuvent requérir le concours de la Police grand-ducale, qui leur prêtera main-forte ou assistance technique (art. L. 614-3 (4) et L. 614-4 (3)).

Le Ministère de l'Égalité des chances et l'Agence pour le développement de l'emploi n'ont, pour leur part, selon nos recherches, pas de réel pouvoir d'enquête ou de devoir de coopérer. En revanche, ils sont en charge de la promotion de l'égalité salariale comme nous avons pu le voir précédemment.

b. La possibilité de saisir le juge (et dans quelles conditions)

Bien qu'ils possèdent une importance majeure en matière de promotion et de réalisation de l'égalité entre les hommes et les femmes, l'Inspection du travail et des mines, le Ministère de l'égalité des chances et l'Agence pour le développement de l'emploi **ne peuvent pas agir en justice**⁷³⁴. Ces institutions ont surtout un pouvoir d'action actif pour la réalisation du principe de l'égalité entre les hommes et les femmes au travail ainsi que pour sa promotion. Elles ont également le pouvoir d'initier divers projets afin d'encourager les employeurs à instaurer de façon effective un principe d'égalité au sein de leur entreprise.

Par contre, en vertu des art. L. 241-5 et L. 241-6 C.T., toute association sans but lucratif d'importance nationale dont l'activité statutaire consiste à combattre la discrimination, qui jouit de la personnalité juridique depuis au moins un an à la date des faits, et qui a été préalablement agréée par le ministre de la Justice, ainsi que toutes les organisations syndicales justifiant de la représentativité nationale

⁷³³ Art. L. 614-3 et L. 614-4 C.T. : Voir aussi, J.-L. PUTZ, *Discrimination au travail*, op. cit., no 673, p. 277.

⁷³⁴ Le Centre pour l'égalité de traitement est un organisme ayant pour but d'aider les victimes de discriminations, en leur prodiguant des conseils et une certaine orientation, agissant alors comme un interlocuteur privilégié. L'organisation et les missions du Centre pour l'égalité de traitement sont prévues aux articles 9ss de la loi du 29 novembre 2006. L'article 12 (3) précise très clairement que les membres du Centre exercent leurs fonctions tout en veillant à ne pas intervenir dans les procédures judiciaires en cours. Cela est appuyé par les articles L. 253-2 et 253-4 C.T., indiquant les entités ayant la qualité d'ouvrir action devant les juridictions civiles ou administratives; il s'agit de la personne touchée par la discrimination de façon directe, ainsi que les associations sans but lucratif ou les syndicats, lorsque la victime agit par leur intermédiaire. Quant à l'Agence pour le développement de l'emploi, ses missions sont énumérées exhaustivement à l'art. L. 621-1 C.T. elle n'a pas la possibilité de saisir le juge : Voir J.-L. PUTZ, *Discrimination au travail*, op. cit., no 668, p. 275.

générale ou d'une représentativité dans un secteur particulièrement important de l'économie peuvent exercer devant les juridictions civiles ou administratives les droits reconnus à la victime d'une discrimination. Lorsque la discrimination a été commise à l'égard d'une personne déterminée, cette dernière doit déclarer par écrit ne pas s'opposer à l'action. De l'avis de la doctrine⁷³⁵, cette possibilité d'action dans le chef des associations et syndicats est une mesure efficace permettant d'éliminer les barrières pouvant entraver l'action à la justice.

c. Les autres pouvoirs ou/et droits de l'institution

Selon son rapport annuel 2011⁷³⁶, les **inspecteurs du travail et des mines** assument une fonction de médiation informelle pour tout litige individuel du travail. Pour ce faire, ils ont accès librement et sans avertissement préalable aux lieux de travail visés à toute heure du jour et de la nuit. Ils sont autorisés à prendre l'identité et à photographier toute personne se trouvant sur leurs lieux de travail. Ils sont également habilités à exiger la présentation du permis de travail. Ils peuvent procéder à tous les examens, contrôles ou enquêtes jugés nécessaires pour s'assurer que les dispositions légales, réglementaires, administratives et conventionnelles sont observées. Ils ont le pouvoir d'obliger l'employeur à informer d'une manière adéquate tous les salariés, par l'affichage ou par tout autre moyen de communication approprié, quant aux dispositions légales, réglementaires, administratives et conventionnelles, aux circulaires relatives au droit du travail ou à la sécurité et la santé des salariés et aux consignes de sécurité rédigées ou graphiquement reproduites. De plus, les inspecteurs sont autorisés à ordonner des mesures d'urgence à des fins de régularisation ou de cessation de violation du droit du travail.

3. Mesures en place pour promouvoir la transparence salariale

Il ne semble pas exister de mesures directes pour consacrer de fait une transparence des salaires. Toutefois, deux instruments permettent de parvenir à ce résultat de manière indirecte. D'abord, lorsqu'un employeur désire entreprendre un projet d'action positive, il doit se soumettre à une procédure comportant plusieurs étapes et contrôlée par différentes institutions ; par ce moyen, il est ainsi possible de déterminer si l'entreprise pratique une politique salariale égalitaire et le cas échéant si un écart important persiste entre les deux sexes. Ensuite, le Ministère de l'égalité des chances propose sur son site Internet un logiciel, le Logib-Lux permettant à l'employeur de calculer si l'égalité salariale entre sexes opposés est réalisée au sein de son entreprise. Ainsi, l'Etat peut se rendre compte par lui-même d'une part si l'employeur est transparent quant aux salaires qu'il verse à ses employés, et d'autre part si l'égalité entre salariés de sexes opposés est réalisée en fait.

4. Autres mesures existantes pour inciter les employeurs à promouvoir l'égalité des salaires.

Afin d'encourager les employeurs à amener une égalité salariale au sein de leur entreprise, le système luxembourgeois possède différents instruments. Dans le cadre des actions positives, l'Etat s'engage à fournir des aides ainsi que de subsides aux entreprises désireuses de lancer un projet d'actions positives. Bien que de tels subsides soient soumis à certaines conditions, ils peuvent certainement inciter des employeurs à essayer de réaliser au mieux l'égalité salariale entre les deux sexes au sein de leur entreprise.

⁷³⁵ J.-L. PUTZ, Discrimination au travail, op. cit., no 679, p. 280.

⁷³⁶ Disponible sous http://www.itm.lu/itm/rapport-annuel/rapport_annuelle_2011.pdf (consulté pour la dernière fois le 14.11.2012).

De plus, le Ministère de l'Égalité des chances a élaboré divers projets afin de favoriser l'égalité salariale entre les hommes et les femmes dans le milieu de l'emploi. Parmi les projets les plus importants figurent le Plan d'action national de l'égalité entre les hommes et les femmes 2009 - 2014 qui favorise la lutte contre l'inégalité salariale entre sexes opposés, et le Guide pour l'égalité des salaires entre hommes et femmes destiné aux entreprises qui permet à ces dernières de s'auto-évaluer en matière d'égalité salariale.

M. PAYS-BAS

1. Overview on Active State Measures to Promote Equality of Salaries

1.1. Legal Framework

The Dutch Constitution⁷³⁷ states in article 1 that all persons in the Netherlands shall be treated equally in equal circumstances. Discrimination on the grounds of religion, belief, political opinion, race sex, or any other ground whatsoever is considered to be illegal. The Dutch equal treatment regulations elaborate on this principle of non-discrimination. The different equal treatment laws are complex and prohibit unequal treatment in specific fields and on a limited number of grounds. In the context of this opinion, only the legislation relating to equal treatment of men and women with respect to their salaries will be analyzed.

The Equal Treatment Act of 1994 (*‘Algemene Wet gelijke behandeling’*) elaborates on the prohibition on discrimination enshrined in the Dutch Constitution. The Act stipulates that no one in the Netherlands may be treated unequally on one or more grounds of discrimination listed in article 1 of the Dutch Constitution. Discriminative grounds include religion, belief, political opinion, race, sex, nationality, sexual orientation and civil status. Moreover, the Equal Treatment Act prohibits unfair discrimination at work or in the exercise of a liberal profession.

With respect to the equality between men and women in the working environment, **the Dutch Civil Code** (*‘Burgerlijk Wetboek’*) sets out a basic rule in article 7:646 Dutch Civil Code. This article establishes a general prohibition for employers to discriminate between male and female employees in private law relationships.⁷³⁸

The Equal Opportunities Act of 1980 (*‘Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen’*) sets out detailed rules on the issue of employment equity, including equal pay for equal work (articles 7 - 12)⁷³⁹.

1.2. Institutions

Already in 1994, the Dutch Equal Treatment Commission was established in order to promote and monitor compliance with equal treatment laws. Its tasks were taken over by the Human Rights Institute, after a reorganization of several institutions following a report drawn up in 2007 by a consortium of the National Ombudsman, the Dutch Data Protection Authority, the Equal Treatment Commission and the Netherlands Human Rights Study and Information Centre (*‘Human rights oblige and connect’*)⁷⁴⁰. The recommendation to the Minister of the Interior and Kingdom Relations was to

⁷³⁷ The consolidated versions of all Dutch Acts can be found in Dutch on the official governmental website www.overheid.nl (07.02.2013).

⁷³⁸ Article 646 Dutch Civil Code (translated into English by H. Warendorf *et al.*, *The Civil Code of the Netherlands*, Kluwer Law International 2009):
An employer may not discriminate between men and women when entering into a contract of employment, providing training to an employee, fixing the terms and conditions of employment, granting promotion and giving notice of termination of the contract of employment.

⁷³⁹ Article 9 Equal Opportunities Act:
‘Voor de toepassing van artikel 7 wordt het loon van de belanghebbende werknemer geacht gelijk te zijn aan het loon dat een werknemer van de andere kunne voor arbeid van gelijke waarde pleegt te ontvangen, indien het is berekend op grondslag van gelijkwaardige maatstaven.’

⁷⁴⁰ Available in Dutch on:

arrive at a new human rights institute alongside the already existing organizations. In July 2009 the Dutch government decided to incorporate the Equal Treatment Commission into the new institute. In 2012 parliament adopted the new legislative proposal and on 1 October 2012, **the Human Rights Institute**⁷⁴¹ was established in the Netherlands.⁷⁴² The Human Rights Institute plays the most important role in promoting equality of salaries and will therefore be discussed more in detail below (2.).

In addition to the Human Rights Institute, also the **Dutch Ministry of Social Affairs and Employment** plays an important role for equality of salaries. In fact, one of its aims consists in protecting employees from unequal treatment on the workplace. This includes decreasing the unequal payment (which is prohibited by law, see above). The Ministry of Social Affairs and Employment provides information on their website on equal treatment at the workplace.⁷⁴³ The Ministry edits brochures and newsletters and organizes information campaigns on the topic of employment equity. Furthermore, the Ministry subsidizes privately run projects from other organizations. Special programs have been developed in collaboration with other ministries, the (former) Equal Treatment Commission, the Royal Association MKB Nederland (medium and small-sized businesses) and various NGO's.

In addition, to find out where unequal payment takes place, research is considered necessary. Before, the Labour Inspectorate ('*Arbeidsinspectie*')⁷⁴⁴ did this research but since 2008, the ministry asked the **Central Statistics Office of the Netherlands** ('*Centraal bureau voor de statistiek*') to perform this research.⁷⁴⁵ The data for this research are obtained by the salary certificates from the Dutch tax authority combined with different data bases from governmental authorities like the Municipal General Administration ('*Gemeentelijke basisadministratie*').

The Ministry of Social Affairs and Employment also has an **Inspection department** called the Inspectorate SZW. The Inspectorate started on 1 January 2012. The Inspectorate SZW is a combination of the organizations and activities of the former Labour Inspectorate, the Work and Income Inspectorate and the Social and Intelligence Investigation Service of the Ministry of Social Affairs and Employment. The Inspectorate SZW works for fair, healthy and safe working conditions and socio-economic security for everyone.⁷⁴⁶ People can contact the Inspectorate SZW for a complaint on the working conditions but as the information on the Inspectorate SZW states,

<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2007/04/18/mensenrechten-verbinden-en-verplichten.html> (04.02.2013).

⁷⁴¹ For more background information, the English Explanatory Memorandum Netherlands Institute for Human Rights Act can be found on:
[http://www.mensenrechten.nl/publicaties/zoek?categorie\[0\]=434558%2C434557%2C434559](http://www.mensenrechten.nl/publicaties/zoek?categorie[0]=434558%2C434557%2C434559) (07.02.2013). In this memorandum information on the funding costs and reasoning of establishing this Institute can be found.

⁷⁴² See for more information the official website of the Human Rights Institute www.mensenrechten.nl (also available in English ; 04.02.2013).

⁷⁴³ Please refer to the governmental website for more information and an overview of the information available:
<http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/gelijke-behandeling-op-het-werk?#ref-szw> (04.02.2013).

⁷⁴⁴ Since 1 January 2012, the Labour Inspectorate does not exist anymore. It is now called the Inspectorate SZW.

The last report, published in 2010 on information dating from calendar year 2008 is available in Dutch on <http://www.loonwijzer.nl/home/documents/gelijkloon/gelijk-loon-voor-gelijk-werk.pdf> (04.02.2013).

⁷⁴⁶ For an overview of the tasks of the Inspectorate SZW in English, see
<http://www.inspectieszw.nl/english/index.aspx> (05.02.2013).

promoting equal treatment is not listed as one of their priorities. For this reason, the Inspect5oreate SZW will not be treated below (2.).

Finally, in 2006, the Ministry of Social Affairs and Employment created a **taskforce ‘Equal Payment that works’** (*‘Werkgroep gelijke beloning, dat werkt!’*). The taskforce is a working group that aims to put and keep the subject ‘Equal Payment’ on the calendar. Important employers’- and employees’ organizations (VNO-NCW, MKB, FNV, CNV, MHP) together with the (former) Equal Treatment Commission, the Dutch Society for Works Councils, (*‘Nederlandse Vereniging voor Medezeggenschap’*), the Dutch Society of Municipalities (*‘VNG’*), the Business Strategy and Recruitment society (*‘Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement en Organisatieontwikkeling’*), the Ministry of Social Affairs and Employment and the Foundation on Salaries’ indicators (*‘Stichting Loonwijzer’*) work together in this taskforce. The taskforce has taken several initiatives that promote the equality of salaries in spite of the fact that it has been officially dissolution (cf. 4.).

2. Institutions

The Netherlands Institute for Human Rights Act dated 24 November 2011⁷⁴⁷ (*‘Wet College voor de rechten van de mens’*) sets out all the tasks and powers of the Human Rights Institute. According to chapter 2 of this Act, a special division (article 9⁷⁴⁸) investigates whether equal treatment law has been broken and can publish the findings and / or bring a legal action (articles 9-13 Netherlands Institute for Human Rights Act). Hereinafter this division will be referred to as **‘the Division on Equal Treatment’**.

a. Investigative powers and duty to cooperate

Investigative powers

The Division on Equal Treatment does not necessarily need to receive a request in order to investigate whether the equal treatment law has been broken. Article 10 par. 1 Netherlands Institute for Human Rights Act⁷⁴⁹ empowers the Division on Equal Treatment to conduct so-called

⁷⁴⁷ An official English translation of this Act can be found on:
<http://www.mensenrechten.nl/publicaties/detail/17477> (05.02.2013).

⁷⁴⁸ Article 9 Netherlands Institute for Human Rights Act :
A division of the Institute is responsible for performing the duties referred to in this chapter [‘Investigations and findings relating to equal treatment.’]

⁷⁴⁹ Article 10 par. 1 Netherlands Institute for Human Rights Act :
1. The Institute may, in response to a request in writing, conduct an investigation to determine whether discrimination as referred to in the Equal Treatment Act, the Equal Treatment (Men and Women) Act or article 646, Book 7 of the Civil Code has taken or is taking place, and may publish its findings. The Institute may also conduct an investigation on its own initiative to determine whether such discrimination is systematically taking place and may publish its findings.
2. A request in writing as referred to in subsection 1 may be submitted by:
(a) a person who believes that he/she is a victim of discrimination within the meaning of the Equal Treatment Act, the Equal Treatment (Men and Women) Act or article 646, Book 7 of the Civil Code;
(b) a natural or legal person or competent authority wishing to know whether it is discriminating within the meaning of the Equal Treatment Act, the Equal Treatment (Men and Women) Act or article 646, Book 7 of the Civil Code;
(c) a person responsible for deciding on a dispute concerning discrimination within the meaning of the Equal Treatment Act, the Equal Treatment (Men and Women) Act or article 646, Book 7 of the Civil Code;

‘investigations on its own initiative’ in case of a systematic infringement of the principle of non-discrimination.

In other cases, the Institute may only conduct an investigation in response to a **request**. A request may be submitted (in writing) by a person who believes to be the victim of discrimination according to the law, a person or authority who would like to know if it treats unequally, the person “responsible for deciding on a dispute concerning discrimination within the meaning of” the legislation (Section 10 (2) (c) Netherlands Institute for Human Rights Act), the works council, a foundation or association whose aim – laid down in the articles of association - is to guard the interest of a group of people who are considered to possibly suffer unequal treatment. For the latter two as well as for investigations undertaken on the initiative of the Institute, previous information of the possible victim is necessary, and in that case, victims cannot be involved in the investigation without their consent (section (10(3) Netherlands Institute for Human Rights Act).

The Division on Equal Treatment investigates. The **findings** of the investigation are notified in writing to the person who requested the investigation, the person that is found to be discriminating and, if relevant, the victim (section 11(1) Netherlands Institute for Human Rights Act⁷⁵⁰). With this notification, the Division on Equal Treatment can also provide **recommendations** to the one discriminating. According to section 11 (3) of this Act⁷⁵¹, the Division on Equal Treatment can also disclose their decision to the Ministries concerned, to employees’ and employers’ organizations and to other authorities.

An investigation is not started or will be **ended** if the request is not valid, the interest of the person requesting the investigation or the conduct is not severe enough or if in all reasonableness a certain time has passed since the conduct took place and now investigation cannot be requested anymore (section 12 Netherlands Institute for Human Rights Act⁷⁵²).

(d) a works council or comparable employee participation body which believes that discrimination within the meaning of the Equal Treatment Act, the Equal Treatment (Men and Women) Act or article 646, Book 7 of the Civil Code is taking place in the organization for which it was appointed;

(e) an association having full legal capacity or a foundation which, in accordance with its constitution, represents the interests of those whose protection is the objective of the Equal Treatment Act, the Equal Treatment (Men and Women) Act or article 646, Book 7 of the Civil Code.

3. If a request in writing as referred to in subsection 2 (d) and (e) names persons who are said to have been disadvantaged, or if an investigation conducted on the Institute’s own initiative relates to such persons, the Institute must inform the persons concerned of the planned investigation. The Institute is not authorised to involve persons as referred to in the previous sentence in the investigation or the evaluation if they have stated in writing that they object to such involvement.

⁷⁵⁰ Article 11 par. 1 Netherlands Institute for Human Rights Act :

The Institute institutes an investigation and forwards its findings, in writing and with reasons, to the petitioner, the person found to have discriminated and if relevant, the victim of discrimination.

⁷⁵¹ Article 11 par. 3 Netherlands Institute for Human Rights Act :

The Institute may forward its findings to such of Our Ministers as may be concerned, and to such organisations of employers, employees, professionals, public servants, consumers of goods and services and relevant consultative bodies as it believes relevant.

⁷⁵² Article 12 Netherlands Institute for Human Rights Act :

The Institute may not institute or must terminate an investigation if:

- a. the request referred to in section 10, subsection 2 is manifestly unfounded;
- b. the interest of the petitioner or the seriousness of the conduct concerned is manifestly insufficient;
- c. the time that has elapsed since the discrimination referred to in section 10 took place is such that an investigation can no longer reasonably be conducted.

Duty to cooperate

According to Section 6 Netherlands Institute for Human Rights Act⁷⁵³, the Human Rights Institute as well as people appointed by the Human Rights Institute can request all the information and information carriers which they reasonably need for fulfilling their tasks as Human Rights Institute.

Everybody is obliged to provide this information and information carriers truthfully and in the way and within the time frame prescribed by the Human Rights Institute. There are only few exceptions to this obligation: national security, the professional secrecy clause as well as the principle of non-self-incrimination (i.e. if complying would implicate that a family member of the person or the person himself, based on this information, would be exposed to the risk of conviction for an indictable offence).

According to Section 7 (1) Netherlands Institute for Human Rights Act⁷⁵⁴, the Human Rights Institute, if necessary for the fulfillment of their task, can start an **on-site investigation**. The Institute has access to every place, except a home without the consent of the person living there.

b. The possibility to go to court

Dutch employees who are allegedly victim of an unfair discrimination due to unequal payment can address their complaint to the Dutch courts. However, it is also possible for the Division on Equal Treatment to bring legal action.

According to section 13, the Division on Equal Treatment may also bring legal action with a view to obtaining a court ruling stating that a conduct contrary to the Equal Treatment Act, the Equal Opportunities Act or article 7:646 Civil Code, is unlawful. The Division on Equal Treatment can request the court to state that such conduct is prohibited or to order that the consequences are to be rectified (section 13 (1) Netherlands Institute for Human Rights Act). According to section 13 (2) Netherlands Institute for Human Rights Act the Division on Equal Treatment can, however, not proceed such legal action if the person affected by that conduct, **objects**.⁷⁵⁵

⁷⁵³

Article 6 par.1 and 2 Netherlands Institute for Human Rights Act :

1. The Institute and persons designated by it for this purpose may demand all information and documents that may reasonably be considered necessary for the performance of its duties.
2. Everyone is obliged to provide the information and documents demanded pursuant to subsection 1 in full and in accordance with the truth, and to do so in such manner and within such time limit as may be specified by or on behalf of the Institute.
3. Subsection 2 does not apply insofar as the provision of the information and documents concerned would be contrary to the interests of national security or violate a duty of official or professional secrecy. Nor does this obligation apply if, in doing so, the persons concerned would expose either themselves or a relation by blood or marriage in the direct or collateral line in the second or third degree or their present or former spouse or their present or former registered partner to the risk of conviction for an indictable offence.

⁷⁵⁴

Article 7 par.1 Netherlands Institute for Human Rights Act :

1. The Institute may institute an on-site investigation. It may gain access to all places, other than a dwelling without the consent of the occupant, insofar as this may reasonably be considered necessary for the performance of its duties.

⁷⁵⁵

Article 13 Netherlands Institute for Human Rights Act :

1. The Institute may bring a legal action with a view to obtaining a ruling that conduct contrary to the Equal Treatment Act, the Equal Treatment (Men and Women) Act or article 646, Book 7 of the Civil Code is unlawful, requesting that such conduct be prohibited or that the court order that the consequences of such conduct be rectified.
2. No conduct may form the subject of an action as referred to in subsection 1 if the person affected by that conduct objects.

c. Other powers and duties

As an alternative to bringing an action in court, victims of unequal conduct can **refer their dispute to the Division on Equal Treatment** for its opinion on the alleged violation. A procedure before the Human Rights Institute differs from a conciliation-procedure, because a third party to the dispute gives its opinion on the alleged discrimination. Although opinions of the Human Rights Commission are usually complied with, they only have a persuasive authority and are not legally binding.

Article 8 of the Netherlands Institute for Human Rights Act⁷⁵⁶ puts an obligation on the Institute to **publish** all investigation, reports and recommendations as well as all the advice referred to in article 5 of the same Act. There is also an obligation for the Institute to give the Minister of Social Affairs and Employment the possibility to discuss the investigations, reports, recommendations and advice.

More generally, most of the duties established in Section 3 of the Netherlands Institute for Human Rights might also be relevant in the present context, such as

- (b) to report on and make recommendations about the protection of human rights, including annual reporting on the human rights situation in the Netherlands;
- (c) to provide advice as referred to in section 5⁷⁵⁷;
- (d) to provide information and encourage and coordinate education about human rights;
- (e) to encourage research into the protection of human rights;
- (f) to cooperate on a systematic basis with civil society organisations and with national, European and other international institutions engaged in the protection of one or more human rights, for example by organising activities in partnership with civil society organisations;
- (g) to press for the ratification, implementation and observance of human rights treaties and for the withdrawal of reservations to such treaties;
- (h) to press for the implementation and observance of binding resolutions of international organisations on human rights;
- (i) to press for observance of European or international recommendations on human rights.

⁷⁵⁶

Article 8:

1. The investigations, reports and recommendations referred to in section 3 (a) and (b) and the advice referred to in section 5 must be published by the Institute.
2. Our Minister concerned must give the Institute the opportunity to discuss with him the investigations, reports, recommendations and advice.

⁷⁵⁷

Article 5 Netherlands Institute for Human Rights Act

1. The Institute advises, at the written request of Our Minister concerned or of either House of the States General, on acts, bills, orders in council, draft orders in council, ministerial orders and drafts of ministerial orders that relate directly or indirectly to human rights.
2. The Institute may, on its own initiative, advise Our Minister concerned or either House of the States General on acts, bills, orders in council, draft orders in council, ministerial orders and drafts of ministerial orders that relate directly or indirectly to human rights.
3. The Institute may, in response to a request in writing or on its own initiative, advise an administrative authority concerned or either House of the States General on draft binding resolutions of European and other international institutions that relate directly or indirectly to human rights and on policy that relates directly or indirectly to human rights.
4. The Institute may, in response to a request in writing or on its own initiative, advise an administrative authority concerned on generally binding regulations and drafts thereof, other than those referred to in subsection 1, that relate directly or indirectly to human rights.

3. Measures to promote transparency of salaries

The Minister of Social Affairs and Employment developed a **manual on gender-neutral job evaluation** that is freely available on internet (www.loonwijzer.nl, see also below, 4)⁷⁵⁸. This manual is an instrument to value job descriptions on a neutral basis in order to see if the remuneration policy that is linked to the job description can be considered gender neutral. There are checklists published with action plans for works councils and employers on the topic of equal pay and the elaboration of the quick-scan system to review an employers' remuneration policy for employees and employers themselves. There is a file called 'gelijk loon/equal payment' with references to (public and private) research on equal payment, other relevant website and information on the subject. Also different salary indicator lists ('loonwijzers') are available for certain groups: women

In addition to information provided by the governmental website of the Ministry of Social Affairs and Employment (www.rijksoverheid.nl) and the Netherlands Institute of Human Rights, the Minister of Social Affairs and Employment also would like to provide a **more active role for the Inspectorate SZW** in order to prevent unequal payment, as part of the employment conditions inspection they perform.⁷⁵⁹

Apart from an annual report, article 22 of the Netherlands Institute for Human Rights Act states that **every five years** the Institute must draw up a **report** of its findings on how this Act, the Equal Treatment Act, the Equal Opportunities Act and article 7:646 of the Civil Code operate in practice. This report needs to be forwarded to The Minister of the Interior and Kingdom Relations who needs to forward a report to the States General as soon as possible after receiving the report from the Institute (article 23 of the Netherlands Institute for Human Rights Act).

4. Other measures to promote equality of salaries

The **taskforce 'Equal Payment that works'** ('Werkgroep gelijke beloning, dat werkt!') mentioned above (1.2.) organized the first **Equal Payment Day** in the Netherlands in October 2006.⁷⁶⁰ In the beginning of 2007, the taskforce presented their **report** with recommendations called 'Equal Payment, now or never' to the Minister.⁷⁶¹ After this event, the taskforce was officially dissolved but unofficially the taskforce continues with their work and organizes almost every year another meeting with respect to the event of Equal Payment Day⁷⁶².

This taskforce also introduced the chapter **Equal payment** ('Gelijk Loon') on the Dutch website www.loonwijzer.nl initiated by the University of Amsterdam, recruiting agency Monsterboard and one of the most important employees' organization FNV. The website 'loonwijzer.nl' is part of the International Wage Indicator Network that is active in over 65 countries worldwide.⁷⁶³ On this

⁷⁵⁸ <http://www.loonwijzer.nl/home/salaris/gelijkloon/test-jezelf-of-je-bedrijf/sekseneutrale-functiewaardering> (07.02.2013).

⁷⁵⁹ Report on progress for reaching equal payment ('negende voortgangsrapportage gelijke beloning') from the Minister, available in Dutch on : <http://www.loonwijzer.nl/home/documents/gelijkloon/negende-voortgangsrapportage-gelijke-beloning.pdf> (05.02.2013).

⁷⁶⁰ A report of this day in Dutch can be found on : <http://www.loonwijzer.nl/documents/gelijkloon/verslag-24okt.pdf> (04.02.2013).

⁷⁶¹ The recommendations in English can be found on: <http://www.loonwijzer.nl/home/documents/gelijkloon/equalpay-recom-en.pdf> (04.02.2013).

⁷⁶² As far as our research showed, the last national Equal Payment Day took place on 31 March 2011.

⁷⁶³ See <http://www.wageindicator.org/main> (04.02.2013).

website, a **Dutch quickscan**⁷⁶⁴ is available. It is based on a program developed for doing a review an employer's remuneration policy with respect to equal payment between men and women (and between full- and partimers and/or between employees with a different nationality). Also, a lot of information is given on the subject equal payment, like a checklist for employees, employers and works councils on equal payment for men and women within a company, drafted by the Dutch Labour Foundation⁷⁶⁵.

In 2011 the (former) Equal Treatment Commission performed – on its own initiative - a large **research** in hospitals to find out why men, in general, earn more than women (the so-called '*loonkloof*') and what percentage of this difference is caused by unequal payment. The results have been used in different meetings and were presented to Human Resource Officers and managers within and outside the medical field. The Division on Equal Treatment now gives workshops about this subject to Human Resource Officers based on the illustrative research performed.⁷⁶⁶

⁷⁶⁴ <http://gelijkloontools.nl/qscan/>.

⁷⁶⁵ The Labour Foundation is a national consultative body organized under private law. Its members are the three peak trade union federations and three peak employers' associations in the Netherlands. The checklist is available in Dutch on: <http://www.loonwijzer.nl/home/salaris/gelijkloon/test-jezelf-of-je-bedrijf/checklist-stichting-vd-arbeid> (04.02.2013)

⁷⁶⁶ This report is available in Dutch on: <http://cgblive.ilumy.com/publicaties/detail/9898> (07.02.2013).

N. SUEDE

1. Allgemeine Übersicht

1.1. Rechtsgrundlagen

In der **schwedischen Verfassung** (*Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform*) von 1974 gemäss dem 2010 beschlossenen Wortlaut⁷⁶⁷ wird im 2. Kapitel (Grundfreiheiten und Grundrechte) das Diskriminierungsverbot in § 12 und 13 geregelt. Gemäss § 13 dürfen dabei Gesetze und andere Vorschriften keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorsehen, es sei denn diese diene der Gleichstellung von Mann und Frau⁷⁶⁸.

Das Diskriminierungsverbot wird im **Diskriminierungsgesetz von 2008** (*Diskrimineringslagen*, im folgenden DL)⁷⁶⁹ konkretisiert, wobei das Gesetz von 2008 das frühere Gleichheitsgesetz von 1991⁷⁷⁰ ersetzte. Das Diskriminierungsgesetz 2008:567 bezweckt gemäss 1:1, Diskriminierung zu verhindern und gleiche Rechte und Möglichkeiten unabhängig von Geschlecht, Ethnie, Religion, Behinderung, sexueller Einstellung oder Alter zu fördern. Dabei setzt das Diskriminierungsgesetz die EU-Richtlinien 2000/43, 2000/78, 79/7, 2004/113 und 2010/41 um.⁷⁷¹

Neben dem Diskriminierungsgesetz sind für die Gleichbehandlung insbesondere das **Gesetz über den Diskriminierungsombudsman**⁷⁷² sowie zwei Verordnungen⁷⁷³ in diesem Zusammenhang relevant (s. dazu 1.2. und 2.).

1.2. Grundsätze

Das Diskriminierungsgesetz enthält in 2:1 DL ein allgemeines Diskriminierungsverbot des Arbeitgebers gegenüber von Arbeitnehmern, Arbeitssuchenden, Praktikanten und Personen im Bereitschaftsdienst sowie von verliehenen Arbeitskräften, wobei positive Diskriminierung zugelassen ist (2:2). Gemäss der Lehre kann geschlechterspezifische Lohnungleichheit eine Diskriminierung darstellen, wenn bei vergleichbaren Arbeitsaufgaben Lohnunterschiede bestehen oder bei einzelnen Arbeitnehmenden ein so tiefer Lohn bezahlt wird, dass dieser als diskriminierend einzustufen sei.⁷⁷⁴ Geschlechtsbegründete Lohnunterschiede wurden anscheinend in der Rechtsprechung auch unter dem alten Recht nach einer Reihe von Vergleichskriterien beurteilt.⁷⁷⁵

Das Diskriminierungsverbot wird nicht nur in verschiedenen Bestimmungen konkretisiert (z.B. für Ausbildung, Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, Mitgliedschaft in bestimmten Organisationen, Gesundheits- und Sozialversicherungssystem, etc.), sondern das Diskriminierungsgesetz schreibt in seinem dritten Kapitel auch eine Reihe von aktiven Massnahmen vor, welche der Arbeitgeber

⁷⁶⁷ Lag 2010:1408.

⁷⁶⁸ Die Verfassungsbestimmung erwähnt zusätzlich noch die Wehrpflicht.

⁷⁶⁹ Diskrimineringslag SFS 2008:567.

⁷⁷⁰ Jämställshetslagen SFS 1991:433.

⁷⁷¹ Note * in G. Persson Härneskog & J. Malmberg, Karnov Kommentar zum Diskrimineringslag SFS 2008:567.

⁷⁷² Lag 2008 :568 om Diskrimineringsombudsmannen.

⁷⁷³ Förordning (2008:1328) med instruktion för Nämnden mot diskriminering; Férodrning (2008:1401) med instruktion för Diskrimineringsombudsmannen.

⁷⁷⁴ A. Karlsson, Diskrimineringslagen – en kommentar, 1. Auflage, Stockholm 2009, S. 62.

⁷⁷⁵ S. dazu ausführlich Karlsson, zit., 62 ff., mit Hinweisen auf Urteile von 1991 und 1995

ergreifen muss. Hier bestehen ausführliche Bestimmungen zu Lohnfragen: ab einer gewissen Grösse müssen Arbeitgeber regelmässig (dreijährlich) einerseits eine **geschlechterspezifische Überprüfung** der Löhne vornehmen und andererseits einen **Massnahmenplan** (*handlingsplan*) zur Gleichstellung von Löhnen erstellen (s. im Detail dazu 4.). Ganz allgemein ist der Arbeitgeber auch verpflichtet, einen **Gleichstellungsplan** zu errichten.

1.3. Institutionen

Das Diskriminierungsgesetz 2008/567 sieht als Aufsichtsbehörde über das Gesetz den **Diskriminierungsombudsman** (*Diskrimineringsombudsmannen*) vor (4:1 DL). In der Tat wurden die Aktivitäten und Befugnisse des auf der Grundlage der früheren Gesetzgebung operierenden Gleichstellungsombudsman (*Jämställdhetsombudsmannen*) per 1. Januar 2009 auf den Diskriminierungsombudsman übertragen.⁷⁷⁶ Währenddem der Gleichstellungsombudsman ausschliesslich für die geschlechterspezifische Gleichstellung zuständig gewesen war, ist Diskriminierungsombudsman für Diskriminierung auf der Grundlage von Geschlecht, Ethnie, Behinderung und Sexueller Orientierung zuständig, da nach Ansicht des schwedischen Gesetzgebers eine einheitliche Institution mehr Einfluss hatte.⁷⁷⁷

Neben der Aufsichtsfunktion über die Diskriminierungsgesetzgebung soll der Diskriminierungsombudsman sich auch ganz allgemein dafür einsetzen, dass Diskriminierung auf Grund von Geschlecht, ethnischer Zugehörigkeit, Religion, Behinderung, sexueller Ausrichtung und Alter in der Gesellschaft nicht mehr vorkommt, die Gleichheit fördern und die von Diskriminierung betroffenen Personen auf verschiedene Weise unterstützen.⁷⁷⁸ Er hat zudem einen allgemeinen **Informations- und Forschungsauftrag**, einen Auftrag zum Vorschlagen von Gesetzesänderungen und anderer Massnahmen gegen die Diskriminierung und pflegt Kontakt auf internationaler Ebene.⁷⁷⁹

Auch wenn der Diskriminierungsombudsman im Rahmen der Lohngleichheit umfassende Kompetenzen hat (s. ausführlich 2.), besteht noch eine Vielzahl anderer Institutionen welche im Kontext der Lohngleichbehandlung eine Rolle spielen. Auf der **Ebene der Regierung** ist in diesem Zusammenhang insbesondere die im Ausbildungsministerium angesiedelte **Gleichstellungsministerin** zu nennen, wobei auffällt, dass die Gleichstellung im Ausbildungsministerium und die Antidiskriminierung im Arbeitsmarkministerium angesiedelt sind. Gleichstellungsanliegen werden also von verschiedenen Ministerien wahrgenommen.

Ebenfalls zu erwähnen ist die von der Regierung im Jahre 2011 eingesetzte **Kommission für Gleichstellung im Arbeitsleben** (*Delegation för jämställdhet i arbetslivet, JA-Delegationen*), welche Informationen über die ungleichen Arbeitsbedingungen und Möglichkeiten für Frauen und Männer zusammenstellen und Vorschläge zur Förderung der Gleichstellung im Arbeitsleben und zur Verminderung der Lohnschere (lönegapet) zwischen Frauen und Männern ausarbeiten soll sowie zur Debatte über diese Themata beitragen.⁷⁸⁰ Ein Ausgangspunkt soll dabei insbesondere das schwedische Arbeitsmarktmodell sein, wo die Sozialpartner für die Lohnbildung verantwortlich sind.⁷⁸¹ Die Delegation sollte bis am 22. Februar 2013 einen ersten Bericht erstellen. Die Delegation

⁷⁷⁶ <http://www.do.se/sv/Om-DO/>

⁷⁷⁷ Karlsson, *Diskrimineringslagen – en kommentar*, p. 146.

⁷⁷⁸ § 1 und 2 Lag (2008:569) om Diskrimineringsombudsmannen.

⁷⁷⁹ § 3 Lag (2008:569) om Diskrimineringsombudsmannen.

⁷⁸⁰ Dir 2011:80 vom 6. Oktober 2011, s. dazu Pressemitteilung vom 10. Oktober 2011 der Arbeitsmarkts- und Ausbildungsdepartemente, verfügbar unter <http://www.regeringen.se/sb/d/15123/a/177584> (25.02.2013).

⁷⁸¹ S. Auftrag sowie Pressemitteilung vom 10. Oktober 2011, zit.

setzt sich aus Vertretenden der Wirtschaft, Gewerkschaften, der Verwaltung sowie der Akademie zusammen.⁷⁸²

Auf lokaler und regionaler Eben bestehen zudem von der nationalen Jugendbehörde (*Ungdomsstyrelsen, Swedish National Board for Youth Affairs*) sowie teilweise von lokalen Behörden und dem roten Kreuz finanzierte **Antidiskriminierungsbüros** (*antidiskrimineringsbyråer*), welche sich in einem Netzwerk zusammengeschlossen haben.⁷⁸³ Die Büros unterstützen Personen, welche sich als Opfer von Diskriminierung sehen, und bieten verschiedene Informationen und Weiterbildungen an.

2. Institutionen

Angeichts der Fragestellung wird im Folgenden lediglich der Diskriminierungsombudsman behandelt. In der Tat gehen die meisten aktiven staatlichen Massnahmen von dieser Institution aus. Dabei soll der Diskriminierungsombudsman in erster Linie versuchen, dass die Diskriminierungsgesetzgebung von den betroffenen Personen freiwillig befolgt wird (4:1 DL).

a. Untersuchungsbefugnisse und Zusammenarbeitspflicht

Alle Personen, welche das Diskriminierungsverbot befolgen müssen, sind dazu verpflichtet, dem Ombudsman auf dessen Begehren die **Angaben über die Verhältnisse am Arbeitsort** zu geben, welche für die Aufsichtsbefugnisse des Ombudsman von Bedeutung sein können (4:3 Ziff. 1 DL). Für seine Untersuchungen ist dem Diskriminierungsombudsman auch **Zutritt** zu den Arbeitsplätzen und anderen Arbeitsorten zu gewähren (4:3 Ziff. 3 DL). Hier scheint es insbesondere darum zu gehen, dass der Ombudsman das Ergreifen von aktiven Massnahmen (z.B. zur Beseitigung von Hindernissen) überprüfen kann, aber auch um Möglichkeiten der Zeugenbefragung.⁷⁸⁴

Ein Ombudsman kann einem Auskunftsgesuch einer **arbeitssuchenden Person**, welche nicht angestellt worden ist oder dem Gesuch einer Person, welche nicht befördert wurde, beitreten. In der Tat muss gemäss 2:4 DL ein Arbeitgeber auf Gesuch dieser Personen über die Ausbildung, Berufserfahrung und andere Gründe der berücksichtigten Person Auskunft geben. Falls der Ombudsman einem solchen Gesuch beitrifft, ist der Arbeitgeber verpflichtet, auch gegenüber dem Ombudsman Auskunft zu geben (4:3 Ziff. 2 DL).

Die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten der betroffenen Personen bestehen nicht, wenn **besondere Gründe** (*särskilda skäl*) **dagegen** sprechen (4:3 DL). In der Kommentarliteratur wird hier auf Aktivitäten im Bereich der Verteidigung, des Aussenministeriums oder auf bedeutende Geschäftsgeheimnisse hingewiesen, wobei die Ausnahmeklausel restriktiv gehandhabt werden sollte.⁷⁸⁵

Als eigentliche Pflicht zur Zusammenarbeit ist schliesslich eine Pflicht zur **Teilnahme an Gesprächen und Verhandlungen** zu nennen, welche das Gesetz ebenfalls vorschreibt (4:3 Ziff. 4 DL). Es handelt

⁷⁸² S. Pressemitteilung des Arbeitsmarktdepartements vom 10. Juli 2012, verfügbar unter <http://www.regeringen.se/sb/d/16308/a/196711>; sowie die Website der Delegation: <http://www.jamstalldhetiarbetslivet.se/sv/delegationen/vara-ledamoter> (22.02.2013).

⁷⁸³ S. Jahresbericht 2011 der Antidiskriminierungsbüros, verfügbar unter <http://www.adbsverige.se/> (22.02.2013).

⁷⁸⁴ Karlsson, Diskrimineringslagen, zit., S. 149.

⁷⁸⁵ Karlsson, Diskrimineringslagen, zit., S. 149 f.

sich dabei um ein Druckmittel, welches das Finden einvernehmlicher Lösungen in Diskriminierungsstreitigkeiten erleichtern soll.⁷⁸⁶

Zur Durchsetzung der Mitwirkungspflichten kann der Ombudsman anordnen, dass die Pflicht unter Androhung von einer **Busse** zu befolgen sei (4:4 DL). Ein entsprechender Beschluss kann allerdings vor dem Ausschuss gegen Diskriminierung angefochten werden (4:4 DL). Zudem muss die Busse danach von einem Gericht verhängt werden, wobei dieses auch die Angemessenheit der Busse (und dessen Betrag) überprüft (4:17 DL).

b. Möglichkeiten an das Gericht zu gelangen

Ein Ombudsman kann **mit Zustimmung der betroffenen Person** als Partei einen Diskriminierungsprozess führen (6:2 DL). Er wird in dieser Hinsicht gleich wie eine ideelle Vereinigung, welche die Wahrung der Interessen der Mitglieder als statutarischen Zweck vorgesehen hat und geeignet ist, die Einzelperson zu vertreten (6:2 Abs. 2 DL) behandelt. Allerdings besteht diese Befugnis nicht, wenn gemäss der Sondergesetzgebung eine Arbeitnehmerorganisation (Gewerkschaft) berechtigt ist, einen Prozess zu führen, ausser die Gewerkschaft verzichtet darauf (6:2 dritter Absatz DL). Dabei ist gemäss 6:2 DL dieser Prozess nicht auf die Feststellung der Diskriminierung und möglicher Schadenersatzansprüche beschränkt, sondern der Ombudsman darf auch andere Themen im Prozessgegenstand einbeziehen (insbesondere arbeitsrechtliche, z.B. zum Kündigungsschutz, Ferienanspruch, etc.).⁷⁸⁷

Im Zusammenhang mit dem Prozess ist die besondere Regelung zur Verteilung der **Beweislast** zu erwähnen, wonach das Opfer lediglich die faktischen Umstände der Diskriminierung nachweisen muss und danach ein Entlastungsbeweis möglich ist (6:3 DL)

c. Andere Befugnisse und Massnahmen

Die Gesetzgebung erwähnt es zwar nicht ausdrücklich, doch geht es aus den übrigen Befugnissen hervor, dass der Diskriminierungsombudsman Beschwerden von Einzelpersonen entgegennehmen kann, wobei er frei ist in seiner Entscheidung, diese zu untersuchen und allenfalls gerichtlich zu verfolgen.⁷⁸⁸ Er kann Einzelpersonen auch beraten und hat, wie bereits erwähnt (s. 1.3.), eine Reihe allgemeiner Pflichten (Information, Abklärungen, internationale Koordination).⁷⁸⁹

Schliesslich spielt der Ombudsman auch eine Rolle bei der **Durchsetzung der aktiven Pflichten der Arbeitgeber**, insbesondere bei Nichterstellung der dreijährlichen Lohngegenüberstellung und des entsprechenden Massnahmenplans, indem er beim Ausschuss gegen Diskriminierung das Verhängen einer Busse wegen Nichtbefolgen der Pflicht beantragen kann. Verzichtet der Ombudsman auf das Stellen eines entsprechenden Antrags, kann die mit dem Arbeitgeber in einer Kollektivvereinbarung verbundene Gewerkschaft einen Antrag stellen.

⁷⁸⁶ Karlsson, zit., S. 149.

⁷⁸⁷ Karlsson, zit., S. 168.

⁷⁸⁸ Siehe dazu <http://www.do.se/sv/Om-DO/> (22.02.2013).

⁷⁸⁹ S. auch die Brochüre: About the Equality Ombudsman, verfügbar unter <http://www.do.se/Documents/sprak/english/About%20the%20Equality%20Ombudsman.pdf> (22.02.2013).

3. Massnahmen zur Förderung der Lohntransparenz

Um die Gleichbehandlung am Arbeitsplatz zu fördern, muss der Arbeitgeber dreijährlich die Bedingungen und die praktische Handhabung aufzeichnen, die er in Hinblick auf Lohnfragen entwickelt hat. Ebenso muss er sämtliche Lohnunterschiede zwischen Männern und Frauen auflisten, die Tätigkeiten, die als gleichwertig anzusehen sind, verrichten, und dann bestimmen, ob ein Lohngefälle direkt oder indirekt mit dem Geschlecht der Arbeitnehmer zusammenhängt.⁷⁹⁰

Zusätzlich muss ein Arbeitgeber dreijährlich Rechenschaft über seine Anstrengungen zur Förderung der Gleichheit am Arbeitsplatz ablegen. Der veröffentlichte Bericht, ein sogenannter Gleichheitsplan, muss eine Übersicht der Massnahmen enthalten, die am Arbeitsplatz erforderlich sind, um die Gleichbehandlung sicherzustellen. Ebenso muss er die Schritte beschreiben, die der Arbeitgeber beabsichtigt, in den kommenden Jahren umzusetzen. Um seinen Zweck zu erreichen, müssen die Massnahmen und Ziele klar festgelegt werden, sodass ihre Verwirklichung möglich ist.⁷⁹¹ Die Pflicht zur Erstellung eines solchen Gleichheitsplans erstreckt sich auf Arbeitgeber, die 25 oder mehr Arbeitnehmer beschäftigen.⁷⁹²

4. Weitere Massnahmen

Der Diskriminierungsombudsmann hält auch Kontakt zu Behörden, Unternehmen und Organisationen, um zukünftige Diskriminierungen zu vermeiden. Dazu analysiert er die Gleichstellung von Frauen und Männern in der Gesellschaft, schlägt Ergänzungen und Änderungen der Gesetze vor und veröffentlicht Berichte zu diskriminierenden Strukturen in der Gesellschaft.⁷⁹³

⁷⁹⁰ Kapitel 3, § 10 des Diskrimineringslag SFS 2008:567.

⁷⁹¹ Karlsson, Diskrimineringslagen – en kommentar, p. 142.

⁷⁹² Kapitel 3, § 13 des Diskrimineringslag SFS 2008:567.

⁷⁹³ <http://www.do.se/sv/Om-DO/>

COMPARATIVE ANALYSIS

Introduction : country summaries

Germany is unusual among the countries studied in not having the principle of equal pay enshrined under any particular law. Instead, the principle of equal treatment is implicit in legislation-making, being provided for under the German constitution. A Federal Anti-Discrimination Agency has responsibility for addressing wider issues of sex discrimination, including pay discrimination, although it does not have the power to go to court or to act on behalf of victims of discrimination.

Australia is characterised by a somewhat fragmented system of equality and labour regulation, with a number of public bodies having the possibility – at the federal level alone – to engage in systemic efforts to address pay inequality as well as to deal with individual cases on equal pay, whether in a supporting role or as the arbiter itself. Significantly however, a recently created government agency has been specifically tasked with combatting the ‘pay gap’ by working with specific large employers.

Regulation of equal pay in **Austria** is specifically provided for by equal treatment legislation, recently reinforced to aid income transparency and by broader measures designed to implement a National Action Plan on gender equality in the labour market. The Equal Treatment Commission has a variety of enforceable powers of investigation, supported by an Equality Ombudsman which, notably, sends regional advocates to actively support those alleging violations of the equal treatment principle.

Belgium’s constitution enshrines the principle of equality, and is accompanied by specific legislation providing for equal treatment in the workplace. Individuals are offered a purportedly accessible complaints system for challenging equal pay and for being duly compensated, while systemic pay inequality is tackled in a variety of ways, including through ministerial injunctions, company reporting requirements and collective labour agreements. The main institution for gender equality does not however appear to have significant powers of inspection or inquiry.

In **Canada**, constitutional protection against pay inequality at the federal level only extends to public employees. At the state level, both Quebec and Ontario have specific pay equity legislation, each enforced by a number of government and independent institutions with powers of inspection and inquiry, some also with authority to resolve labour disputes. Systemic measures include requiring large employers required to implement pay equity plans designed to reduce the pay gap.

Denmark has a number of laws which potentially concern equal pay, including a specific Act on gender pay inequality. The main institution is a Human Rights Institute, which has amongst its duties, responsibility for enforcing equal pay law. It is not a fact finder however, but rather offers support to individual complainants and coordinates systemic efforts to improve equal pay. A separate specific body for equal treatment considers equal pay complaints and resolves disputes, but has similarly limited investigative powers. Large employers are required to report annually on salary and gender.

The **Spanish** constitution provides for equality between men and women, supported by various pieces of legislation concerning equality, including a 2007 law specifically addressing equality in the workplace. An inter-ministerial commission for equality coordinates policy across the government to promote equality, while specific labour inspection units have considerable powers of inspection, whether of their own volition or following specific complaints of discrimination, as well as the ability to seize the courts. Workers furthermore enjoy wide access to employers’ equality plans.

Currently based on legislation dating back to the 1960s, federal regulation of pay inequality is currently undergoing review in **the United States**, with various new measures proposed to address systemic issues. Current laws are principally about providing for individuals to claim compensation. Considerable support is offered by an Equal Employment Opportunity Commission which has wide

powers of investigation, judicial intervention and conciliation, as well as the ability to launch its own litigation. New laws will, among other things, promote transparency and improve use of class actions.

A key feature of **France's** regulation of pay inequality is the requirement on employers to actively negotiate with staff both on their salaries, as well as on measures designed to ensure equality in the work place. This obligation of employers is closely observed by labour inspectors who have wide-ranging powers of access to company premises and information. Enshrined in the Labour Code, pay equality is actively promoted by a number of governmental agencies, and governmental financial assistance is in certain circumstances available to employers seeking to reduce the pay gap.

The system operated by the **United Kingdom** is characterised by its simplicity: a single piece of legislation on equality, including provisions providing for equal pay, supported by a single government agency responsible for human rights and equality issues. Enforcement of equal pay largely continues on a claimant-led case-by-case basis, with systemic improvements mainly relying on voluntary compliance by employers with a non-binding Equality Code. Contractual "gagging clauses" which previously prevented employees from discussing their salaries have now been outlawed.

In **Italy** a variety of laws on equal pay exist, dating back to 1977. Its Equal Opportunities Code specifically prohibits pay discrimination, and even allows affirmative action to compensate for pay inequality. The principle of equal opportunities is controlled at a local level through a system of regionalised 'directorates' which are tasked with overseeing onsite inspections and taking collective legal action before courts. Enforcement is wide-ranging, with damages available for victims, the imposition of action plans on employers, conciliation and even criminal penalties.

Despite significantly reducing its pay gap over the past decade, **Luxembourg** law contains no specific law on equal pay, instead offering equal treatment protection generally under the terms of its Labour Code. A government inspectorate is responsible for ensuring compliance with equality rules with fines being issued for employers in violation of laws. It does not have the authority to sue employers on behalf of victims of pay inequality however, but does offer mediation services.

Like the UK, the **Netherlands** has a single Human Rights Institute responsible for enforcing equal treatment laws, including in relation to equal pay. The relevant government ministry nevertheless continues to have a strategic role in developing pay inequality initiatives. A division of the Human Rights Institute has broad powers of inspection and can also bring legal action of its own volition or following an individual complaint. Notably, as an alternative to court action, complainants can refer their dispute to this division for a non-binding opinion on the merits of their case.

In **Sweden**, a 2008 law consolidated anti-discrimination laws, and included specific provisions on pay inequality, requiring larger employers to undertake a gender analysis of salaries every three years and to establish an 'equality plan'. A Discrimination Ombudsman is tasked with inspecting employers suspected of pay discrimination, acting on behalf of complainants and prosecuting employers for non-compliance. It also has wider duties in promoting equality, including a policy making role.

Country	Gender Pay Gap 2011
EU27	16.2
Belgium	10.2
Bulgaria	13
Czech Republic	21
Denmark	16.4
Germany	22.2
Estonia	27.3
Ireland	13.9 (2010)

Country	Gender Pay Gap 2011
Greece	22.0 (2008)
Spain	16.2
France	14.7
Italy	5.8
Cyprus	16.4
Latvia	13.6
Lithuania	11.9
Luxembourg	8.7
Hungary	18
Malta	12.9
Netherlands	17.9
Austria	23.7
Poland	4.5
Portugal	12.5
Romania	12.1
Slovenia	2.3
Slovakia	20.5
Finland	18.2
Sweden	15.8
United Kingdom	20.1

Source: Eurostat 2011 except for EL (2008) and IE (2010).⁷⁹⁴

⁷⁹⁴

All figures quoted based on 2011 European Commission figures based on 2011 Eurostat data, available at http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-pay-gap/situation-europe/index_en.htm (25.07.2013).

1. Legal bases for principle of equal pay

The principle of equal pay between men and women is reflected in the legal systems of all fourteen states examined under this study. The legal basis for this principle varies between countries however. The majority of states, including **Australia, Belgium, Canada, Denmark, Spain, the United States, France, Italy and Luxembourg**, have specific legislation on equal pay, while for others, such as **Austria, Sweden, the Netherlands** and the **United Kingdom**, the principle is underpinned by a particular provision or article contained in a Civil Code or in broader legislation on equality, human rights or non-discrimination. **Germany** is an example of a country where the principle of equal pay is not explicitly stated in any law, but rather, is reflected in the general principle of equal treatment under the German constitution.

After many decades of development of the concept of equal pay, for example, from 'equal pay for equal work' to 'equal pay for work of equal value', as well as the introduction of various measures and different institutions for improving its implementation and enforcement, it is not surprising that many countries have a fragmented system of equal pay regulation. **Australia**, for example, has at least three pieces of legislation under which issues of pay inequality are potentially concerned, while the provisions of EU countries such as **Belgium, Italy, Luxembourg** and **Denmark** capable of touching on equal pay can be found in various orders, laws and labour codes, partly reflecting the volume of EU secondary legislation since the 1970s on equal pay, discrimination and working conditions.

With a view to improving the simplicity and user-friendliness of tools for addressing discrimination and pay inequality, a recent pattern appears to be for countries, like **Spain** and the **UK**, to seek to consolidate existing rules into a single piece of legislation on equality or employment protection. Where statistics are available on the disparity between the average earnings of men and women (expressed as a percentage and often referred to as the 'gender pay gap'), it can be seen that, ironically, some of the better performing countries (i.e., those with the smaller pay gap), such as **Belgium** (10.2%) and **Luxembourg** (8.7%), arguably operate the more complex legal frameworks for addressing the pay gap.

2. Institutions with responsibility for equal pay

The number and types of institution in each country with responsibilities relating to pay inequality also vary considerably. A single body operates in **Germany, Austria, the UK, the Netherlands** and **Sweden**, with a broad remit for overseeing the regulation of human rights, anti-discrimination measures and pay inequality. In countries such as **Belgium, Luxembourg, France, Spain** and also the **United States**, responsibilities relating to equal pay are broadly divided between two public agencies: one, with oversight of labour relations, and another with duties concerning the promotion of equality in general. In **Denmark** and **Canada**, equal pay is treated as a human rights issue, with inspection and enforcement responsibilities being split between a human rights institute and an equal opportunities or labour relations body. Although no country has a government body exclusively dedicated to equal pay, **Italy**, and more recently, **Australia**, are example of countries with institutions specifically working to reduce inequalities between men and women.

The broad range of institutions with duties relating to equal pay reflects not only the wide array of tools and enforcement mechanisms relied on by states to address issues of equality, but, arguably also illustrates the challenges faced by governments in tackling the gender pay gap – something which is treated as a matter of sex discrimination, broader inequality, labour relations or even human rights.

While it might be assumed that those countries which operate a single regulatory institution, viewing pay inequality as a broader question of inequality, are able to use resources to tackle the pay gap in a comprehensive and coordinated way, the statistics paint a different picture. Amongst EU member

states, **Belgium, Luxembourg, France and Spain** (where issues of pay inequality are addressed by bodies separately concerned with labour relations and equal opportunities) have gender pay gaps equal to, or less than the EU-27 average (of 16.2%). Of those states with a single regulatory agency, **Germany** (22.2%), **Austria** (23.7%), the **UK** (20.1%) and the **Netherlands** (17.9%) all have pay gaps greater than the EU-27 average, perhaps indicating that efforts to promote and enforce equal pay are being diluted by the broad remit that a single institution necessarily has.

2.1. Powers of institutions in relation to equal pay

Responsibilities of the various institutions with duties towards the principle of equal pay are diverse, depending on the measures provided for in each country. At one end of the spectrum, there are government agencies with specific duties to actively address wider systemic issues affecting equal pay, while at the other, the institution's role may simply be to support or offer advice to complainants in individual cases of discrimination or labour disputes. A number of countries operate institutions which have a quasi-judicial role in labour or equality disputes, or which offer conciliation and mediation services. Others have wide-ranging powers to bring equal pay cases of their own volition before civil courts, or to represent claimants in challenging suspected pay inequality and enforcing government or court orders against employers.

In the majority of countries studied, we see institutions with broad authority to investigate, conduct inquiries and to inspect employer's premises and documentation. In **France, Luxembourg, the Netherlands, Italy, Sweden and Spain**, among others, the competent institution has wide ranging authority to carry out on-site inspections of employers' premises. In other states, such as **Belgium and Germany**, the competent institutions appear to have only very limited powers of inquiry.

Efforts in **Austria** to reduce its significant pay gap have resulted in sweeping powers of inquiry being introduced under a government initiative designed to improve equal treatment, particularly in the workplace. Its Equal Treatment Commission even has the right to request salary details and other employee information from social security agencies where non-compliance with the equal treatment principle is suspected.

In the majority of countries, the relevant authority may conduct investigations of its own volition – the extent to which this possibility is relied on is, however, not clear. Where resources are available to do so, it undoubtedly provides an effective tool in those countries with measures designed to actively tackle systemic pay inequality to obtain the necessary spread of relevant information for determining whether pay inequality exists or if there is simply an isolated case - whether it be from within a particular company or across a particular industry. In other states, such as **Denmark**, only limited inquiries will only take place where a specific complaint has been made.

Most institutions would seem to have the ability to bring a suspected violation of the equal treatment principle before the courts, as is the case, for example, in **Austria, Belgium, France, the Netherlands, Sweden** and the **United States**. In certain countries there are institutions responsible for the promotion of equal pay which also have the authority to resolve disputes: in **Australia**, the Fair Work Commission not only acts as the national workplace relations tribunal, but also has investigatory powers; in **Canada**, equality institutions at both federal and state level have dispute resolution functions, and a similar system can be found in **Denmark**. A number of states, such as the **UK**, provide for the relevant institution to “intervene” in an individual's court proceedings (in effect, adding themselves as a party to the case) where the action may have wider consequences or involve novel questions of law. Other institutions may act in a supporting role, such as in **Austria**, where regional lawyers, known as Equality Advocates are made freely available by the state Ombudsman to represent individuals who challenge their employer.

Tackling systemic discrimination such as pay inequality within an organisation or across an industry, while at the same time, allowing victims to secure individual redress, is provided for in different ways by different states. One notable example is **Spain**, where the relevant body brings court action, whilst allowing individuals to join as parties to the case on the condition that they do not themselves seek suspension of the proceedings. **Italy**, on the other hand, provides its relevant institution with far-reaching powers to address collective pay inequality via the courts, while individual workers may still challenge on an individual basis should they wish.

Surprisingly, the relevant institutions of **Germany** and **Luxembourg** have no authority to enforce equal pay laws through the courts.

Other powers of such institutions are diverse, but there are number of typical functions common to a number of the countries studied. Mediation and conciliation services are seen in **Germany, Australia, Belgium, Spain, Italy**, and **Luxembourg**, for example, and most states' relevant institutions have an educational, advisory or research role. In the **Netherlands**, victims can refer disputes to the equal treatment division of the relevant institution for a non-binding opinion on the merits of their case, presumably helping to avoid unnecessary litigation. Countries where the relevant institution has a quasi-judicial function obviously have far reaching powers to remedy violations of the equal pay principle, including compensation for affected individuals, injunctions to prevent certain employer practices, or requiring the implementation by employers of legally enforceable equality action plans. In **Australia**, the relevant commission may even issue an "Equal Remuneration Order" potentially requiring entire industrial sectors or professions to, for example, re-adjust job classification or pay structures.

With considerable gender pay gaps having persisted in many developed countries fore decades despite formal recognition of the equal pay principle, legislative developments over the past 10 years in the majority of countries studied indicate that governments are increasingly recognising the need not just for measures designed to actively address pay inequality, but for properly resourced institutions with far-reaching investigatory and enforcement powers. The usually collective – and often hidden - nature of pay inequality means that providing the possibility for complainants to bring individual legal challenges is not effective in addressing the systemic issues underlying continued pay discrimination. The study confirms that countries which have unacceptable gender pay gaps, in particular, are equipping their specialised institutions with the tools needed to pro-actively tackle this.

3. Measures in place for promoting salary transparency

The large majority of countries examined impose some form of gender pay reporting requirement on employers, predominantly enforced through civil penalties for non-compliance. This usually only applies to larger employers (being those with a minimum number of employees – usually a minimum of 35 to 150, but in the **Sweden's** case, as few as 25), in recognition of the additional administrative burden it places on an organisation. In some cases, this is an annual requirement, but in others it may be as infrequent as every five years. Such reports are usually provided to the relevant government ministry, although in the case of **Italy** for example, it is made available to trade union representatives and regional directors of equality, and in **Spain**, to all staff. **Germany** and **Luxembourg** do not operate a reporting system, but operate a computer programme (known as Logib-D and Logib-Lux, respectively), enabling employers to determine and analyse pay inequality. The **UK** has legislated for gender pay reporting requirements on employers with 250+ staff, but has decided to not yet implement the relevant provision, preferring to permit voluntary corporate reporting for the time being.

The content of such reports ranges from simply producing gender divided salary statistics (as is the case in **Denmark** for example), to providing detailed analyses (sometimes as part of a separate, less

frequent reporting requirement) of their compatibility with the equal pay principle and action plans (some form of which is seen in countries such as **Austria, Belgium, Canada, Spain, France, the Netherlands and Sweden**). The latest example of a country adopting such measures is **Australia**, where one of the principal tasks of the newly created institution is to oversee the phased introduction of gender pay reporting, with custom-made minimum standards to be brought in over time for employers to improve gender equality outcomes.

A number of countries employ measures not seen widely among other states, which can be said to be novel or even radical. In **France**, employers are legally obliged to negotiate with staff representatives, on an annual basis, on staff salaries, taking into account equality as a guiding principle; they must furthermore actively diagnose reasons for any gender pay gap and specifically negotiate with staff representatives every three years on measures to promote workplace equality and measures to eliminate pay inequality. In **Austria**, a 2011 measure requires all job offers to contain collective agreement information on minimum wages and the possibility of negotiating an increase in pay; although not necessarily an equal pay measure, it is noted that in light of lower paid jobs predominantly being occupied by women, this transparency rule is capable of having a significant positive impact on the gender pay gap in Austria.

Another provision enhancing transparency is that seen in the **UK** and which is intended to remove the secrecy surrounding employee salaries: it prohibits the inclusion in employment contracts of “gagging” clauses which have traditionally prevented employees from discussing their salaries with one another. A similar rule is proposed in the **US**, where employees who disclose their pay will be protected from retaliation.

That so many of the measures designed to enhance pay transparency have only recently been introduced is perhaps an indication that countries have been slow to recognise that secrecy surrounding employee salaries remains a significant obstacle to reducing the gender pay gap. The phased introduction of reporting requirements and the fact they are commonly limited to large organisations also shows that governments are aware of the additional administrative burden this places on employers and arguably also reflects traditional concerns about economic competitiveness being undermined by additional bureaucracy. It is therefore, on one hand, perhaps unsurprising that pay transparency measures in many countries continue to be confined to a small number of large employers; it is, on the other hand, notable that states such as **France** and **Sweden** are taking such sweeping measures to promote pay transparency with a view to reducing workplace inequality.

4. Other measures encouraging employers to promote equal pay

The study reveals a wide range of other measures and initiatives taken by countries which extend from simply raising awareness of the gender pay gap to actively eliminating it. Many of the measures however, relate to equality and equal opportunities in general, rather than equal pay in particular.

Insofar as raising awareness is concerned, an “Equal Pay Day” takes place in many states, including **Germany, the Netherlands and the United States**. In 2013 in the US, this took place on 9 April, symbolising how far into 2013 women must work to earn what men earned in 2012.

Perhaps one of the more radical measures seen with a view to actively eliminating inequality is positive discrimination (also known as “affirmative action”) whereby employers are permitted, under certain conditions, to promote opportunities for under-represented sections of society. It is generally not understood to warrant, for example, enhanced pay for women over men, but can condone discrimination in certain circumstances, where it improves opportunities for women in professions and positions where they are typically under-represented. This can of course go some way towards tackling the underlying systemic reasons for pay inequality; **Belgium, Italy and Luxembourg** are examples of countries where it can be permitted. Interestingly, in Italy, a special rule applying only to

the broadcasting industry requires affirmative action by radio and TV licensees in the recruitment, promotion and training opportunities for their staff.

One initiative, seen in **France** and **Spain**, is the opportunity for organisations to be certified with an 'equality label', providing recognition of efforts to improve gender equality and where they excel in the application of equality policies. Another, found in **Austria** and the **US**, is that the text of relevant equality legislation and notices on employee rights are required to be displayed in easily accessible places for employees.

Many other initiatives, such as government-funded studies, statistics-gathering exercises and web-based employer guidance on equal pay are seen in one form or another across the majority of countries studied. Indeed, it is fair to say that reliance on awareness activities and non-binding, voluntary guidance continues to characterise the steps taken by many of the countries studied to address pay inequality. The study has nevertheless highlighted the extent of what is a relatively recent shifting pattern, not just in Europe but also in countries such as the **US** and **Australia**, towards the implementation of state measures designed to improve pay transparency and to actively address systemic pay inequality.

INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ

Dr. Lukas Heckendorn Urscheler
Vice-directeur

Annelot Peters
Collaboratrice scientifique