



Procédure de consultation
FER No 70-2015

Personnes responsables:
Mme Juliette Jaccard

Date de réponse:
2 mars 2016

Consultation sur le projet de modification de la loi fédérale sur l'égalité

La Fédération des Entreprises Romandes a pris connaissance du projet de modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (ci-après : LEg).

Elle rejette ce projet de modification, car celui-ci créerait de nouvelles obligations inacceptables pour les entreprises, à savoir :

- 1) Obliger les entreprises occupant au moins 50 travailleurs à effectuer tous les quatre ans à l'interne une analyse statistique des salaires (cf. art. 13a *Avant-projet* de la LEg) ;
- 2) Faire vérifier l'analyse des salaires par des tiers, qui pourraient être un organe de contrôle externe, ou une représentation interne ou externe des travailleurs (cf. art. 13c et 13d *Avant-projet* de la LEg);
- 3) Informer les travailleurs du résultat du contrôle dans le but de les aider à former des recours individuels contre leur employeur s'ils s'estiment discriminés (cf. art. 13g *Avant-projet* de la LEg);
- 4) Les sociétés cotées en bourse devraient en plus indiquer ces résultats dans leur annexe au bilan afin d'informer leurs actionnaires (art. 663c^{bis} *Avant-projet* du Code des obligations) ;
- 5) Les employeurs, qui n'auraient pas respecté leurs obligations en la matière, figureraient sur une liste noire accessible au public.

Si notre Fédération condamne vivement les discriminations salariales entre femmes et hommes, elle ne peut toutefois adhérer au projet soumis à consultation. Les raisons sont les suivantes :

1. Le projet de modification repose sur une prémisse inexacte

Le projet de modification soumis à consultation a été élaboré suite au constat que le principe de l'égalité salariale entre femmes et hommes n'est toujours pas réalisé 30 ans après son inscription dans la Constitution fédérale¹.

D'après l'enquête sur la structure des salaires de 2012, réalisée par l'Office fédéral de la statistique (OFS), la différence de salaire entre les femmes et les hommes dans le secteur privé s'élevait à 21,3% en défaveur des femmes. Or 40% de cette différence ne peuvent pas être expliqués par des motifs objectifs. Dès lors, l'Office fédéral de Justice (OFJ) « **suppose** qu'il s'agit de discrimination à raison du sexe »².

¹ Office fédéral de justice OFJ, *Projet de modification de la loi sur l'égalité : ouverture de la consultation*, Berne, 18 novembre 2015, p. 1.

² Ibidem.

Or, selon une étude de l'Université de Berne de 2015³, cette hypothèse ne résiste pas à une analyse scientifique plus précise. Le fait qu'une situation soit inexplicable n'équivaut pas forcément à une « discrimination »⁴. Les salaires sont fixés sur la base d'une multitude de qualifications et de compétence des salariées et salariés. Une comparaison des salaires implique la prise en compte de toutes ces informations. Mais les données salariales dont dispose l'OFS ne contiennent pas toutes les informations pertinentes pour la rémunération. L'enquête sur la structure des salaires de l'Office fédéral de la statistique demeure dès lors incomplète.

La prémisse sur laquelle repose le projet de modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes est donc scientifiquement contestée.

2. Les méthodes de contrôle statistiques des salaires ne sont pas fiables

Selon l'art. 13b al. 1 de l'*Avant-projet* de la LEg, l'analyse des salaires doit être effectuée selon une méthode reconnue.

Pour effectuer ces analyses, les entreprises peuvent utiliser le modèle standard de la Confédération. Le logiciel de statistique Logib (www.logib.ch) a été conçu à cet effet par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes et par la Conférence des achats de la Confédération (CA). Le modèle de la Confédération se compose de deux volets : une méthode statistique d'analyse de régression OLS semi-logarithmique et un modèle permettant d'expliquer le salaire des travailleurs par leurs caractéristiques individuelles de qualification (formation, ancienneté et expérience professionnelle potentielle), des caractéristiques liées au poste de travail (niveau des qualifications requises et position professionnelle) ainsi que leur sexe⁵.

Le Logib sert avant tout pour effectuer des analyses standards. Toutes les différences salariales sont réduites à une poignée de critères personnels et liés au poste de travail : âge, années de service dans l'entreprise actuelle, niveau d'exigence (quatre qualificatifs de « répétitif » à « exigeant ») et position professionnelle. Les différences salariales systématiques qui ne s'expliquent pas par ces critères sont en principe taxées de discriminatoires par Logib. Or, dans la courte liste de Logib, il manque d'importants facteurs déterminant le salaire. L'un d'eux est l'expérience professionnelle effective, qui n'est pas un facteur anodin⁶. Mais il manque aussi de l'information sur la branche d'activité, sur la performance/productivité ou sur le travail à temps partiel.

Cet outil d'analyse statistique n'est donc pas adapté pour vérifier le respect de l'égalité salariale⁷. En effet, quelle que soit la méthode d'analyse utilisée, elle ne peut tenir compte de l'évaluation de la prestation de travail effective qui doit pourtant impérativement entrer en ligne de compte dès lors qu'elle détermine pour une large part la « valeur » du travail. Les méthodes d'analyse ne permettent

³ B,S,S. & Université de Berne, *Différences de salaires entre hommes et femmes en Suisse, Bases méthodologiques, analyse bibliographique et évaluation des études réalisées*, Berne, avril 2015, p. xi.

⁴ Ibidem.

⁵ Office fédéral de la justice OFJ, *Rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité, LEg)*, p. 9.

⁶ Avenir Suisse, Marco Salvi en collaboration avec Monika Engler, Verena Parzer Epp, Patrik Schellenbauer et Claudia Wirz, *Parité salariale, le marché du travail n'est pas défaillant*, Zurich, novembre 2015, p. 38.

⁷ Ibidem.

pas non plus de tenir compte du comportement, des compétences sociales, de l'atteinte des objectifs, ni de l'expérience professionnelle effective des travailleurs⁸.

Dans la mesure où l'analyse statistique ne permet pas de tenir compte de tous les critères, la part inexplicée de la différence peut tout au plus rendre une discrimination vraisemblable, mais en aucun cas la prouver. L'employeur doit donc conserver la possibilité de démontrer que la part inexplicée s'explique en réalité parfaitement et se justifie pleinement⁹.

En effet, selon le Tribunal fédéral¹⁰, il n'est pas possible de déterminer **de façon scientifique** et sans jugement de valeur si différentes activités doivent être considérées comme « de valeur égale », car cela dépend de certains éléments d'appréciation. De plus, la garantie d'un salaire égal pour un travail de valeur égale **n'impose pas l'emploi d'une méthode déterminée** d'évaluation du poste de travail. Pour le Tribunal fédéral, pour comparer des activités différentes, il faut employer une série de critères d'évaluation, en prenant en considération **notamment la façon dont le travail est accompli** (évaluation des prestations).

Selon le Tribunal fédéral, il y a une discrimination salariale lorsque, à compétences égales, activités et performances égales, la rémunération des femmes et des hommes n'est pas égale au sein d'une entreprise. Or l'Administration fédérale parle déjà de discrimination lorsque la comparaison des salaires fournit une différence résiduelle inexplicable sur la base de ses propres critères, non exhaustifs, tels que l'âge, la formation ou le domaine d'activité. Le problème de cette approche est que, contrairement à ce que prévoit la jurisprudence du Tribunal fédéral, ni la capacité de performance concrète, ni la volonté de performance personnelle ne sont prises en compte. Pourtant, la performance au travail est l'un des éléments clés pour déterminer le niveau des salaires¹¹.

Au vu de ce qui précède, notre Fédération ne peut que s'opposer au fait d'obliger les entreprises à analyser leur politique salariale selon une méthode déterminée. Le contrôle du respect de l'égalité salariale par une entreprise incombe en dernier ressort au juge¹².

3. Non à la surcharge bureaucratique et financière ; Non à la surréglementation

Selon le Rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, le coût de la mise en œuvre des mesures prévues serait proportionné et le retour sur investissement serait positif¹³.

Or, toujours selon ce rapport explicatif, pour toutes les entreprises de plus de 50 travailleurs, les charges de mise en œuvre de cette loi s'élèveraient à 18 millions de francs. Le plus gros travail consisterait à traiter les données et à interpréter les résultats. Pour la deuxième analyse, les frais pourraient déjà être divisés par deux (9 millions). Pour la vérification des analyses, les organes de

⁸ Centre patronal, Sophie Pachoud, *Egalité salariale : la manipulation d'un juste principe*, Etudes & Enquêtes n. 44, Lausanne, novembre 2015, p. 42.

⁹ Centre patronal, Sophie Pachoud, *Egalité salariale : la manipulation d'un juste principe*, Etudes & Enquêtes n. 44, Lausanne, novembre 2015, p. 40.

¹⁰ ATF 124 II 409 = JT 2001 I p. 3

¹¹ Union Patronale Suisse, *Discrimination salariale non prouvée*, Nouvelle du 23 mars 2015, Zurich

¹² ATF 124 II 409 = JT 2001 I p. 3

¹³ Office fédéral de la justice OFJ, *Rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité, LEg)*, p. 19.

contrôle devraient compter entre une demi-journée et une journée complète de travail. En tout, leurs charges s'élèveraient à 4 millions francs¹⁴.

Au vu de ce qui précède, notre Fédération ne peut que rejeter les nouvelles dispositions proposées.

En effet, premièrement, la surcharge administrative est au cœur des préoccupations des entreprises. Elle ressort de manière récurrente d'un récent sondage effectué auprès de six cent soixante entreprises romandes¹⁵. Le fléau de la bureaucratie étouffe les entreprises.

Deuxièmement, ces nouvelles contraintes engendreraient des coûts supplémentaires en temps et en argent disproportionnés.

Troisièmement, il est intéressant de constater que, sans ces mesures, la différence moyenne de salaire entre les femmes et les hommes est passée de 18,9% en 2012 à 15,1% en 2014. L'écart salarial entre les sexes s'est donc réduit sans ces contrôles statistiques systématiques obligatoires des salaires¹⁶.

Quatrièmement, le projet de modification va au-delà de ce que recommande l'Union Européenne. En effet, pour la Commission européenne, il convient de ne pas imposer aux entreprises comptant 50 travailleurs d'audits relatifs aux rémunérations, une obligation de ce type pouvant constituer une charge disproportionnée pour ces entreprises¹⁷.

Enfin, pour rester compétitive au niveau international, la Suisse doit réduire sa densité normative au lieu de l'accroître.

4. Atteinte non justifiée et excessive à la liberté des entreprises

Si les discriminations salariales sont illégales et inacceptables, il n'en demeure pas moins que le projet de loi soumis à consultation va nettement plus loin que ce consensus de base. Il prévoit un contrôle statistique systématique des salaires. Or, ces propositions trahissent aussi bien une profonde méfiance envers l'économie suisse qu'un manque de compréhension du fonctionnement du marché du travail.

On insinue, du moins d'une manière subliminale, que les entreprises nourrissent une volonté systématique de discrimination salariale ; qu'elles entendent donc, à capacité égale, payer les femmes moins que les hommes¹⁸.

¹⁴ Office fédéral de la justice OFJ, Rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité, LEg), p. 7.

¹⁵ Centre patronal, Sophie Pachoud, *Egalité salariale : la manipulation d'un juste principe*, Etudes & Enquêtes n. 44, novembre 2015, p. 90.

¹⁶ Centre Patronal, *Oui à l'égalité salariale, non à l'interventionnisme étatique*, Service d'information, 15 décembre 2015, n. 3068.

¹⁷ Recommandation de la Commission européenne du 4 mars 2014 relative au renforcement du principe de l'égalité des rémunérations des femmes et des hommes grâce à la transparence, 2014/124/UE, publié dans le Journal officiel de l'UE du 8 mars 2014 (L 69/112), § 18.

¹⁸ Avenir Suisse, Marco Salvi en collaboration avec Monika Engler, Verena Parzer Epp, Patrik Schellenbauer et Claudia Wirz, *Parité salariale, le marché du travail n'est pas défaillant*, Zurich, novembre 2015, p. 3.

Or, selon un récent sondage mené auprès de six cent soixante entreprises romandes, 74 % des entreprises disent accorder de l'importance, voire énormément d'importance, aux questions relatives à l'égalité des sexes dans la gestion du personnel¹⁹. La majorité des entreprises juge l'égalité comme un aspect important dans la gestion du personnel²⁰.

5. En conclusion

Si la Fédération attache beaucoup d'importance à l'égalité salariale, elle s'oppose toutefois à l'interventionnisme étatique et à la surréglementation nocive à la compétitivité de la Suisse.

La Fédération des Entreprises Romandes rejette donc les nouvelles dispositions soumises à consultation, à savoir les articles 13a à 13g et 17a de l'avant-projet de loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, ainsi que l'art. 663c de l'avant-projet du Code des obligations.

L'analyse statistique est en effet impropre à démontrer le caractère discriminatoire de l'écart salarial inexplicé, notamment parce qu'elle ne peut tenir compte de nombreux éléments qui influencent la rémunération dans la pratique.

Effectuer des analyses des salaires doit rester volontaire, solution d'ailleurs étudiée par le Conseil fédéral.

Au surplus, les personnes qui s'estiment discriminées ont, à l'heure actuelle, déjà tous les instruments à disposition pour revendiquer et obtenir une correction de leur traitement salarial. La loi fédérale sur l'égalité actuellement en vigueur prohibe en effet déjà les discriminations salariales et permet à un ou une salarié(e), victime d'une discrimination notamment salariale, de réclamer le salaire dû rétroactivement sur cinq ans (cf. art. 3 et 5 al. 1 let. d LEg). Le fardeau de la preuve est allégé (cf. art. 6 LEg). De plus, la procédure devant les tribunaux est simplifiée (art. 243 al. 2 du Code de procédure civile suisse).

En outre, la Fédération n'accepte pas un projet basé sur une prémisse scientifiquement contestée. Une fausse thérapie sur la base d'un diagnostic erroné n'est pas acceptable²¹. Sur un marché du travail flexible comme le connaît la Suisse, une discrimination salariale systématique des femmes ne peut pas perdurer, car les entreprises se nuiraient à elles-mêmes.

En dernier lieu, notre Fédération s'oppose au fléau de la bureaucratie ainsi qu'à une péjoration des conditions-cadres de la Suisse. Pour rester compétitive, la Suisse doit en effet veiller à ne pas dégrader celles-ci et lutter contre les contraintes réglementaires inutiles.

Au vu de ce qui précède, notre Fédération rejette le présent projet de modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes.

¹⁹ Centre patronal, Sophie Pachoud, *Egalité salariale : la manipulation d'un juste principe*, Etudes et Enquêtes n. 44, Lausanne, novembre 2015, p. 27.

²⁰ Centre patronal, Sophie Pachoud, *Egalité salariale : la manipulation d'un juste principe*, Etudes et Enquêtes n. 44, Lausanne, novembre 2015, p. 9.

²¹ Avenir Suisse, *Parité salariale, le marché du travail n'est pas défaillant*, Marco Salvi en collaboration avec Monika Engler, Verena Parzer Epp, Patrik Schellenbauer et Claudia Wirz, Zurich, novembre 2015, p. 3.

