



Bureau de l'égalité
entre les femmes
et les hommes - BEFH
Domaine égalité salariale

Rue Caroline 11
1014 Lausanne

Avis de droit

Conventions collectives de travail et contrôle de l'égalité salariale entre femmes et hommes

Mise en œuvre du contrôle du respect de l'égalité salariale entre les femmes et les hommes auprès des entreprises qui ont obtenu des marchés publics dans le canton et des entités subventionnées par l'Etat (art. 4b ss LVLEg ; BLV 173.63)

Titre

Conventions collectives de travail et contrôle
de l'égalité salariale entre femmes et hommes

Editeur

Bureau de l'égalité
entre les femmes et les hommes BEFH

Auteurs

Prof. Karine Lempen et Dre Zoé Seiler
Université de Genève

Diffusion

Bureau de l'égalité
entre les femmes et les hommes BEFH
Rue Caroline 11
1014 Lausanne
info.befh@vd.ch
www.vd.ch/egalite – www.vd.ch/befh

Lausanne, mai 2020

Préface

La modification de la loi d'application dans le canton de Vaud de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes permet depuis février 2020 de contrôler effectivement le respect de l'égalité salariale auprès des entreprises qui ont obtenu des marchés publics dans le canton et des entités subventionnées par l'Etat.

La mise en œuvre des contrôles suscite un intérêt marqué de la part de nombreuses entités employeuses qui s'interrogent sur le respect par leur pratique salariale du principe constitutionnel de salaire égal pour travail de valeur égale (art. 8 al. 3 Cst.).

Le Bureau de l'égalité entre les femmes et les hommes a été interpellé à plusieurs reprises au sujet du lien potentiel entre l'application de conventions collectives de travail (CCT) et le respect de l'égalité salariale. Une croyance répandue veut que l'adhésion à une CCT contribue à limiter la marge décisionnelle des employeurs en matière de détermination de salaire, tout en garantissant l'égalité de traitement. Les CCT étant soumises au droit impératif, dont le principe d'égalité salariale, peut-on en déduire que leur stricte application garantisse le respect de ce principe ?

Le présent avis de droit révèle qu'une CCT ne présente pas une garantie de l'égalité salariale et ne constitue pas non plus un juste motif permettant de justifier une différence salariale entre deux personnes de sexe opposé fournissant un travail de valeur égale. Par ailleurs, la grande majorité des CCT n'évoque pas le principe d'égalité salariale et il n'est pas possible de déterminer si ce principe est pris en compte lors de leur négociation.

La Commission de contrôle des marchés publics et des subventions a pleine compétence pour vérifier le respect de l'égalité salariale au sein des entités employeuses. Cette compétence est indépendante de savoir si ladite entité est soumise ou non à une CCT et si elle applique ou non le salaire conventionnel.

Si l'Etat impose le respect d'un salaire minimum prévu dans une CCT, il ne saurait être tenu responsable d'une pratique salariale non conforme au droit dans une entreprise donnée. Il incombe à l'entité employeuse de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir ou faire cesser une discrimination.

Maribel Rodriguez

Cheffe du Bureau de l'égalité
entre les femmes et les hommes

Présidente de la Commission de contrôle
des marchés publics et des subventions

A propos des auteures

Professeure ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Genève, **Karine Lempen** enseigne le droit du travail suisse, international et européen. Depuis 2019, elle co-dirige le Pôle Berenstein pour l'étude du droit du travail et de la sécurité sociale. Ses nombreuses publications mettent l'accent sur le droit à l'égalité dans le domaine de l'emploi. Durant la période 2020-2023, elle siège au sein de la Commission fédérale pour les questions féminines (CFQF).

Dans la continuité de ses études de droit à l'Université de Genève et à la Humboldt Universität à Berlin, **Zoé Seiler** a rédigé une thèse de doctorat dans laquelle elle a analysé les problématiques de droit d'auteur dans le cadre des relations de travail. Elle n'a par la suite cessé d'approfondir cette matière en rédigeant des articles et avis de droit et en exerçant depuis plusieurs années comme avocate dans le cadre de conflits du travail, dans le privé comme dans la fonction publique.

Etude sur mandat du
Bureau de l'égalité entre les femmes et les hommes (BEFH)
du canton de Vaud

Conventions collectives de travail et contrôle de l'égalité salariale entre femmes et hommes

La mise en œuvre du contrôle auprès des entreprises qui ont
obtenu des marchés publics dans le canton de Vaud et des
entités subventionnées par l'Etat de Vaud

Prof. Karine Lempen et Dre Zoé Seiler

Genève, le 15 mai 2020

Condensé

Dans le canton de Vaud, la Commission de contrôle des marchés publics et des subventions (CoMPS) procède au contrôle du respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes auprès des entreprises qui ont obtenu des marchés publics dans le canton et des entités subventionnées par l'Etat.

L'adjudication d'un marché public ou l'octroi de subventions est conditionné au respect des conditions de travail fixées par les conventions collectives de travail (CCT).

Bien que la formalisation de la rémunération soit propre à limiter le risque de discrimination, les CCT qui fixent des salaires minimaux ne garantissent pas, en tant que telles, le respect du principe constitutionnel d'égalité salariale (art. 8 al. 3 Cst.). Il appartient à l'entité employeuse d'appliquer la CCT de façon à n'entraîner aucune discrimination entre femmes et hommes au sein de son personnel.

Le contrôle du respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes peut être réalisé de diverses manières. Les individus directement concernés par une discrimination peuvent intenter une action judiciaire contre l'entité employeuse. Une commission paritaire peut, si elle y est habilitée par une CCT, signaler aux parties signataires l'existence d'une discrimination et les inviter à y remédier. La CoMPS, quant à elle, mène les contrôles précités et exige des parties employeuses contrevenantes qu'elles se conforment au principe d'égalité, sous peine de sanctions. Fondées sur des bases légales distinctes, ces procédures sont indépendantes les unes des autres et peuvent être mises en œuvre en parallèle.

Résumé

Depuis le 1^{er} février 2020, la Commission de contrôle des marchés publics et des subventions (CoMPS) procède, dans le canton de Vaud, au contrôle du respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes auprès des entreprises qui ont obtenu des marchés publics dans le canton et des entités subventionnées par l'Etat (cf. *infra* 1).

Ces entreprises sont souvent soumises à des conventions collectives de travail (CCT) ou doivent se conformer à leurs normes, notamment pour obtenir des marchés publics ou des subventions (cf. *infra* 2.2).

Afin d'assurer la conformité au droit et l'efficacité des contrôles précités, il convient d'éclairer le lien existant entre le principe d'égalité salariale entre femmes et hommes et l'instrument des CCT. En particulier, il s'agit de déterminer dans quelle mesure ces dernières garantissent le respect de celui-là. Il sied également de clarifier les modalités et compétences de contrôle de la CoMPS.

La Constitution fédérale et la Loi fédérale sur l'égalité (LEg) prescrivent un salaire égal pour un travail de valeur égale. Une différence de traitement peut reposer explicitement sur l'appartenance à un sexe (discrimination directe) ou sur des critères qui, bien que neutres en apparence, sont susceptibles d'affecter une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, sans justification objective (discrimination indirecte). Une différence salariale peut être justifiée entièrement (ou en partie, conformément au principe de proportionnalité) par des facteurs objectifs, non discriminatoires, qui ont une véritable influence sur la valeur du travail dans le cas concret (cf. *infra* 2.1, 5.1).

De façon générale, le respect du principe d'égalité salariale entre femmes et hommes n'est pas contrôlé d'office par une autorité étatique. La personne employée qui s'estime discriminée sur le plan salarial peut agir devant les tribunaux. Par ailleurs, depuis le 1^{er} juillet 2020, les entités employeuses occupant au moins 100 personnes ont l'obligation de procéder à une analyse interne de l'égalité salariale entre femmes et hommes, vérifiée par un organe indépendant (cf. *infra* 2.1).

Dans le contexte particulier des procédures d'attribution de marchés publics ou de subventions, toutefois, les autorités exigent le respect de l'égalité salariale par les entreprises auxquelles elles adjudgent un marché ou octroient une subvention. Au niveau fédéral ou cantonal, ce type de contrôle permet à l'Etat de favoriser le respect de l'égalité salariale (cf. *infra* 2.2, 6.2).

Les CCT sont des accords collectifs de droit privé, conclus entre les partenaires sociaux. Soumises au droit impératif (dont le principe d'égalité salariale), les CCT contiennent des règles sur la conclusion, le contenu et la fin des contrats de travail conclus entre les personnes salariées et les entreprises qu'elles lient ou qui y sont soumises. Parmi ces règles figurent souvent des salaires minimaux. Les CCT contiennent également des règles relatives au contrôle de leur respect par un organe paritaire au sein duquel siègent les partenaires sociaux (« commission paritaire ») (cf. *infra* 3).

Une CCT ne représente pas, en soi, une garantie de l'égalité salariale et ne dispense pas d'examiner concrètement le respect de ce principe dans une entreprise spécifique. En particulier, l'application d'une CCT ne constitue pas un motif objectif permettant de justifier une différence salariale entre deux personnes employées de sexe opposé fournissant un travail de valeur égale au sein d'une entité employeuse. De même, le fait de subordonner l'adjudication d'un marché public ou l'octroi de subventions au respect des normes fixées par une CCT ne paraît pas, en soi, propre à favoriser de manière significative l'égalité salariale (cf. *infra* 4.1.2.2, 4.1.3, 4.2, 5.2.1, 5.2.2.2).

Dans les CCT, le lien entre salaire minimum et égalité salariale n'apparaît pas de façon évidente. Les CCT étendues ou applicables dans le canton de Vaud comprennent toutes des salaires minimaux, parfois sous la forme de grilles salariales basées sur des critères objectifs. Si l'on peut imaginer que le principe d'égalité salariale sous-tend la détermination des salaires, il n'est presque jamais mentionné dans les CCT (cf. *infra* 4.2).

Il ne peut être exclu que certaines CCT apparaissant en soi comme non discriminatoires, entraînent une discrimination lorsqu'elles sont appliquées dans le contexte spécifique d'une entreprise (cf. *infra* 4.2, 5.2.1).

En cas de discrimination engendrée par l'application d'une CCT et constatée dans une situation donnée, la (re)mise en conformité pourra être exigée par le biais d'une action individuelle en justice, par une action de la commission paritaire et/ou par la CoMPS (cf. *infra* 2.1, 4.2.3.4, 6.1, 6.2). En cas d'action individuelle, l'entreprise répondra envers la personne salariée. En particulier, le Tribunal pourra condamner l'entité employeuse à verser la différence entre le salaire perçu et le salaire non discriminatoire qui aurait dû être touché (cf. *infra* 2.1, 6.1.3). Les partenaires sociaux pourront renégocier la CCT afin de limiter, voire de supprimer, son potentiel discriminatoire (cf. *infra* 6.1.3). Si l'Etat impose, de façon générale et abstraite, le respect d'un salaire minimum prévu dans une CCT, il ne saurait être tenu responsable d'un résultat non conforme au droit dans une entreprise donnée. Il incombe à l'entité employeuse de prendre toutes les mesures nécessaires (par exemple le versement de salaires supérieurs au minimum conventionnel) pour prévenir ou faire cesser une discrimination (cf. *infra* 6.1.3).

Par ailleurs, au vu de la diversité des contrôles possibles (action judiciaire privée, inspections cantonales contrôlant le respect des normes de droit public – notamment celles de la Loi fédérale sur le travail – commissions paritaires, contrôles en matière d'égalité dans le cadre de marchés public et subventions), des contrôles simultanés ou portant sur le même objet peuvent avoir lieu (cf. *infra* 6.2).

En principe, les diverses entités de contrôle évoluent en parallèle et examinent le respect du droit sous des angles et avec des compétences distinctes, sans risques d'empiétement. Toutefois, la mise en place de dialogues institutionnalisés entre organes de contrôle (inspections du travail, commissions paritaires, CoMPS, Bureau de l'égalité entre femmes et hommes du canton de Vaud, Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes) serait propice au partage d'expériences et à l'échange de bonnes pratiques en vue de la réalisation de l'égalité salariale entre femmes et hommes (cf. *infra* 6.2).

Table des matières

Condensé.....	3
Résumé.....	4
1. Introduction.....	9
2. Bases légales en matière d'égalité salariale et de contrôles	10
2.1. Interdiction de la discrimination salariale et mise en œuvre	10
2.2. Contrôles de l'égalité salariale dans le cadre de marchés publics ou subventions	12
2.2.1. Au niveau fédéral	12
2.2.1.1. En matière de marchés publics.....	12
2.2.1.2. En matière de subventions	14
2.2.2. Au niveau du canton de Vaud	14
2.2.2.1. En matière de marchés publics.....	14
2.2.2.2. En matière de subventions	15
2.2.2.3. Commission de contrôle et modalités du contrôle	16
2.2.3. Synthèse	17
3. Système légal relatif aux conventions collectives de travail (CCT)	17
3.1. Parties à la CCT et personnes liées.....	17
3.2. Nature, contenu et effets.....	18
3.3. Mise en œuvre et observation des CCT	19
3.3.1. Système de contrôle privé et paritaire.....	19
3.3.2. Contrôle par les pouvoirs publics.....	20
4. Lien entre le principe d'égalité salariale et les CCT.....	21
4.1. Buts, critères d'évaluation et modalités du salaire minimum	22
4.1.1. Dans la loi	22
4.1.1.1. Instauration de règles portant sur le salaire minimum dans la loi	22
4.1.1.2. Nature et buts du salaire minimum légal.....	23
4.1.1.3. Détermination du montant du salaire minimum légal	24
4.1.1.4. Compétences de contrôle	25
4.1.2. Dans les contrats-types de travail	26
4.1.2.1. Nature et buts du salaire minimum contenu dans les contrats-types	26
4.1.2.2. Détermination du montant du salaire minimum.....	26
4.1.2.3. Compétences de contrôle	27
4.1.3. Dans les CCT	28
4.1.3.1. Nature et buts du salaire minimum conventionnel.....	28
4.1.3.2. Détermination du montant du salaire minimum conventionnel	28

4.1.3.3.	Compétences de contrôle	29
4.2.	Prise en compte du principe d'égalité salariale dans les CCT	29
4.2.1.	CCT étendues au niveau national.....	30
4.2.2.	CCT étendues dans le canton de Vaud.....	31
4.2.3.	Autres exemples de CCT en vigueur dans le canton de Vaud.....	32
4.2.3.1.	CCT cantonale dans le secteur social parapublic.....	32
4.2.3.2.	CCT cantonale dans le secteur sanitaire parapublic.....	33
4.2.3.3.	CCT cantonale dans le secteur de l'accueil de jour et de l'enfance	33
4.2.3.4.	Conséquences en termes de contrôle	34
4.3.	Synthèse.....	35
5.	Revue de la jurisprudence sur la discrimination salariale et les CCT/CTT	35
5.1.	Notion de discrimination salariale.....	35
5.1.1.	Champ d'application	35
5.1.2.	Travail de valeur égale	36
5.1.3.	Caractère direct ou indirect de la discrimination.....	37
5.1.4.	Motifs justificatifs (objectifs).....	37
5.2.	Discrimination salariale et CCT	38
5.2.1.	En général.....	38
5.2.2.	Questions spécifiques	40
5.2.2.1.	Concurrence entre les salaires minimaux de plusieurs CCT au sein d'une même entreprise.....	40
5.2.2.2.	Concurrence entre le salaire minimum d'une CCT et un salaire fixé selon d'autres principes au sein d'une même entreprise	40
5.2.3.	Synthèse	41
6.	Articulation entre les règles légales et conventionnelles, les cas traités par les tribunaux et le contrôle de l'égalité salariale au niveau des entreprises.....	41
6.1.	Liens entre l'existence et l'application d'une CCT et l'égalité salariale	41
6.1.1.	Règles applicables	41
6.1.2.	Contrôles en matière d'égalité salariale	42
6.1.3.	Conséquences d'une discrimination salariale entraînée par l'application d'une CCT requise par les autorités publiques.....	43
6.2.	Modalités des contrôles effectués par la CoMPS.....	44
6.2.1.	Compétences et sanctions	45
6.2.1.1.	Droit public du travail	45
6.2.1.2.	Droit privé du travail (Code des obligations) et Loi sur l'égalité	45
6.2.1.3.	Conventions collectives de travail	45

6.2.1.4. Attribution de marchés publics et de subventions.....	46
6.2.2. Conflits, coordination et collaboration	46
7. Conclusions et recommandations	48
7.1. Conclusions	48
7.2. Recommandations.....	48

1. Introduction

Dans le canton de Vaud, depuis le 1^{er} février 2020, une Commission de contrôle des marchés publics et des subventions (CoMPS) – composée de représentants de l'Etat et de partenaires sociaux – procède au contrôle du respect du principe de l'égalité salariale entre femmes et hommes auprès des entreprises qui ont obtenu des marchés publics dans le canton et des entités subventionnées par l'Etat.

Si un contrôle démontre le non-respect de l'égalité salariale au sein de l'entité visée, des mesures correctives doivent être prises dans un délai de 90 jours. En cas d'inaction, l'autorité compétente (autorité cantonale de surveillance des marchés publics, adjudicateur ou entité qui a octroyé la subvention) est habilitée à prononcer des sanctions (amende jusqu'à 10% du montant final de l'offre, exclusion des marchés publics aux niveaux cantonal et communal pendant 5 ans au maximum, réduction ou suppression de la subvention cas échéant, avec effet rétroactif et portant intérêts)¹.

Dans le cadre de la mise en œuvre des contrôles qui seront opérés, le Bureau de l'égalité entre les femmes et les hommes (BEFH) du canton de Vaud, qui préside la CoMPS, souhaite clarifier les compétences de contrôle de cette dernière et sa marge de manœuvre, notamment lorsque la commission intervient auprès d'entités assujetties à des conventions collectives de travail (CCT) fixant la rémunération.

Le 11 novembre 2019, le BEFH a attribué un mandat de recherche à l'Université de Genève. L'étude a été réalisée par la Prof. Karine Lempen, professeure ordinaire de droit du travail, et par la Dre Zoé Seiler, avocate et collaboratrice scientifique à la Faculté de droit de l'Université de Genève². Du côté du BEFH, le Dr. Steve Binggeli, chef de projet et secrétaire de la CoMPS, a accompagné la réalisation de l'étude.

Le mandat consistait à apporter des réponses aux questions suivantes :

- Le principe du salaire égal pour un travail de valeur égale est-il expressément pris en compte dans les CCT ?
- L'application d'une CCT garantit-elle le respect du principe d'égalité salariale ?
- Une entreprise qui applique les salaires définis par une CCT peut-elle être contrôlée et sanctionnée dans le cadre des contrôles de l'égalité salariale effectués par la CoMPS ?
- L'Etat peut-il être rendu responsable d'une discrimination salariale entraînée par l'application d'une CCT dont le respect est exigé pour l'obtention d'un marché public ou d'une subvention ?

La réponse aux questions qui précèdent, ainsi que l'analyse propre aux CCT (chapitres 3 à 6), sont précédées d'un rappel du contexte et des bases légales applicables aux contrôles

¹ Art. 4b et 4c de la Loi d'application dans le canton de Vaud de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LVLEg) du 24 juin 1996, RS VD 173.63. Cf. *infra* 2.2.2.3.

² Les auteures remercient Mme Helia Farman, étudiante-stagiaire à la Faculté de droit, d'avoir revu le présent texte sous l'angle formel.

effectués en matière d'égalité salariale lors de l'adjudication de marchés publics ou de l'octroi de subventions (chapitre 2).

2. Bases légales en matière d'égalité salariale et de contrôles

2.1. Interdiction de la discrimination salariale et mise en œuvre

La Constitution fédérale (Cst)³, tout comme la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)⁴ interdisent la discrimination des personnes salariées à raison du sexe, notamment en matière de rémunération (art. 8 al. 3 Cst. et 3 LEg). La Constitution vaudoise prévoit aussi que la femme et l'homme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale (art. 10 al. 3 et 4)⁵.

La LEg règle, de manière autonome et complète, les moyens de mise en œuvre de ses propres dispositions (interdiction de discriminer consacrée par l'art. 3 LEg, notamment). La LEg prévoit des actions de type civil, qui sont à disposition soit de la personne discriminée ou risquant de l'être (art. 5), soit d'organisations qui ont pour tâche, en vertu de leurs statuts, de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes ou de défendre les intérêts des personnes salariées (art. 7). Ainsi, dans le secteur public comme privé (art. 2 LEg), les individus peuvent réclamer auprès des tribunaux le salaire dû, à savoir la différence entre le salaire payé et le salaire non discriminatoire, pour le futur (art. 5 al. 1 let. b LEg) et pour le passé (art. 5 al. 1 let. d LEg) sur une période rétroactive de 5 ans au maximum (art. 128 ch. 3 CO). En revanche, la LEg ne prévoit aucune compétence pour les autorités, fédérales, cantonales ou communales, de contrôler le respect de l'égalité salariale dans les entreprises du secteur privé ou de porter une affaire devant les tribunaux⁶.

La LEg a été révisée le 14 décembre 2018 et prévoit, depuis le 1^{er} juillet 2020 (et pour une durée fixe de 12 ans), une obligation d'analyse du respect de l'égalité salariale pour les entités employeuses (du secteur privé ou public) occupant un effectif d'au moins 100 personnes (art. 13a LEg)⁷. L'analyse est effectuée à l'interne, selon une méthode scientifique et conforme au droit (art. 13a al. 1 et 13c al. 1 LEg). La Confédération met gratuitement à la disposition des entités employeuses un outil d'analyse standard (art. 13c al. 2 LEg). L'analyse doit ensuite être vérifiée par un organe indépendant, qu'il s'agisse d'une entreprise de révision agréée, d'une organisation (art. 7 LEg) ou d'une représentation du personnel (art. 13d al. 1 et 2, 13e et 13f LEg).

³ RS 101.

⁴ RS 151.1.

⁵ RS VD 101.01 ; RS 131.231.

⁶ FF 1993 I 1230 s. A ce sujet, cf. PATRICIA SCHULZ in CLAUDIA KAUFMANN/SABINE STEIGER-SACKMANN (Ed.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, Bâle 2009, N 4 ss *ad* art. 16 LEg. Récemment, deux initiatives cantonales (n° 18.313 et 18.323) allant dans ce sens ont été rejetées par la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil National. Cf. www.parlament.ch/18.313, [les moyens aux cantons de réaliser l'égalité](http://www.parlament.ch/18.323) et [contrôle institutionnel des entreprises et entités privées](http://www.parlament.ch/18.323), consultées le 4.2.2019.

⁷ Message du Conseil fédéral du 5 juillet 2017, FF 2017 p. 5170 ; RO 2019 2815. Cf. aussi www.bj.admin.ch/modificationLEg2020 consulté le 3.12.2019.

La vérification de l'analyse de l'égalité salariale sera effectuée, en ce qui concerne le personnel de la Confédération, exclusivement par une entreprise de révision agréée (art. 13d al. 2 et 3 LEg, 8 al. 2 et 9 al. 1 de l'Ordonnance sur la vérification de l'analyse de l'égalité des salaires)⁸.

Les cantons sont libres de régler les modalités de la vérification des analyses de l'égalité salariale (art. 13 al. 4 LEg). Il s'ensuit que certaines législations cantonales d'application sont révisées afin de mettre en œuvre la modification de la LEg. S'agissant de l'organe habilité à vérifier, les cantons peuvent décider de reprendre la règle prévue à l'art. 13d al. 1 LEg pour les entreprises du secteur privé, à savoir le choix entre une entreprise de révision agréée (let. a), une organisation au sens de l'art. 7 LEg ou une représentation du personnel (let. b). Les cantons ont également la possibilité, à l'instar de la Confédération, d'imposer le recours à un organe de révision agréé (let. a) et d'exclure ainsi une vérification par les organisations de défense des personnes salariées (let. b).

La révision de la LEg n'instaure ni contrôle direct de l'égalité salariale par les autorités étatiques, ni sanction en cas de violation.

Ainsi, la mise en œuvre de la LEg continue à reposer en grande partie sur les épaules des justiciables⁹.

Le droit fédéral attribue toutefois à la Confédération la compétence de contrôler le respect de l'égalité salariale auprès des entreprises par le biais de la législation sur les marchés publics¹⁰, dont un des buts est précisément d'améliorer la protection des travailleuses¹¹.

Les cantons disposent également d'une marge de manœuvre dans le cadre de l'adjudication de marchés publics. Il en va de même de l'octroi de subventions. Il ne s'agit pas à proprement parler de mise en œuvre directe de la LEg. Toutefois, les cantons peuvent en imposer le respect par l'instauration de conditions dont dépend l'octroi de marchés publics ou de subventions qui ressortissent à leur compétence. Ainsi, une législation spécifique visant à mettre en œuvre l'égalité salariale émerge en matière de marchés publics et de subventions.

Le législateur fédéral a tenu compte de l'existence de ces contrôles lors de la révision susmentionnée de la LEg. En effet, la loi dispense d'analyse du respect de l'égalité salariale les entreprises ayant déjà été contrôlées dans le cadre de l'attribution d'un marché public ou d'une demande d'octroi de subvention (art. 13b let. a et b LEg).

⁸ RS 151.14.

⁹ Cf. notamment CESLA AMARELLE, « Des mesures incitatives aux mesures contraignantes : analyse des instruments de contrôle étatique pour instaurer l'égalité », in JEAN-PHILIPPE DUNAND/KARINE LEMPEN/PASCAL MAHON (Ed.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail, 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg*, Zurich 2016, p. 268.

¹⁰ Cf. *infra* 2.2.1.1.

¹¹ TF, 2A.452/2000 du 25.06.2001, c. 5 b)bb) au sujet de la législation fédérale sur les marchés publics : « La loi sur les marchés publics vise à accroître la concurrence entre les soumissionnaires tout en améliorant les conditions sociopolitiques par une meilleure protection des consommateurs, des travailleurs et des femmes ».

Par ces nouvelles règles, le législateur fédéral accepte et confirme l'approche selon laquelle un contrôle du respect de la LEg, par des entités publiques fédérales, cantonales ou communales, peut être effectué dans certains cas (marchés publics, subventions).

Ainsi, la législation consacre quatre modalités de mise en œuvre et de contrôle de la LEg. Tout d'abord, la loi prévoit l'action individuelle des justiciables (« voie 1 »). Ensuite, la modification de la LEg introduit le système de l'analyse interne de l'égalité des salaires, vérifiée par un organe indépendant (« voie 2 »). Puis, le droit des marchés publics et des subventions permet d'imposer l'autoanalyse et le contrôle étatique (« voie 3 »). Enfin, dans le cadre d'une CCT, on le verra, le respect de celle-ci peut être contrôlé par un organe de contrôle privé (« voie 4 »)¹².

Ces systèmes cohabitent et ne sont ni équivalents, ni exclusifs les uns des autres. Le contrôle à l'échelle d'une entreprise (qu'il s'agisse d'une autoanalyse - avec ou sans vérification par un organe indépendant - ou du contrôle par l'Etat) n'empêche pas l'action judiciaire individuelle. Ce d'autant plus que le constat d'absence de discrimination salariale à l'échelle d'une entreprise n'implique pas nécessairement l'inexistence d'une telle discrimination au niveau individuel. En effet, l'analyse réalisée au niveau global ne permet pas d'apprécier la manière concrète dont les salaires des membres du personnel sont fixés individuellement¹³. Ainsi, le seul fait qu'une analyse ait conclu au respect du principe de l'égalité salariale au niveau de l'entreprise ne saurait permettre à cette dernière de prouver, dans le cadre d'une action en justice, l'inexistence¹⁴ de la discrimination salariale alléguée.

2.2. Contrôles de l'égalité salariale dans le cadre de marchés publics ou subventions

2.2.1. Au niveau fédéral

2.2.1.1. En matière de marchés publics

Le droit fédéral prévoit la mise en œuvre de l'égalité salariale dans le cadre de l'octroi de marchés publics. Ainsi, lors de la passation de marchés publics, la loi prévoit que l'adjudicateur n'adjuge le marché qu'à un soumissionnaire garantissant à son personnel l'égalité de traitement entre femmes et hommes, sur le plan salarial, pour les prestations fournies en Suisse (art. 8 al. 1 let. c Loi sur les marchés publics, LMP¹⁵) – en sus du respect des autres normes applicables relatives à « la protection des travailleurs et les conditions de travail » (art. 8 al. 1 let. b LMP). Lorsque des prestations sont exécutées à l'étranger, le soumissionnaire doit respecter les conventions fondamentales de l'Organisation

¹² Cf. *infra* 3.3.1.

¹³ Voir CLAUDIO MARTI WHITEBREAD, « Egalité salariale entre femmes et hommes : états des lieux », in DUNAND/LEMPEN/MAHON (Ed.), p. 235 s.

¹⁴ Sur le droit à la contre-preuve dans le contexte de la LEg, voir FRANÇOIS BOHNET, *La vraisemblance au sens de l'article 6 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes au regard de la jurisprudence fédérale*, sur mandat du BFEG, 2018, N 73.

¹⁵ RS 172.056.1.

internationale du Travail (OIT) (art. 7 al. 2 Ordonnance sur les marchés publics, OMP¹⁶), dont la Convention n° 100 sur l'égalité de rémunération.

Les soumissionnaires doivent certifier, dans un document *ad hoc* fourni par la Confédération (« Déclaration du soumissionnaire »), respecter notamment l'égalité salariale¹⁷. Sur demande, le soumissionnaire doit apporter la preuve du respect, entre autres, de l'égalité salariale (art. 8 al. 2 LMP)¹⁸. L'adjudicateur est en droit de contrôler ou de faire contrôler l'observation des dispositions relatives à la protection des travailleuses et travailleurs, aux conditions de travail et à l'égalité de traitement entre femmes et hommes. Les contrôles en matière d'égalité de traitement entre femmes et hommes peuvent être effectués directement par l'adjudicateur ou délégués, notamment aux bureaux fédéral, cantonaux ou communaux de l'égalité (art. 6 al. 4 Ordonnance sur les marchés publics, OMP¹⁹)²⁰. C'est le modèle d'analyse standard de la Confédération (à partir duquel a été développé l'outil « Logib ») qui a été considéré comme adéquat et devant être appliqué dans le cadre des marchés publics, ce qui, dans les faits, a limité jusqu'à présent les contrôles aux entreprises occupant au moins 50 personnes²¹.

La question peut se poser de savoir quelle entité doit être prise en considération pour l'analyse, en particulier lorsqu'une société possède des filiales ou établissements en divers lieux. Selon la « Déclaration du soumissionnaire », il convient de considérer, comme unité de l'entreprise déterminante pour l'établissement de la déclaration, l'entité juridique indépendante la plus basse qui exécute le contrat. Par entité juridique indépendante, on entend l'unité d'entreprise (par ex. filiale) avec une forme de société juridique indépendante (par. ex. SA, Sàrl), à l'exclusion des centres de productions, agences, succursales, etc., dès lors qu'ils ne revêtent pas une forme de société autonome juridiquement²².

Selon la page internet du portail d'achats de la Confédération relative à la « Déclaration du soumissionnaire » : « Toutes les personnes auxquelles l'entreprise verse un salaire au moment de l'établissement de la déclaration comptent pour le calcul du nombre de collaborateurs. Il s'agit notamment des employés engagés pour une durée déterminée, des

¹⁶ RS 172.056.11. L'ensemble du droit des marchés publics a été refondu et la nouvelle loi entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2021. Le respect des conventions de l'OIT est repris dans la LMP révisée (art. 12 al. 2 Loi sur les marchés publics du 21 juin 2019).

¹⁷ Cf. [www.beschaffung.admin.ch/ Déclaration du soumissionnaire](http://www.beschaffung.admin.ch/Déclaration_du_soumissionnaire), consulté le 3.12.2019.

¹⁸ Le respect de l'égalité salariale continue d'être exigé dans la LMP révisée et l'adjudicateur aura la faculté de procéder ou de faire procéder à des contrôles (art. 12 al. 1 et 4 Loi sur les marchés publics du 21 juin 2019).

¹⁹ RS 172.056.11.

²⁰ En pratique, c'est le BFEG qui effectue les contrôles, en collaboration avec la Conférence des achats de la Confédération, [www.beschaffung.admin.ch/ Déclaration du soumissionnaire](http://www.beschaffung.admin.ch/Déclaration_du_soumissionnaire), consulté le 3.12.2019. Cf. aussi OLIVER SCHRÖTER/CLAUDIO MARTI WHITEBREAD, « Lohngleichheitskontrollen im Beschaffungswesen des Bundes », in DUNAND/LEMPEN/MAHON, p. 239 ss.

²¹ Cf. le Message du Conseil fédéral du 5 juillet 2017, FF 2017 p. 5189. Cf. aussi les instructions pour procéder à un contrôle : [www.ebg.admin.ch/ Modèle d'analyse standard du respect de l'égalité salariale dans les marchés publics](http://www.ebg.admin.ch/Modèle_d'analyse_standard_du_respect_de_l'égalité_salariale_dans_les_marchés_publics), consulté le 4.2.2020, ainsi que les Lignes directrices en matière de contrôle du respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes dans les marchés publics de la Confédération rédigées par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG et par la Conférence des achats de la Confédération CA, [www.ebg.admin.ch/ lignes directrices : contrôle du respect de l'égalité salariale dans les marchés publics](http://www.ebg.admin.ch/lignes_directrices_contrôle_du_respect_de_l'égalité_salariale_dans_les_marchés_publics), consulté le 20.11.2019.

²² Cf. [www.beschaffung.admin.ch/ Déclaration du soumissionnaire](http://www.beschaffung.admin.ch/Déclaration_du_soumissionnaire), consulté le 18.12.2019.

personnes occupées à temps plein ou partiel, des salariés à l'heure et des travailleurs frontaliers »²³.

En cas de non-respect de l'égalité salariale, l'adjudicateur peut révoquer l'adjudication, exclure le soumissionnaire de la procédure en cours (art. 11 LMP) et infliger une peine conventionnelle (art. 6, al. 5 OMP)²⁴. Il n'est pas prévu que l'adjudicateur enjoigne directement au soumissionnaire de respecter l'égalité salariale, donne des instructions ou formule des recommandations à ce sujet.

Dans les faits, malgré l'augmentation, ces dernières années, des contrôles effectués, ceux-ci demeurent sporadiques au regard du nombre de marchés publics attribués sur le plan fédéral²⁵.

2.2.1.2. En matière de subventions

Le droit fédéral ne prévoit aucune obligation explicite de respect de l'égalité salariale dans le cadre de l'octroi de subventions²⁶. Aux termes de l'art. 25 al. 1 de la Loi sur les subventions (LSu²⁷), « l'autorité compétente s'assure que le bénéficiaire exécute la tâche conformément aux dispositions en la matière et que les conditions légales sont bien respectées ». En principe, une telle disposition pourrait permettre de contrôler le respect de l'égalité salariale, bien que l'on puisse se demander dans quelle mesure une base légale plus dense, mentionnant le respect de l'égalité salariale comme condition à l'octroi de subventions serait nécessaire à la mise en œuvre de contrôles en la matière²⁸. À ce jour, il n'y a, en pratique, pas de contrôle du respect de l'égalité salariale dans le cadre de l'octroi de subventions, contrairement à la situation existant en matière de marchés publics²⁹.

2.2.2. Au niveau du canton de Vaud

2.2.2.1. En matière de marchés publics

Selon l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (A-IMP), l'égalité de traitement entre femmes et hommes doit être respectée (art. 11 let. f A-IMP). Toutes les

²³ Cf. [www.beschaffung.admin.ch/ Déclaration du soumissionnaire](http://www.beschaffung.admin.ch/Déclaration_du_soumissionnaire), consulté le 18.12.2019.

²⁴ Le droit des marchés public révisé prévoit également des sanctions et exclusions en cas de non-respect, de la part du soumissionnaire, des dispositions relatives à l'égalité salariale, cf. art. 44 al. 2 let. f Loi sur les marchés publics du 21 juin 2019.

²⁵ Message du Conseil fédéral du 5 juillet 2017, FF 2017 p. 5175 s. Il y aurait une trentaine de contrôles par an entre la Confédération, Berne, Bâle-Ville et Genève. Voir également AMARELLE, p. 269 et SCHRÖTER/MARTI WHITEBREAD, p. 239 ss. Entre 2006 et 2019, 143 contrôles ont été effectués, 37 sont en cours, selon le BFEG (sources internes, non publié).

²⁶ Dans sa réponse à l'interpellation n° 17.3768 HECHÉ « Marchés publics et subventions. Quelles mesures pour assurer une véritable égalité salariale ? », le Conseil fédéral a confirmé l'inexistence d'une réglementation incitative en matière d'égalité dans le cadre de subventions, sans indiquer la nécessité d'une telle réglementation. Cf. [www.parlament.ch/ 17.3768, Marchés publics et subventions](http://www.parlament.ch/17.3768_Marchés_publics_et_subventions), consulté le 17.12.2019.

²⁷ RS 616.1.

²⁸ Cf. la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation n° 17.3768 mentionnée à la note 26.

²⁹ Cf. Message du Conseil fédéral du 5 juillet 2017, FF 2017 p. 5200.

entreprises soumissionnaires sont tenues de mettre en œuvre ce principe, sous peine d'exclusion, et indépendamment de la question de savoir si elles ont les capacités suffisantes pour réaliser le marché soumissionné³⁰. Les autorités compétentes de chaque canton édictent des dispositions d'exécution, qui doivent être conformes à l'A-IMP (art. 3). De plus, chaque canton vérifie le respect, par les soumissionnaires et les pouvoirs adjudicateurs, des dispositions en matière de marchés publics, tant durant la procédure de passation qu'après l'adjudication (art. 19 al. 1 A-IMP).

En pratique, plusieurs cantons procèdent activement au contrôle du respect de l'égalité salariale dans le cadre de l'adjudication de marchés publics³¹.

La Loi vaudoise sur les marchés publics du 24 juin 1996 (LMP-VD)³² prévoit le respect du principe d'égalité entre femmes et hommes lors de l'octroi de marchés publics (art. 6 al. 1 let. f). De même, selon le Règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics du 7 juillet 2004 (RLMP-VD), « l'adjudicateur s'assure que les soumissionnaires respectent [...] les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail et de salaire, ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes » (art. 6 al. 2 let. a).

Le RLMP-VD précise que les conditions de travail et de salaire sont celles fixées par les conventions collectives et les contrats-types de travail ; en leur absence, ce sont les prescriptions usuelles de la branche professionnelle qui s'appliquent. Lorsque des prestations sont exécutées à l'étranger, la loi vaudoise impose explicitement le respect des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du Travail (OIT) mentionnées dans l'annexe 2 (art. 6 al. 3).

2.2.2.2. En matière de subventions

En ce qui concerne les subventions, le respect de l'égalité salariale et son contrôle sont réglementés dans le canton de Vaud.

La Loi sur les subventions du 22 février 2005 (LSubv)³³ prévoit que l'autorité compétente peut imposer au bénéficiaire des charges et des conditions (art. 17 LSubv). La loi conditionne plus particulièrement l'attribution des subventions au respect du principe d'égalité entre les femmes et les hommes (art. 2 et 3 al. 2 LSubv).

Le Règlement d'application de la Loi sur les subventions du 22 novembre 2006 (RLSubv) prévoit que, pour l'octroi de la subvention, un système de contrôle interne est mis en place par l'autorité compétente (art. 3 al. 1 RLSubv). De plus, l'autorité compétente pour l'octroi

³⁰ ATF 140 I 285, c. 5.1.

³¹ À ce sujet, pour un aperçu des mesures prises dans les cantons et les communes, voir l'Étude Ecoplan, Égalité salariale dans le secteur public, Rapport succinct du 26.11.2019, www.ebg.admin.ch/Rapport_succinct_monitoring, consulté le 19.3.2020 ; cf. aussi equalpay.ebg.ch/Monitoring_de_l_eegalite_salariale_dans_le_secteur_public, consulté le 19.3.2020 et www.ebg.admin.ch/Charte_pour_l_eegalite_salariale_dans_le_secteur_public, consulté le 4.2.2020.

³² RS 726.01.

³³ RS VD 610.15.

de subventions dès 5 millions de francs doit s'assurer que « l'entité subventionnée a effectué l'autocontrôle de l'égalité salariale entre les femmes et les hommes selon une méthode éprouvée, par exemple l'outil "Logib", mis à disposition gratuitement par le Bureau fédéral de l'égalité entre les femmes et les hommes » (art. 3 al. 1 RLSubv). Un formulaire est par ailleurs à disposition des entités sollicitant une subvention afin qu'elles puissent y reporter le résultat de l'autocontrôle directement lors de la demande de subventionnement³⁴.

2.2.2.3. Commission de contrôle et modalités du contrôle

La mise en œuvre concrète de ces principes est réglée dans la Loi d'application dans le canton de Vaud de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LVLEg).

Ainsi, une Commission de contrôle (CoMPS) est instituée pour procéder ou faire procéder, ponctuellement, au contrôle du respect de l'égalité salariale entre les femmes et les hommes auprès des entreprises qui ont obtenu des marchés publics dans le canton et des entités subventionnées par l'Etat (art. 4b LVLEg).

La procédure de contrôle par la CoMPS s'effectue par tirage au sort. En principe, celui-ci désigne, par année, au minimum 10 entreprises adjudicataires de marchés publics ou 10 entités subventionnées qui seront contrôlées (art. 4c al. 1 LVLEg).

La CoMPS procède ensuite ou fait procéder, par une personne experte externe, à la vérification du respect de l'égalité de traitement salarial entre les femmes et les hommes (art. 4c al. 1 LVLEg). S'il en ressort que le principe n'est pas respecté, la Commission de contrôle impartit à l'entreprise ou à l'entité contrôlée un délai de 90 jours pour adopter des mesures correctives et pour démontrer, à ses frais, qu'elle s'est mise en conformité. Cette décision rappelle les sanctions encourues à défaut d'exécution (art. 4c al. 2 LVLEg).

Les rapports établis par la Commission de contrôle sont transmis à l'adjudicateur, à l'Autorité cantonale de surveillance des marchés publics ou à l'entité qui octroie la subvention (art. 4c al. 3 LVLEg). La Commission de contrôle tient une liste non publique des entreprises ou entités contrôlées (art. 4c al. 4 LVLEg). La Commission de contrôle met en place une procédure sécurisée d'interrogation des données en ligne permettant aux services de l'Administration cantonale vaudoise, aux autorités communales ainsi qu'aux autres entités soumises à la législation sur les marchés publics de savoir si une entreprise ou une entité a fait l'objet d'un contrôle et quel en a été le résultat (art. 4c al. 5 LVLEg).

Le Règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 d'application dans le canton de Vaud de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes du 20 juin 2018 (RLVLEg) prévoit, quant à lui, les modalités de nomination et de composition de la CoMPS (art. 5 RLVLEg).

Le système n'attribue aucun pouvoir coercitif à la CoMPS, qui ne peut que procéder aux contrôles, informer l'entreprise qui en est l'objet des risques encourus et lui impartir, cas échéant, un délai pour se mettre en conformité avec la loi. En cas d'inaction, il appartient à

³⁴ Cf. www.vd.ch/Autocontrôle_de_l'égalité_salariale_loi_sur_les_subventions, consulté le 4.2.2020.

l'autorité adjudicatrice, l'Autorité de surveillance des marchés publics ou le service octroyant des subventions – et non à la CoMPS, de sanctionner, cas échéant, l'entité sur la base des art. 29 ss LSubv, respectivement 14a LMP-VD.

2.2.3. Synthèse

Le canton de Vaud a développé un système légal conforme et complémentaire au droit fédéral, qui habilite expressément la CoMPS à effectuer des contrôles de l'égalité salariale dans deux domaines précis que sont les marchés publics et les subventions octroyées par l'Etat de Vaud. Le principe et la légalité de ces contrôles au regard de la LEg et du droit fédéral n'est pas discuté. En revanche, des questions pratiques peuvent se poser, dans le cadre de leur exécution, notamment dans les branches soumises à des conventions collectives de travail, comme cela sera examiné dans la suite de cette étude.

3. Système légal relatif aux conventions collectives de travail (CCT)

Le présent chapitre vise à exposer en quoi consistent les conventions collectives de travail et quel est leur fonctionnement. Une attention particulière sera portée aux questions de rémunération et de salaire minimum, ainsi qu'à la mise en œuvre des CCT.

3.1. Parties à la CCT et personnes liées

Les CCT sont définies et réglementées par le Code des obligations (art. 356-358 CO³⁵). À teneur de loi, il s'agit des « accords par lesquels des employeurs ou associations d'employeurs, d'une part, et des associations de travailleurs, d'autre part, établissent en commun des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail entre employeurs et travailleurs intéressés » (art. 356 al. 1 CO). Ainsi, seuls peuvent être parties à la CCT (et donc la négocier, la conclure ou y adhérer), les employeuses ou employeurs (entreprise, administration ou personne physique) ou les organisations patronales, d'une part, et les associations syndicales, d'autre part. En revanche, la personne salariée, seule, ne peut pas conclure une CCT et n'a donc jamais la qualité de partie³⁶.

Les CCT peuvent s'appliquer plus largement qu'entre leurs parties, de sorte qu'il convient de ne pas confondre la qualité de partie à la CCT avec celle de personne liée³⁷. Sont notamment des personnes liées, celles qui sont, à la fois, employées par une entreprise partie à la CCT et membre d'un syndicat signataire.

³⁵ RS 220.

³⁶ CHRISTIAN BRUCHEZ in ARTHUR ANDERMATT & AL. (Ed.), *Droit collectif du travail*, Bâle 2010, N 17 ss ad art. 356 CO.

³⁷ REMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, Berne 2019, p. 1045 ; TF, 2A.452/2000 du 25.06.2001, c. 1d) ; ACST/10/2016 du 29.08.2016, c. 4b/aa.

3.2. Nature, contenu et effets

Les CCT sont régies par le droit privé. Il est possible, à certaines conditions, qu'une CCT soit, par décision de l'autorité compétente, étendue et rendue obligatoire au niveau cantonal ou national (voir la Loi sur l'extension des conventions collectives de travail, LECCT³⁸, notamment art. 7). La CCT s'applique dès lors à l'ensemble des entreprises d'une branche économique ou d'une profession sur un territoire donné, en fonction de la décision d'extension (art. 1 al. 1 LECCT). La CCT continue néanmoins à revêtir un caractère de droit privé³⁹.

En tant qu'instrument de droit privé, les CCT sont soumises au droit impératif de la Confédération et des cantons (art. 358 CO) et doivent en particulier respecter l'égalité salariale entre femmes et hommes (art. 3 LEg)⁴⁰. Les CCT visent notamment à favoriser la protection des personnes salariées et l'égalité entre ces dernières⁴¹.

La CCT contient tout d'abord des règles sur la conclusion (forme, début du contrat), le contenu (tâches, rémunération, horaires, etc.) et la fin (mode et délai de résiliation) des contrats individuels de travail conclus entre personnes et entités liées par la CCT. Les règles fixant les salaires et en particulier les salaires minimaux font partie de ces clauses dites « normatives », qui sont de nature impérative, et auxquelles le contrat individuel de travail ne peut donc pas déroger (art. 357 al. 1 et 2 CO)⁴². Ces clauses s'appliquent directement aux contrats individuels de travail, mais peuvent également y être intégrées⁴³.

Outre les dispositions relatives aux conditions contractuelles de travail, les CCT peuvent contenir d'autres clauses, dites « semi-normatives », concernant les rapports « entre employeurs et travailleurs » (art. 356 al. 2 CO). Les CCT peuvent également régler leurs propres modalités, soit les droits et obligations réciproques de leurs parties contractantes, ainsi que le contrôle et l'exécution des clauses convenues (art. 356 al. 3 CO) – clauses dites « obligationnelles »⁴⁴.

Les rapports entre salaire minimum, égalité salariale et CCT vont être examinés davantage ci-dessous, en lien plus concrètement avec les modalités de contrôle du respect des normes en vigueur.

³⁸ RS 221.215.311.

³⁹ ATF 143 I 403, TF, 2C_774/2014 du 21.07.2017, c. 7.3.2 ; TF, 2A.452/2000 du 25.06.2001, c. 1d) ; ACST/10/2016 du 29.08.2016, c. 4b/aa.

⁴⁰ BRUCHEZ *in* ANDERMATT & AL., N 13 ss *ad* art. 358 CO ; WYLER/HEINZER, p. 1062.

⁴¹ ATF 121 III 168, c. 3a)aa), JdT 1996 I 52: la CCT « sert à protéger la partie économiquement la plus faible, à garantir un traitement égal des travailleurs, à prévenir des conflits sociaux et à régler les conditions d'embauche par un ensemble de règles relativement souples ».

⁴² ATF 139 III 60, c. 5.1 ; TF, 4A_452/2012 du 03.12.2012, c. 2.3 ; ACST/10/2016 du 29.08.2016, c. 4b/aa.

⁴³ TF, 4C.74/2003 du 02.10.2003, c. 2.1 ; CHRISTIAN BRUCHEZ *in* JEAN-PHILIPPE DUNAND/PASCAL MAHON (Ed.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, p. 1135 n. 45 *ad* art. 356 CO ; WYLER/HEINZER, p. 1053.

⁴⁴ WYLER/HEINZER, p. 1056.

3.3. Mise en œuvre et observation des CCT

3.3.1. Système de contrôle privé et paritaire

Les CCT peuvent contenir des clauses (dites « obligationnelles ») réglant les droits et obligations des parties contractantes, ainsi que le contrôle et l'exécution des clauses « normatives » (art. 356 al. 3 CO). Du fait du caractère privé des CCT (même étendues)⁴⁵, il revient en effet aux parties, à l'exclusion des autorités de contrôle publiques, de veiller à sa bonne observation. À cette fin, les associations interviennent auprès de leurs membres en usant, au besoin, des moyens que leur confèrent leurs statuts et la loi (art. 357a CO).

Les associations qui négocient et concluent une CCT peuvent stipuler qu'elles auront le droit, en commun, d'exiger le respect des clauses « normatives » (portant sur la conclusion, l'objet - notamment le salaire - et la fin des contrats individuels de travail). Seule une action en constatation est toutefois admissible (art. 357b al. 1 let. a).

Concrètement, les parties à la CCT mettent sur pied un organe de contrôle paritaire, souvent désigné comme « commission paritaire ». Celui-ci a généralement le mandat d'effectuer des contrôles du respect de la CCT et de s'assurer qu'il est mis fin et remédié aux violations commises. Il peut également infliger une peine conventionnelle (art. 357b al. 1 let. c)⁴⁶. Les attributions de l'organe de contrôle et les modalités de son action dépendent toutefois de chaque CCT. La commission paritaire est dépourvue de la personnalité juridique. Elle peut toutefois disposer de la capacité juridique, afin d'agir en justice si nécessaire (par exemple, action en constatation ou en exécution contractuelle en cas de peine conventionnelle)⁴⁷.

C'est le lieu de préciser à nouveau que l'action des commissions paritaires revêt un caractère strictement privé. Ces organes ne peuvent rendre aucune décision de type administratif, ni revêtant d'aucune manière un caractère de force publique. Seule une action judiciaire de droit privé peut permettre de rendre exécutoires les décisions rendues par l'organe de contrôle⁴⁸. La commission ne peut cependant pas directement exiger en justice le respect des clauses de la CCT⁴⁹. Il n'y a aucun instrument de droit public permettant de contrôler et d'assurer le respect d'une CCT⁵⁰.

Les organes paritaires disposent d'une autonomie qui doit être respectée par les organes étatiques de contrôle des conditions de travail, quels que soient les mécanismes de surveillance prévus par la loi⁵¹. La compétence et l'autonomie des commissions paritaires

⁴⁵ Cf. ci-dessous à ce sujet les développements relatifs à la Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et au contrôle des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail, LDét, RS 823.20. Cf. l'art. 8 LDét.

⁴⁶ ATF 134 III 541, c. 4.2, 4.3.

⁴⁷ ATF 140 III 391, c. 2.1 ; ATF 134 III 541, c. 4.2, 4.3. Cf. aussi GABRIEL AUBERT in LUC THÉVENOZ/Franz WERRO (Ed.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, Bâle 2012, N 2 ss ad art. 357b CO.

⁴⁸ TF, 9C_614/2009 du 28.01.2010, c. 3.2.2 ; TF, 4A_300/2007 du 06.05.2008, c. 1 ; WYLER/HEINZER, p. 1095 s. et les références citées. Cf. aussi AUBERT, N 2 ss ad art. 357b CO.

⁴⁹ ACST/10/2016 du 29.08.2016, c. 4b/aa.

⁵⁰ ACST/10/2016 du 29.08.2016, c. 4b/aa ; BRUCHEZ in DUNAND/MAHON, N 7 ad art. 357b CO.

⁵¹ ACST/10/2016 du 29.08.2016, c. 6 et 7.

mérite une attention particulière dans le cadre des contrôles étatiques en matière d'égalité salariale, comme cela sera exposé par la suite⁵².

3.3.2. Contrôle par les pouvoirs publics

La question de la marge de manœuvre des pouvoirs publics quant à la conclusion, à l'adhésion et à l'application des CCT mérite d'être posée. En d'autres termes, les autorités publiques ont-elles le droit d'imposer la conclusion ou l'application d'une CCT ?

En vertu du système prévu par le droit fédéral, les organes de contrôle étatiques (cantonaux) n'ont autorité pour contrôler ni le contenu des CCT, ni leur bonne application, domaine réservé aux organes de contrôle privés ou aux partenaires sociaux. La mission des organes de contrôle publics est essentiellement définie par la Loi sur le travail (LTr⁵³) qui instaure les règles « fondamentales » impératives de protection des personnes salariées (protection notamment de leur santé et de leur sécurité). Le contrôle par les organes publics porte sur le respect de ces normes légales impératives, et non des CCT.

En revanche, les cantons ont le droit de recourir à des moyens de contrainte indirecte afin de favoriser une application large des CCT⁵⁴. Dans le cadre des aides de l'Etat telles que les subventions, la personne ou entité qui les sollicite doit accepter de se soumettre aux conditions et charges fixées. Les conditions et charges imposées doivent toutefois être conformes au droit fédéral et cantonal pertinent⁵⁵. Le Tribunal fédéral a rendu à ce sujet deux arrêts de principe⁵⁶.

Un arrêt portait sur une initiative jurassienne prévoyant que l'aide publique aux entreprises serait « subordonnée à la conclusion par celles-ci d'une convention collective de travail, ainsi qu'au respect du principe de l'égalité entre hommes et femmes s'agissant des conditions d'emploi, notamment de rémunération ». Le Tribunal a considéré qu'une telle règle constituait une tentative d'extension déguisée des CCT, contraire au droit, ne respectant pas les procédures de conclusion, d'extension ou encore d'opposition prévues par la LECCT⁵⁷.

La Haute Cour souligne le risque d'atteinte à la liberté économique (art. 27 Cst) et à la liberté d'association (art. 23 Cst), soit notamment la faculté d'aménager ses rapports contractuels, et en particulier le droit des parties employeuse, d'une part, et salariée, d'autre part, de négocier librement les conditions de travail⁵⁸. Une obligation de conclusion de CCT limiterait de manière excessive la liberté d'accès au marché des entreprises extérieures au canton et pourrait s'avérer contraire au droit fédéral en matière de concurrence⁵⁹. L'obligation de conclure une CCT porte également une atteinte disproportionnée au droit de ne pas adhérer

⁵² Cf. *infra* 4.2.3.4.

⁵³ RS 822.11 ; cf. art. 40 ss, notamment 42.

⁵⁴ ATF 124 I 107, c. 2e).

⁵⁵ ATF 124 I 107, c. 2e).

⁵⁶ ATF 102 Ia 533, c. 7 ; ATF 124 I 107.

⁵⁷ ATF 124 I 107, c. 2e).

⁵⁸ ATF 124 I 107, c. 3 et 4. La décision, rendue sous l'égide de l'ancienne constitution se référait à la liberté de commerce et d'industrie consacrée à son art. 31.

⁵⁹ Spécifiquement il s'agirait d'une violation des principes de la Loi sur le marché intérieur, LMI, RS 943.02 ; ATF 124 I 107, c. 2f). Voir aussi ATF 130 I 258, JdT 2005 I 692, c. 2.

à une CCT en dehors d'une procédure formelle d'extension et à la liberté des autres parties à la CCT, dont le consentement est nécessaire à toute adhésion⁶⁰. Il en découle qu'une obligation de conclusion d'une CCT est contraire au droit⁶¹.

En revanche, dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a admis la validité d'une règle cantonale excluant l'adjudication de travaux publics aux soumissionnaires qui ne s'engageaient pas à appliquer à leur personnel les conditions prévues par les conventions collectives de travail des diverses branches intéressées⁶². En effet, l'exigence du respect des clauses d'une CCT en vigueur ne permet pas aux autorités publiques (en l'occurrence cantonales) de régir directement les rapports de travail en tant que tels, ni d'influer sur le contenu même du contrat collectif⁶³. Selon le Tribunal fédéral, « la réglementation cantonale en cause tendait à privilégier les entreprises assurant des conditions de travail satisfaisantes : en favorisant le respect du contrat collectif de travail, elle ne violait ni le sens ni l'esprit de la législation fédérale. (...) Le législateur fédéral avait, par la LECCT, créé un instrument permettant, à certaines conditions, l'application des CCT sur l'ensemble du territoire suisse. Les cantons n'en perdaient pas pour autant le droit d'user de leur poids économique pour promouvoir sur leur sol l'adoption ou le respect des CCT »⁶⁴. En l'espèce, l'obligation de respecter les conditions prévues par une CCT a été considérée par le Tribunal fédéral comme conforme au droit.

La question du contenu des contrôles dans le contexte de CCT, notamment en matière d'égalité salariale et en lien avec des marchés publics et subventions, sera examinée plus en détail ci-dessous⁶⁵.

4. Lien entre le principe d'égalité salariale et les CCT

Ainsi que cela a été précisé à plusieurs occasions, l'égalité salariale est un principe de droit impératif que les CCT doivent respecter. La question de l'égalité salariale entre femmes et hommes est liée à (mais ne saurait être confondue avec) celle du salaire minimal.

Il convient d'examiner, dans le présent chapitre, comment un salaire minimal est fixé :

- par l'Etat, via une loi cantonale (4.1.1.) ou, sur proposition d'une commission tripartite, via un contrat-type de travail (art. 360a CO) (4.1.2.) ;
- par les partenaires sociaux négociant une CCT (4.1.3.).

⁶⁰ ATF 124 I 107, c. 4.

⁶¹ ATF 124 I 107, c. 2-4.

⁶² ATF 102 Ia 533, c. 7.

⁶³ ATF 102 Ia 533, c. 7 ; ATF 124 I 107, c. 2d).

⁶⁴ ATF 124 I 107, c. 2d, qui traduit en français l'ATF 102 Ia 533, c. 7.

⁶⁵ Cf. *infra* 4.2.4, 6.1.2 et 6.2.

Par ailleurs, il conviendra d'examiner les possibles liens entre la fixation d'un salaire minimum et l'égalité salariale entre femmes et hommes, ainsi que la place donnée à cette dernière dans les négociations, puis dans le contenu des CCT (4.2).

4.1. Buts, critères d'évaluation et modalités du salaire minimum

4.1.1. Dans la loi

4.1.1.1. Instauration de règles portant sur le salaire minimum dans la loi

Le système juridique suisse repose sur l'idée selon laquelle les salaires minimaux doivent être fixés essentiellement dans les CCT, à savoir dans des accord privés propres à prendre en compte les spécificités de chaque branche⁶⁶. Dans ce cadre, l'existence et le montant d'un éventuel salaire minimal est discuté et négocié entre les partenaires sociaux, sans intervention étatique. Le législateur fédéral s'est jusqu'à ce jour abstenu d'imposer un salaire minimum à l'échelle nationale, mesure considérée comme contraire au principe de la liberté contractuelle (art. 27 Cst. et 322 CO)⁶⁷.

En réponse à une motion n° 98.3564 du 10 décembre 1998⁶⁸, le Conseil fédéral déclarait en l'an 2000 : « le salaire minimum légal n'est pas en accord avec le système suisse du marché de l'emploi. Dans notre pays, c'est aux partenaires sociaux qu'il appartient de fixer les salaires et de définir les conditions de travail. C'est pourquoi le Conseil fédéral continue de miser sur les conventions collectives de travail et les règles relatives à leur déclaration d'extension »⁶⁹. Puis, en 2008, c'est le Conseil national, refusant l'initiative parlementaire n° 05.425 du 17 juin 2005⁷⁰ en faveur de l'instauration d'un salaire minimum interprofessionnel garanti (SMIG), qui a indiqué ce qui suit : « la question du salaire minimum ne doit pas être réglée par voie légale, mais doit être laissée aux partenaires sociaux, lesquels, dans le cadre des conventions collectives de travail, peuvent trouver des solutions adaptées aux différentes situations des branches ». Ces motifs ont encore été répétés à l'appui du refus du Conseil national de donner suite à l'initiative parlementaire n° 08.411 du 19 mars 2008⁷¹, proposant l'inscription, dans la Constitution fédérale, du droit à un salaire minimum⁷².

Malgré ces refus sur le plan fédéral, plusieurs initiatives en vue de l'instauration dans la loi d'un salaire minimum cantonal ont vu le jour ces dernières années. La licéité d'une telle

⁶⁶ TF, 1C_357/2009 du 08.04.2010, c. 3.1 et les références citées. Voir également ISABELLE WILDHABER, "Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz", ARV online 2014 Nr 1, § 6-8.

⁶⁷ TF, 1C_357/2009 du 08.04.2010, c. 3.2.1. Cf. ISABELLE WILDHABER, § 6-8.

⁶⁸ www.parlament.ch/98.3564, Salaire minimum légal de 3000 francs par mois, consulté le 4.12.2019.

⁶⁹ TF, 1C_357/2009 du 08.04.2010, c. 3.1.

⁷⁰ www.parlament.ch/05.425, Instauration du salaire minimum interprofessionnel garanti, consulté le 4.12.2019.

⁷¹ www.parlament.ch/08.411, Droit à un salaire minimum dans la Constitution fédérale, consulté le 4.12.2019.

⁷² TF, 1C_357/2009 du 08.04.2010, c. 3.1.

démarche a été mise en doute à diverses reprises au regard de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons (art. 49, 110, 122 al. 1 Cst.)⁷³.

En effet, en raison du principe de primauté du droit fédéral, ce dernier l'emporte sur le droit cantonal qui lui est contraire (art. 49 al. 1 Cst.). Les cantons ne sont pas autorisés à légiférer dans les matières exhaustivement réglementées par le droit fédéral⁷⁴, parmi lesquelles le droit du travail (art. 110, 122 al. 1 Cst., art. 5 Code civil, CC⁷⁵). Toutefois, même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine si elle ne viole ni le sens ni l'esprit du droit fédéral, si elle poursuit un autre but que celui recherché par le droit fédéral⁷⁶ et si ce dernier ne l'exclut pas⁷⁷.

Ainsi, comme exposé au chiffre suivant, le Tribunal fédéral a récemment jugé conforme à la répartition des compétences entre Confédération, d'une part, et cantons, d'autre part, l'instauration d'un salaire minimum cantonal à Neuchâtel, dans la mesure où il s'agissait d'une règle visant avant tout un objectif de politique sociale (lutte contre la pauvreté) et non d'une réglementation de droit du travail⁷⁸.

Le salaire minimum cantonal existe également dans le canton du Jura⁷⁹ et a été récemment voté par le parlement tessinois⁸⁰. Dans le canton du Jura, le salaire minimum, fixé à CHF 20.-/heure (art. 5 de la Loi sur le salaire minimum cantonal) ne s'applique pas s'il existe un salaire minimum fixé dans une CCT – CCT de branche de force obligatoire ou CCT applicable dans une entreprise, avec salaire minimum chiffré – (art. 3 al. 3 de la Loi sur le salaire minimum cantonal). Le rôle des CCT en matière de salaire minimum reste ainsi essentiel. De plus, les salaires prévus par les contrats-types de travail priment (art. 3 al. 4 de la Loi sur le salaire minimum cantonal).

4.1.1.2. Nature et buts du salaire minimum légal

L'instauration d'un salaire minimum légal est admissible à des conditions particulières et strictes, selon la jurisprudence fédérale.

⁷³ TF, 1C_357/2009 du 08.04.2010 ; ATF 143 I 403, TF, 2C_774/2014 du 21.07.2017 (et aussi 2C_813/2014, 2C_815/2015, 2C_816/2014).

⁷⁴ TF, 1C_33/2013 du 19.05.2014, c. 2.1 ; ATF 143 I 403, TF, 2C_774/2014 (et aussi 2C_813/2014, 2C_815/2015, 2C_816/2014) du 21.07.2017, c. 7.

⁷⁵ RS 210.

⁷⁶ TF, 1C_33/2013 du 19.05.2014, c. 2.1 ; ATF 143 I 403, TF, 2C_774/2014 du 21.07.2017, c. 7 ; ACST/10/2016 du 29.08.2016, c. 3b. Voir à ce sujet les développements relatifs au salaire minimum et aux raisons sous-jacentes (protection des travailleurs versus lutte contre la pauvreté), *infra* 4.1.1.2 et 4.1.1.3 et dans l'ATF 143 I 403.

⁷⁷ ACST/10/2016 du 29.08.2016, c. 3b.

⁷⁸ ATF 143 I 403, TF, 2C_774/2014 du 21.07.2017, c. 4, 7 (7.5.3).

⁷⁹ Loi sur le salaire minimum cantonal du 22.11.2017, RS JU 822.41.

⁸⁰ [www4.ti.ch/Messaggio_7452, Nuova Legge sul salario minimo](http://www4.ti.ch/Messaggio_7452_Nuova_Legge_sul_salario_minimo), consulté le 17.12.2019 ; <https://www.rsi.ch/Il-Ticino-ha-il-salario-minimo>, consulté le 17.12.2019. L'entrée en vigueur est prévue le 01.01.2021.

En 2010, le Tribunal fédéral a été saisi d'un recours contre une initiative cantonale genevoise visant l'instauration d'un salaire minimum⁸¹. Les juges ont retenu l'approche des autorités fédérales précitées et confirmé que les buts de protection des travailleuses et travailleurs étaient du ressort du droit fédéral⁸². Toutefois, le Tribunal fédéral a admis que l'instauration du salaire minimum légal pourrait valablement poursuivre un autre but que celui du droit fédéral, à savoir la participation à la lutte contre la pauvreté et la tentative de protéger le public dans son ensemble⁸³.

Plus récemment, le Tribunal fédéral a examiné ce point en détail dans le cadre de l'instauration du salaire minimum neuchâtelois.

La Constitution neuchâteloise prévoit que « L'Etat institue un salaire minimum cantonal dans tous les domaines d'activité économique, en tenant compte des secteurs économiques ainsi que des salaires fixés dans les conventions collectives, afin que toute personne exerçant une activité salariée puisse disposer d'un salaire lui garantissant des conditions de vie décentes » (art. 34a Cst. NE)⁸⁴. Ce principe est mis en œuvre dans la Loi neuchâteloise sur l'emploi (LEmpl/NE), aux art. 32a à 32e⁸⁵, qui a été attaquée en justice.

Selon le Tribunal fédéral, « l'institution du salaire minimum a pour but de lutter contre la pauvreté et de contribuer ainsi au respect de la dignité humaine (art. 7 Cst.) »⁸⁶. Ainsi, l'objectif principal de l'instauration d'un salaire minimum à Neuchâtel était d'assurer aux travailleuses et travailleurs des conditions de vie décentes. En sus de lutter contre la pauvreté dans le canton de Neuchâtel, le salaire minimum devait enrayer, de façon spécifique, le phénomène des "working poor", en améliorant les conditions de vie des personnes salariées et en leur permettant de vivre de leur emploi sans devoir recourir à l'aide sociale étatique⁸⁷.

4.1.1.3. Détermination du montant du salaire minimum légal

Dans son arrêt du 8 avril 2010 concernant l'initiative genevoise sur le salaire minimum, le Tribunal fédéral avait précisé que « les montants des salaires minima devront se situer à un niveau relativement bas, proche du revenu minimal résultant des systèmes d'assurance ou d'assistance sociale, sous peine de sortir du cadre de la "politique sociale" pour entrer dans celui de la "politique économique" »⁸⁸. Le montant du salaire minimum doit dès lors assurer la couverture des besoins vitaux et, partant, se fonder sur le revenu minimal résultant des systèmes soit de l'assurance sociale, soit de l'assistance sociale⁸⁹.

⁸¹ TF, 1C_357/2009 du 08.04.2010.

⁸² TF, 1C_357/2009 du 08.04.2010, c. 3.2.

⁸³ TF, 1C_357/2009 du 08.04.2010, c. 3.2.1.

⁸⁴ RS NE 101. Cette disposition est suivie de celle sur la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes (art. 35).

⁸⁵ RS NE 813.10.

⁸⁶ ATF 143 I 403, c. 5.4.1.

⁸⁷ ATF 143 I 403, c. 5.4.1 et 5.4.2.

⁸⁸ ATF 143 I 403, c. 5.4.3 ; TF, 1C_357/2009 du 08.04.2010, c. 3.3.

⁸⁹ ATF 143 I 403, c. 5.4.3 ; TF, 1C_357/2009 du 08.04.2010, c. 3.3.

Dans le cadre du salaire minimum neuchâtelois, compte tenu des principes dégagés par les juges fédéraux, ceux-ci ont admis que le tarif horaire minimum légal à Neuchâtel, fixé à CHF 20.-/heure ne visait qu'à assurer des « conditions de vie décentes »⁹⁰. Le montant du salaire minimum a été établi sur la base des prestations sociales (AVS/AI, prestations complémentaires) afin de permettre la couverture des besoins vitaux, le loyer et les frais accessoires, ainsi que l'assurance-maladie⁹¹, de sorte qu'il n'y avait pas à douter que le montant fixé correspondait au but de politique sociale poursuivi par la LEmpl/NE. Le montant ne visait, à l'inverse, pas à influencer sur le marché de l'emploi (lutte contre la sous-enchère notamment).

Il en découle, selon le Tribunal fédéral, que le droit fédéral est respecté et qu'il existe un espace, en droit cantonal, pour édicter un salaire minimum, pour autant que son montant corresponde aux buts de politique sociale poursuivis⁹².

4.1.1.4. Compétences de contrôle

S'agissant de droit impératif cantonal directement applicable, chaque personne employée qui estimerait être payée en violation du salaire minimum peut bien entendu saisir les tribunaux pour faire valoir son droit.

Par ailleurs, le Service de l'emploi veille à l'application dans le canton des législations fédérale et cantonale sur l'emploi (art. 4 al. 2 LEmpl/NE). Certaines tâches sont déléguées à la Commission tripartite chargée de l'observation du marché du travail (art. 77, 77a LEmpl/NE, 5 ss du Règlement portant sur l'application des dispositions de la loi sur l'emploi et l'assurance-chômage relatives au salaire minimum neuchâtelois - RSMin⁹³). La LEmpl/NE octroie à son Service de l'emploi une compétence de mise en œuvre du salaire minimal (art. 1 j 1bis). Toutefois, la loi ne prévoit pas explicitement une compétence du Service de l'emploi ou de la Commission pour effectuer des contrôles et prononcer des sanctions en la matière (seule la question du « travail illicite » est clairement réglementée, cette notion ne semblant pas comprendre le salaire minimum – art. 50 s. LEmpl/NE). La Commission tripartite a procédé à une observation de l'application du salaire minimum, tiré un bilan et adressé des recommandations aux parties employeuses contrevenantes. Il n'apparaît toutefois pas que la Commission dispose de compétences de contrôle à proprement parler, ni d'un pouvoir de sanction dans ce domaine⁹⁴. La loi relative au salaire minimum dans le canton du Jura ne prévoit pas non plus de compétences de contrôle.

En l'état, il convient dès lors d'en déduire que l'application des règles en matière de salaire minimal repose sur les justiciables. Il est à préciser toutefois qu'une motion n° 18.3473 « Optimisation des mesures d'accompagnement. Modification de l'article 2 de la loi sur les travailleurs détachés » (LDét)⁹⁵ a été déposée le 7 juin 2018 auprès de l'Assemblée fédérale

⁹⁰ ATF 143 I 403, c. 5.6.6.

⁹¹ ATF 143 I 403, c. 5.6.6.

⁹² ATF 143 I 403, c. 7.5.3 ss.

⁹³ RS NE 813.100.0.

⁹⁴ Cf. www.ne.ch/medias/salaire_minimum_est_globalement_applique et www.ne.ch/medias/rapport_salaire_minimum_pour_2017-2018, consultés le 22.01.2020.

⁹⁵ RS 823.20.

par le Conseiller aux Etats Fabio Abate. Cette motion propose d'inclure les salaires minimaux cantonaux dans la liste des conditions de travail devant être respectées selon l'art. 2 LDét, ce qui permettrait un contrôle étatique (art. 7 LDét) de ces salaires. La motion a été acceptée par les deux chambres de l'Assemblée fédérale, malgré le préavis négatif du Conseil fédéral⁹⁶. Le 22 avril 2020, ce dernier a mis en consultation un avant-projet de modification de la LDét visant à mettre en œuvre cette proposition⁹⁷.

4.1.2. Dans les contrats-types de travail

4.1.2.1. Nature et buts du salaire minimum contenu dans les contrats-types

Dans les branches où la négociation collective des conditions de travail est peu pratiquée, la Confédération ou les cantons peuvent édicter un contrat-type de travail (CTT), contenant notamment des clauses sur la rémunération (art. 359 al. 1 CO), auxquelles les parties au contrat individuel sont en principe libre de déroger (art. 360 al. 2 CO).

En sus de ce CTT dit « ordinaire », la Confédération et les cantons ont, depuis 2004, la compétence d'adopter un CTT fixant des salaires minimaux impératifs (art. 360a ss CO). Il ne peut pas être dérogé à un tel contrat-type de travail en défaveur de la personne salariée (art. 360d al. 2 CO). Introduit comme une des mesures d'accompagnement aux Accords bilatéraux avec l'Union européenne (ALCP)⁹⁸, l'instrument du CTT dit « impératif » a pour but de lutter contre une situation de sous-enchère salariale abusive et répétée au sein d'une branche ou une profession déterminée.

Ainsi, lorsqu'au sein d'une branche économique ou d'une profession, les salaires usuels dans la localité, la branche ou la profession font l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée (au sens de l'art. 360a al. 1 CO) et qu'il n'existe pas de convention collective de travail contenant des dispositions relatives aux salaires minimaux pouvant être étendue, l'autorité compétente peut édicter, sur proposition de la commission tripartite cantonale ou fédérale, un contrat-type de travail d'une durée limitée prévoyant des salaires minimaux différenciés selon les régions et, le cas échéant, selon les localités, dans le but de combattre ou de prévenir les abus (art. 360a al. 1 CO).

4.1.2.2. Détermination du montant du salaire minimum

En ce qui concerne le montant des salaires minimaux fixés par CTT, la commission tripartite formule « une proposition concrète »⁹⁹, dont l'autorité d'édiction ne doit en principe pas s'écarter. La loi précise que les salaires minimaux ne sauraient être contraires à l'intérêt général, ni « léser les intérêts légitimes d'autres branches économiques ou d'autres milieux de la population. Ils doivent tenir équitablement compte des intérêts des minorités dans les

⁹⁶ Cf. www.parlament.ch/18.3473, *Optimisation des mesures d'accompagnement*, consulté le 22.01.2020.

⁹⁷ Cf. [www.admin.ch/Communiqués du Conseil fédéral 22.04.2020](http://www.admin.ch/Communiqués_du_Conseil_fédéral_22.04.2020), consulté le 29.04.2020.

⁹⁸ RS 0.142.112.681.

⁹⁹ FF 1999 IV 5698.

branches économiques ou professions concernées, quand ces intérêts résultent de la diversité des conditions régionales et des entreprises » (art. 360a al. 2 CO). Ni la loi, ni les travaux préparatoires ne donnent davantage de précisions quant aux montants des salaires minimaux. Il s'avère toutefois que ceux-ci doivent être fixés sur la base d'une observation et d'une bonne connaissance du marché de l'emploi¹⁰⁰.

Afin d'élaborer le CTT économie domestique¹⁰¹ (seul CTT fédéral avec salaire minimaux impératifs), un groupe de travail composé de personnes expertes représentant les partenaires sociaux et les cantons avait été mis en place sous la direction du SECO. Le groupe avait en particulier reçu le mandat de formuler des propositions de salaires minimaux, de définir le champ d'application du CTT et de clarifier diverses autres question¹⁰². Au moyen de différentes études, notamment statistiques¹⁰³, il s'agissait de constater le salaire usuel (fourchette)¹⁰⁴ dans la profession, dans la branche et dans la localité, pour ensuite arrêter le salaire minimum. Le groupe de travail s'est référé en priorité aux salaires minimaux en vigueur dans des branches englobant des activités comparables, comme le nettoyage et l'hôtellerie-restauration. Il existe dans ces branches des CCT étendues qui sont valables dans toute la Suisse (Convention collective nationale de travail de l'hôtellerie-restauration) ou qui couvrent la majeure partie des grandes régions de Suisse alémanique et de Suisse romande (CCT du secteur du nettoyage pour la Suisse romande et CCT pour la branche du nettoyage en Suisse alémanique). A la lumière de ces textes, un salaire minimum a été fixé pour chaque catégorie de personnes employées¹⁰⁵. Pour le personnel non qualifié, le salaire minimum brut, sans les suppléments pour vacances et jours fériés payés, s'élève actuellement à CHF 19.20/heure (art. 5 CTT économie domestique).

4.1.2.3. *Compétences de contrôle*

Le contrat-type s'applique, sauf accord contraire, directement aux rapports de travail qu'il régit (art. 360 al. 1 CO), sans qu'il soit nécessaire de l'intégrer au contrat. Ainsi, toute personne qui y est soumise peut en exiger le respect en justice.

Par ailleurs, la loi prévoit un droit d'action direct pour les associations patronales ou syndicales qui peuvent ouvrir une action tendant à faire constater le respect ou le non-respect du contrat-type de travail (art. 360e CO).

¹⁰⁰ FF 1999 IV 5709 s. Voir aussi les remarques d'ISABELLE WILDHABER sur ce point, § 42.

¹⁰¹ Ordonnance sur le contrat-type de travail pour les travailleurs domestiques du 20 octobre 2010, RS 221.215.329.4. Ordonnance prorogée à trois reprises et valable jusqu'au 31.12.2022 (art. 9 CCT économie domestique).

¹⁰² Rapport explicatif sur le projet de contrat-type de travail (CTT) contenant des salaires minimums impératifs pour les travailleurs de l'économie domestique du 08.10.2010, p. 5.

¹⁰³ Rapport explicatif sur le projet de contrat-type de travail (CTT) contenant des salaires minimums impératifs pour les travailleurs de l'économie domestique du 08.10.2010, p. 6 ss.

¹⁰⁴ Rapport explicatif sur le projet de contrat-type de travail (CTT) contenant des salaires minimums impératifs pour les travailleurs de l'économie domestique du 08.10.2010, p. 7.

¹⁰⁵ Rapport explicatif sur le projet de contrat-type de travail (CTT) contenant des salaires minimums impératifs pour les travailleurs de l'économie domestique du 08.10.2010, p. 21.

Initialement, les autorités publiques n'étaient pas habilitées à contrôler le respect des CTT¹⁰⁶. Le droit fédéral prévoit toutefois, depuis 2013, une compétence de contrôle et de sanction pour les commissions tripartites instituées par les cantons et, respectivement, pour l'organe cantonal de contrôle en matière de respect du salaire minimal (art. 7 al. 1 let. b et 9 al. 2 let. f LDét). En pratique, les contrôles sont souvent délégués à l'inspection publique du travail (art. 7a al. 1 LDét). Il est à noter que le droit fédéral prévoit également, dans ce cadre, que les organes de contrôle privés et publics coordonnent leurs activités et collaborent entre eux (échange d'informations et de documents), dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches (art. 8 LDét, 13 al. 1 ODet¹⁰⁷).

4.1.3. Dans les CCT

La fixation d'un salaire minimal dans les CCT est rendue possible, si ce n'est favorisée, par la loi et encouragée par les institutions, tant fédérales que cantonales¹⁰⁸.

4.1.3.1. Nature et buts du salaire minimum conventionnel

Comme vu précédemment, les normes contenues dans les CCT revêtent un caractère entièrement privé, même en cas d'extension¹⁰⁹.

Les buts poursuivis par les partenaires sociaux ne sont pas déterminés par la loi, qui n'intervient pas dans le contenu des CCT (moyennant respect du droit impératif) et laisse à ces derniers une très grande autonomie. Il apparaît cependant que la fixation d'un salaire minimal dans les CCT vise la protection des travailleuses et travailleurs ainsi que la régulation des conditions de travail (par opposition à la lutte contre la pauvreté)¹¹⁰.

Par ailleurs, les CCT (notamment étendues) peuvent contribuer à la mise en œuvre d'une politique de l'emploi, en luttant contre des situations de sous-enchères salariales répétées et abusives dans une branche économique ou une profession particulière¹¹¹.

4.1.3.2. Détermination du montant du salaire minimum conventionnel

Jusqu'à récemment, l'absence de salaire minimum légal, fédéral comme cantonal, permettait aux partenaires sociaux de négocier et d'appliquer des salaires minimaux sans contrainte légale. La recherche d'un compromis et les négociations nécessaires entre les partenaires sociaux constituaient le cadre et la principale difficulté en la matière. Les personnes ou entités employeuses soumises à un salaire minimum cantonal légal doivent

¹⁰⁶ FF 1999 5699 ; rapport explicatif sur le projet de contrat-type de travail (CTT) contenant des salaires minimums impératifs pour les travailleurs de l'économie domestique du 08.10.2010, p. 24.

¹⁰⁷ Ordonnance sur les travailleurs détachés du 21 mai 2003, RS 823.201.

¹⁰⁸ Cf. *supra* 4.1.1.1.

¹⁰⁹ Cf. *supra* 3.2.

¹¹⁰ TF, 1C_357/2009 du 08.04.2010, c. 3.1 ; TF, 4C.194/2001, c. 2b.

¹¹¹ ATF 143 I 403, c. 5.6.5.

maintenant appliquer ce dernier à titre de droit impératif s'il est supérieur au salaire minimum prévu par la CCT (art. 358 CO)¹¹².

Le 27 août 2018, le Conseiller aux Etats Isidor Baumann a déposé une motion n° 18.3934 intitulée « Conventions collectives nationales de travail. Renforcer le partenariat social ». Cette motion suggérait que les CCT étendues prévalent sur les salaires minimaux cantonaux afin d'éviter qu'un salaire minimum cantonal n'ait la priorité sur une CCT étendue au niveau national. Cette motion a été rejetée par le Conseil des Etats le 19 décembre 2019¹¹³.

4.1.3.3. Compétences de contrôle

Les compétences de contrôle en matière de salaire minimum conventionnel sont du ressort des partenaires sociaux et en particulier, s'il existe, de l'organe de contrôle paritaire, à l'exclusion des autorités de contrôle publiques¹¹⁴.

Toutefois, ainsi que cela a été examiné précédemment, l'obligation faite, par une autorité adjudicatrice, à des soumissionnaires dans le cadre de marchés publics, d'assurer le respect de la CCT en vigueur dans la branche visée est, sur le principe, conforme au droit et peut constituer un moyen de contrôle indirect par les autorités publiques¹¹⁵.

En revanche, il a été jugé qu'imposer, dans le cadre d'une procédure d'adjudication d'un marché public, le respect d'un salaire minimum (déterminé par le pouvoir adjudicateur) supérieur au salaire minimum impératif fixé par une CCT (étendue au niveau cantonal) ne reposait sur aucune base légale et était contraire au principe de la liberté économique¹¹⁶. L'Etat peut contribuer au respect de la volonté des partenaires sociaux, mais il ne peut aller au-delà de cette volonté et imposer le respect d'un salaire minimum souverainement fixé. Ces considérations n'ont pas lieu dans les cantons qui disposent d'un salaire minimum légal qui devra être respecté dans toute procédure d'adjudication (cf. *supra* 4.1.1.4).

A noter que, l'égalité salariale étant un principe de droit impératif, l'Etat peut en exiger le respect sans se heurter aux limites précitées relatives au salaire minimum.

4.2. Prise en compte du principe d'égalité salariale dans les CCT

L'examen qui précède met en exergue la complexité entourant l'existence et les montants des divers types de salaires minimaux.

¹¹² Sauf dans le canton du Jura dont la loi prévoit que le salaire minimum impératif ne s'applique pas en cas de salaire minimum conventionnel. Voir à ce sujet *supra* 4.1.1.1.

¹¹³ Cf. www.parlament.ch/18.3934_CCT_nationales_Renforcer_le_partenariat_social et www.parlament.ch/Dépêche_ATS_les_CCT_ne_devraient_pas_prévaloir_sur_le_salaire_minimum_cantonal, consultés le 22.01.2020.

¹¹⁴ Cf. *supra* 3.3.1.

¹¹⁵ ATF 102 Ia 533, c. 7 ; ATF 124 I 107, c. 2d). Voir *supra* 2.2.2.

¹¹⁶ ATA/657/2011 du 18.10.2011, spécifiquement c. 10. Voir aussi ATA/713/2013 du 29.10.2013 et ATF 140 I 285.

Il sied d'examiner ci-après si le principe d'égalité salariale entre femmes et hommes est explicitement formulé et appréhendé dans le cadre de diverses CCT applicables dans le canton de Vaud.

4.2.1. CCT étendues au niveau national

L'examen des CCT étendues au niveau national (ou à un nombre important de cantons) permet de constater que le principe d'égalité (salariale) entre femmes et hommes ne figure pas explicitement dans les CCT¹¹⁷.

Les CCT suivantes, en particulier, n'en font pas mention :

- Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse ;
- Convention collective de travail romande du second-œuvre ;
- Convention collective de travail dans la branche des techniques du bâtiment ;
- Convention collective de travail pour la boulangerie-pâtisserie-confiserie artisanale suisse ;
- Convention collective nationale des coiffeurs ;
- Convention collective de travail de la branche des centres de contact et d'appel ;
- Convention collective de travail de la branche suisse de l'installation électrique et de l'installation de télécommunication ;
- Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés ;
- Convention collective de travail pour la boucherie-charcuterie suisse ;
- Convention collective de travail pour la branche des services de sécurité privés ;
- Convention collective de travail du secteur du nettoyage pour la Suisse romande ;
- Convention collective de travail de la location de services ;
- Convention collective de travail pour les échafaudeurs suisses ;
- Convention collective de travail des shops de stations-service suisses.

La Convention collective de travail pour l'industrie de la peinture et de la plâtrerie reprend en substance l'interdiction de discrimination consacrée par l'art. 8 al. 2 Cst. : « L'employeur veille à ce que le climat de travail entre les travailleurs soit respectueux et tolérant et qu'il n'y aient pas des désavantages ni de discriminations en raison du sexe, de l'âge, de l'origine, de la race, de l'orientation sexuelle, de la langue, de la classe sociale, de la forme de vie, de la religion, des idéologies ou des persuasions politiques, d'un handicap physique ou psychique ou de restrictions physiques. Les entrepreneurs veillent à ce que la culture de communication soit franche et sans contraintes afin de prévenir le harcèlement moral » (art. 23)¹¹⁸.

La Convention collective de travail romande du nettoyage des textiles expose, dans son préambule uniquement, que les parties signataires sont désireuses, ensemble, d'assurer l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

¹¹⁷ Pour accéder aux arrêtés d'extension et aux CCT : [www.seco.admin.ch/Conventions collectives de travail étendues](http://www.seco.admin.ch/Conventions_collectives_de_travail_étendues), consulté le 4.12.2019.

¹¹⁸ [www.seco.admin.ch/CCT pour l'industrie de la peinture et de la plâtrerie](http://www.seco.admin.ch/CCT_pour_l'industrie_de_la_peinture_et_de_la_plâtrerie), consulté le 5.12.2019.

En ce qui concerne la détermination des salaires, ceux-ci sont conçus comme des salaires minimaux et non comme une grille déterminant les salaires et leur progression. Les salaires minimaux sont répartis en trois à cinq catégories (selon les CCT examinées) et déterminés essentiellement par la formation et la qualification des employés. Ils sont parfois influencés par les années d'expérience professionnelle des personnes salariées (en général, seules les cinq premières années sont prises en compte)¹¹⁹ et, plus rarement, par la région dans laquelle elles travaillent et donc le coût de la vie¹²⁰.

Il sied de mentionner deux CCT dont le fonctionnement salarial diffère, à tout le moins partiellement, des autres, à savoir la CCT du nettoyage et celle de la branche de la sécurité. En sus des montants minimums dépendant de la formation et de l'expérience professionnelle acquises, la CCT du nettoyage prévoit en effet des majorations de salaire en fonction du nombre de personnes supervisées.

La CCT de la branche de la sécurité prévoit, quant à elle, des catégories différentes selon le nombre d'heures d'engagement annuelles. Le personnel engagé pour effectuer entre 1801 et 2300 heures par année (catégorie A) jouit d'un meilleur salaire horaire (CHF 25.90) que celui engagé pour 901 à 1800 heures par année (catégorie B, CHF 24.-/heure) ou celui qui ne doit pas effectuer davantage que 900 heures annuelles (catégorie C, CHF 22.20-23.20 selon la région)¹²¹. Dans la mesure où il apparaît qu'un plus faible taux d'occupation entraîne un salaire inférieur, ce système salarial pourrait s'avérer discriminatoire envers les femmes, plus souvent employées à temps partiel.

Les autres critères qui auraient pu être pris en considération lors des négociations pour fixer les montants des salaires minimaux (responsabilité, pénibilité, etc.) ne ressortent pas des textes des CCT. Les salaires minimaux prévus laissent une grande autonomie aux parties.

4.2.2. CCT étendues dans le canton de Vaud

Plusieurs CCT sont étendues dans le canton de Vaud, à savoir :

- Convention collective de travail des bureaux d'architectes et ingénieurs vaudois ;
- Convention collective de travail des paysagistes et entrepreneurs de jardins du canton de Vaud ;
- Convention collective de travail des métiers de la pierre du canton de Vaud ;
- Convention collective de travail des bureaux d'ingénieurs géomètres vaudois ;
- Convention collective de travail des garages du canton de Vaud ;
- Convention collective de travail de la ferblanterie, de la couverture, de l'installation sanitaire, du chauffage, de la climatisation et de la ventilation dans le canton de Vaud¹²².

¹¹⁹ Cf. CCT de la branche des techniques du bâtiment ; CCT de la branche suisse de l'installation électrique et de l'installation de télécommunication.

¹²⁰ Cf. CCT du secteur principal de la construction en Suisse ; CCT de la branche des centres de contact et d'appel ; CCT pour la boucherie-charcuterie ; CCT pour la location de services ; CCT des shops de stations-service suisses.

¹²¹ Art. 8 et Annexe 2 CCT de la branche de la sécurité.

¹²² www.vd.ch/economie/CCT_et_contrats-types, consulté le 5.12.2019.

Aucune de ces CCT ne reprend expressément le principe de l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

Les salaires minimaux sont fixés essentiellement en lien avec une formation ou une fonction et, parfois, avec le nombre d'années d'expérience, de manière plus ou moins précise (de un à cinq paliers environ), mais sans atteindre le niveau de complexité d'une grille de fonctions et de traitement tels qu'on peut les trouver dans la fonction publique. Il s'agit ici aussi véritablement de salaires minimaux, qui empiètent peu sur l'autonomie des parties et n'ont pas pour vocation de fixer uniformément les salaires.

4.2.3. Autres exemples de CCT en vigueur dans le canton de Vaud

4.2.3.1. CCT cantonale dans le secteur social parapublic

Le secteur social parapublic dispose, dans le canton de Vaud, d'une CCT qui prévoit que « le travailleur a droit à un salaire correspondant à la fonction qu'il occupe, en proportion de son taux d'activité » (art. 3.1 al. 1). La définition et la classification de chaque fonction font l'objet d'une annexe (n° 2) à la CCT (art. 3.1 al. 2)¹²³. Celle-ci détaille les divers métiers, ainsi que les diplômes ou certifications y relatifs, déterminant ainsi une fourchette de classes salariales minimales et maximales.

De plus, le salaire à l'engagement (soit la détermination exacte du salaire au sein de la fonction) est fixé en tenant compte de la formation professionnelle de la personne salariée, de son activité antérieure dans la fonction et, selon les cas, d'autres connaissances ou expériences particulières pour autant qu'elles aient une influence directe sur l'exercice de la fonction. Les principes déterminant le salaire à l'engagement figurent dans une annexe (n° 11) à la CCT (art. 3.2).

Enfin, la CCT est accompagnée d'une échelle des traitements (Annexe n° 3) fonctionnant selon le principe des classes et des annuités, de manière similaire aux échelles de salaires en vigueur dans la fonction publique.

Ces principes visent à objectiver l'expérience professionnelle en prenant en compte les qualifications et les expériences professionnelles antérieures, en fonction de leur similitude avec la nouvelle fonction. Même si l'on peut en inférer que la volonté de réaliser une égalité salariale entre les femmes et les hommes a contribué à l'adoption, notamment, de ces critères, cela n'est ni démontré, ni explicité d'aucune manière dans la CCT. Il sera examiné, dans le cadre de l'analyse de la jurisprudence en matière d'égalité salariale, dans quelle mesure ce type de fixation des salaires peut s'avérer discriminatoire¹²⁴.

¹²³ Cf. www.cctsocial-vaud.ch/CCT consulté le 07.01.2020.

¹²⁴ Cf. *infra* 5.2.1.

4.2.3.2. CCT cantonale dans le secteur sanitaire parapublic

Le secteur sanitaire parapublic dispose d'une CCT, dont le fonctionnement est similaire à celle du secteur social parapublic en matière de droit au salaire (« Tant que durent les rapports de travail et sous réserve de dispositions contraires contenues dans la présente CCT, le travailleur a droit à un salaire correspondant à la fonction qu'il occupe, en proportion de son taux d'activité. La définition et la classification de chaque fonction font l'objet de l'annexe 2 à la présente CCT », art. 3.1 al. 1 et 2¹²⁵).

De même que dans le secteur social parapublic, la détermination effective du salaire initial est fixée en tenant compte de la formation professionnelle de la personne salariée, de son activité antérieure dans la fonction et, selon les cas, d'autres connaissances ou expériences particulières pour autant qu'elles aient une influence directe sur l'exercice de la fonction (art. 3.2).

Les salaires maximaux et minimaux de chaque fonction sont fixés par une Annexe n° 3 à la convention (art. 3.1 al. 3) qui fonctionne selon le principe des classes et annuités propres à la fonction publique.

Comme constaté précédemment en lien avec la CCT du secteur social parapublic, le texte de la CCT ne laisse transparaître aucune démarche propre à réaliser l'égalité salariale entre femmes et hommes ou spécifique à cette thématique.

Une analyse comparative des salaires entre les secteurs sanitaires public et parapublic réalisée au sein de l'IDHEAP arrive à la conclusion suivante : « il semblerait que les inégalités salariales entre les hommes et les femmes, qui touchent de nombreux secteurs de l'économie, ne concernent pas tant le secteur sanitaire dans le canton de Vaud. Même si pour quelques fonctions, principalement des fonctions requérant une formation de type CFC, le fait d'être un homme influence positivement le salaire, pour la majorité des fonctions, l'écart homme femme est négligeable, voire parfois tout à fait en faveur des femmes »¹²⁶.

4.2.3.3. CCT cantonale dans le secteur de l'accueil de jour et de l'enfance

La CCT cantonale de l'enfance prévoit un traitement initial pour les personnes employées, fixé en tenant compte de la formation, de l'activité antérieure, des connaissances particulières et du taux d'activité, le cas échéant de l'âge (art. 26 al. 1)¹²⁷. Divers barèmes sont annexés à la CCT (personnel éducatif et direction) et déterminent les salaires minimaux de chaque fonction (art. 26 al. 2). L'usage des barèmes est recommandé pour fixer le salaire à l'engagement (art. 26 al. 3). Les barèmes prévoient un système basé sur les diplômes ou le nombre d'enfants et les années de pratique (Annexes 2 et 3).

¹²⁵ vaud.ssp-vpod.ch/CCT_2018, consulté le 07.01.2020.

¹²⁶ VERONIQUE EMERY/OWEN BOUKAMEL, sous la direction du Prof. YVES EMERY, Rapport final du 23 janvier 2018, Comparaison salariale entre les secteurs sanitaires public et parapublic, UNIL, IDHEAP cf. www.cctsan-vaud.ch/Comparaison_salariale_entre_les_secteurs_sanitaires_public_et_parapublic_rapport_final, consulté le 04.02.2020.

¹²⁷ Voir cppenfance-vaud.ch/, consulté le 19.12.2019.

Le principe de l'égalité salariale ne figure pas dans la CCT. La fixation des rémunérations est ici également objectivée dans une certaine mesure, étant toutefois précisé que les barèmes contiennent peu de critères et permettent donc de possibles disparités au sein d'une même classe de fonction. En matière de direction d'établissement, les années de pratique et le nombre d'enfants accueillis par la structure déterminent le montant du salaire (plus il y a d'enfants, plus il est élevé). En ce qui concerne les éducatrices et éducateurs, les années de pratique sont prises en compte, de même que le diplôme acquis (secondaire, tertiaire). Le personnel auxiliaire est moins rémunéré que le personnel diplômé.

4.2.3.4. *Conséquences en termes de contrôle*

Comme déjà exposé¹²⁸, le respect de l'égalité salariale ne peut pas être directement contrôlé par l'Etat, sauf dans des cas très spécifiques, en particulier au travers de la législation sur les marchés publics et sur les subventions. S'agissant d'un sujet qui est considéré comme relevant de la compétence des justiciables directement concernés et des associations visant à leur défense, le contrôle se fait principalement par le biais des procédures judiciaires portant sur des cas individuels.

Les compétences de contrôle des organes paritaires étant limitées au respect de la CCT, il semble difficile pour ces organes de vérifier la conformité des salaires au principe d'égalité salariale entre femmes et hommes si celui-ci n'est pas repris dans les CCT.

Au demeurant, se pose la question de savoir dans quelle mesure les commissions paritaires sont compétentes pour vérifier le respect du principe d'égalité salariale entre femmes et hommes dans l'hypothèse où une CCT s'y réfère explicitement. La simple répétition de ce principe consacré au niveau du droit fédéral et cantonal le transforme-t-il en élément contrôlable par une commission paritaire ou n'a-t-elle aucun impact sur la nature et le contrôle de la norme ?

La jurisprudence et la doctrine s'expriment peu sur ce point sujet à interprétation. Si l'on compare avec d'autres domaines, il peut arriver qu'une CCT reprenne des règles légales (par exemple contenues dans le Code des obligations ou la LTr) et il n'apparaît pas que l'organe de contrôle paritaire institué par la CCT soit privé de l'examen du respect de ces règles (l'on peut par exemple songer aux délais de congé, à la prise des vacances, ou à la durée du travail).

La doctrine admet un possible cumul des sanctions par un organe de contrôle public et une commission paritaire pour un même acte¹²⁹ (par exemple en cas d'horaires de travail excédant le maximum hebdomadaire fixé par la CCT et par la LTr).

¹²⁸ Cf. *supra* 2.1.

¹²⁹ Cf. *infra* 6.2. Voir l'art. 51 al. 3 LTr ; ANNE MEIER/KURT PÄRLI, *Contrôle des conditions de travail par les partenaires sociaux, À travers l'exemple du contrôle paritaire des chantiers et du dispositif de sanctions dans les branches de la construction, en particulier à Genève*, Zurich 2018, n° 351 ss et les références citées.

L'on admettra dès lors qu'une commission paritaire devrait pouvoir contrôler le respect de l'égalité salariale si celle-ci est explicitement intégrée à la CCT et prononcer une peine conventionnelle en cas de violation, selon les modalités prévues par la CCT. À noter que le respect de l'égalité salariale est généralement plus complexe à contrôler que celui d'autres types de clauses (par exemple celles touchant au salaire minimum).

4.3. Synthèse

Ainsi que cela ressort de l'analyse qui précède, les critères sur la base desquels les rémunérations sont fixées sont multiples, en particulier dans le cadre des CCT. La fixation du salaire minimum revêt une complexité particulière, du fait de l'absence de législation fédérale et de la difficulté qu'il y a à déterminer quel est le montant minimum adéquat qui doit être versé aux personnes salariées en Suisse¹³⁰.

Concrètement, la question de l'égalité salariale est très peu, voire aucunement, évoquée dans les CCT et les autres réglementations en vigueur. Etant donné que le principe d'égalité salariale entre femmes et hommes relève du droit fédéral impératif, il est logique qu'il soit rarement mentionné dans les CCT, bien qu'il ait vocation à s'appliquer à toutes les personnes employeuses et employées sur le territoire.

5. Revue de la jurisprudence sur la discrimination salariale et les CCT/CTT

Il conviendra, dans ce chapitre, de mettre en exergue les principes fondamentaux dégagés par la jurisprudence en matière de discrimination salariale. Cela permettra, dans un second temps, d'examiner dans quelle mesure ces principes peuvent être appliqués au cas spécifique des CCT.

5.1. Notion de discrimination salariale

5.1.1. Champ d'application

Selon la jurisprudence, l'examen de l'égalité salariale s'effectue auprès d'une seule et unique partie employeuse, dans la mesure où, sauf circonstances spéciales, il ne peut être question de procéder à des comparaisons entre plusieurs entreprises, communes ou cantons, qui ont des systèmes de rémunération totalement indépendants les uns des autres¹³¹.

¹³⁰ Cf. *supra* 4.1.

¹³¹ ATF 130 III 145, c. 3.1.2.

5.1.2. Travail de valeur égale

L'égalité salariale impose un salaire égal pour un travail de valeur égale. Ainsi, une travailleuse a droit au même salaire qu'un travailleur « s'ils accomplissent tous deux, dans des conditions égales, des tâches semblables ou des travaux de nature différente, mais ayant une valeur identique »¹³². Si l'équivalence entre les fonctions dans une entreprise n'est pas patente ou si elle n'est pas établie autrement, le Tribunal devra ordonner une expertise¹³³.

La personne experte peut avoir recours à deux méthodes d'analyse : la méthode d'évaluation analytique du travail et la méthode d'analyse statistique des salaires (analyse de régression)¹³⁴. « L'évaluation analytique implique de recenser systématiquement les exigences et les charges objectives d'un poste de travail ou d'une fonction en comparaison d'un autre poste/d'une autre fonction »¹³⁵. Le salaire de la fonction sera défini par la valeur du travail établie pour chaque fonction. La comparaison entre les fonctions permettra de déterminer si le salaire d'une fonction donnée respecte l'égalité salariale¹³⁶. « L'analyse de régression permet, pour autant que l'échantillon soit de taille suffisante (c'est-à-dire, d'un nombre suffisant d'employé-e-s), de vérifier l'égalité salariale au niveau de l'entreprise, d'un groupe de personnes (p.ex., les employé-e-s ayant une certaine fonction) ou d'une personne ». Au niveau individuel, « elle permet de prédire le salaire de chaque employé-e et d'apprécier la différence entre salaire estimé et salaire effectivement versé par l'entreprise »¹³⁷.

C'est à l'expertise qu'il reviendra d'établir si les « fonctions peuvent se comparer les unes aux autres et de déterminer les critères qui entrent alors en ligne de compte. L'expertise doit aussi définir les caractéristiques propres des activités prises isolément et comparées entre elles »¹³⁸. La jurisprudence a reconnu la valeur égale de professions diverses (infirmière/infirmier et physiothérapeute, sauveteuse/sauveteur et policière/policier, policière/policier et infirmière/infirmier, par exemple)¹³⁹.

Une discrimination à raison du sexe peut intervenir dans la classification générale de diverses fonctions au sein d'une échelle de traitement¹⁴⁰, comme l'illustre la jurisprudence relative au secteur public¹⁴¹. En particulier, la discrimination peut découler de l'appréciation qui est faite d'une profession qualifiée ou considérée comme typiquement féminine ou

¹³² FLORENCE AUBRY-GIRARDIN in GABRIEL AUBERT/KARINE LEMPEN (Ed.), *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genève 2011, N 23 *ad art.* 3 LEg (ci-après cité : CLEg-AUTEURE) ; ATF 133 III 545, c. 4.3.

¹³³ ATF 133 II 545, c. 4.2.

¹³⁴ CLEg-SCHMID, N 6 *ad art.* 3 LEg. Voir également : MARIANNE SCHÄR MOSER, « Evaluation analytique du travail : Une base fiable et neutre à l'égard des sexes pour la fixation des salaires de fonctions » (www.ebg.admin.ch/Evaluation_analytique_du_travail_BFEG_2019, consulté le 4.2.20).

¹³⁵ CLEg-SCHMID, N 7 *ad art.* 3 LEg. Voir également STEVE BINGGELI/OLIVER SCHRÖTER/JENNIFER BIERI, « Analyse de l'égalité salariale », *in Jusletter* 26 mars 2018, N 5 ss.

¹³⁶ CLEg-SCHMID, N 7 *ad art.* 3 LEg ; BINGGELI/SCHRÖTER/BIERI, N 5 ss.

¹³⁷ BINGGELI/SCHRÖTER/BIERI, N 24. Plus d'explications: BINGGELI/SCHRÖTER/BIERI, N 17 ss.

¹³⁸ ATF 130 III 145, c. 3.1.2.

¹³⁹ TF, 8C_78/2009 du 31.08.2010, c. 5.2; CLEg-AUBRY-GIRARDIN, N 23 *ad art.* 3 LEg.

¹⁴⁰ ATF 127 III 207, c. 3c ; 125 III 368 c. 3.

¹⁴¹ ATF 127 III 207, c. 3c ; CLEg-AUBRY-GIRARDIN, N 23 *ad art.* 3 LEg.

masculine, par rapport à une profession attribuée au sexe opposé¹⁴². La détermination de la nature sexospécifique d'une profession se fonde en principe sur des statistiques, mais peut aussi résulter d'une analyse historique¹⁴³.

Sur le plan individuel, une discrimination de nature sexiste peut résulter dans la fixation du salaire d'une personne déterminée lorsqu'il est comparé à celui d'une ou de plusieurs personnes du sexe opposé ayant une position semblable dans l'entreprise¹⁴⁴. Il convient de relever que si une femme, qui présente des qualifications équivalentes à son prédécesseur de sexe masculin, est engagée à un salaire moins élevé que lui, il est vraisemblable que cette différence de traitement constitue une discrimination à raison du sexe, prohibée par l'art. 3 LEg¹⁴⁵.

5.1.3. Caractère direct ou indirect de la discrimination

La discrimination salariale peut revêtir un caractère direct ou indirect¹⁴⁶. Une discrimination directe repose explicitement soit sur l'appartenance à un sexe, soit sur un critère susceptible de ne s'appliquer qu'à un sexe (à savoir la grossesse), sans justification objective¹⁴⁷. Une discrimination indirecte résulte d'une réglementation formellement neutre, qui entraîne des conséquences négatives pour « beaucoup plus ou une part prépondérante » de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans justification objective¹⁴⁸. Une discrimination peut également résulter du fait que des « critères d'évaluation neutres, objectivement admissibles en eux-mêmes, sont appliqués de façon inconséquente au détriment d'un sexe, soit que le critère invoqué à l'appui d'une différence de traitement ne soit pas du tout réalisé concrètement, soit qu'il ne joue aucun rôle pour l'exercice de l'activité en cause, soit encore qu'il n'exerce une influence sur l'évaluation des prestations de travail que dans des cas isolés »¹⁴⁹.

5.1.4. Motifs justificatifs (objectifs)

Aux termes de l'art. 6 LEg, l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable. Cette disposition allège le fardeau de la preuve d'une discrimination à raison du sexe, en ce sens que la partie salariée doit uniquement rendre probable (degré de preuve de la simple vraisemblance), et non complètement prouver, l'existence d'une telle discrimination. Si la partie salariée y parvient, le fardeau de la preuve est renversé ; il appartient alors à la partie employeuse d'établir l'inexistence de la discrimination. Lorsque des travailleurs de sexe opposé ont une position semblable dans l'entreprise avec des cahiers des charges comparables, il est présumé, s'il y a

¹⁴² KARINE LEMPEN, « La discrimination salariale au regard de la jurisprudence récente (2011-2015) » *in* DUNAND/LEMPEN/MAHON, p. 137, 141.

¹⁴³ TF, 8C_78/2009 du 31.08.2010, c. 5.2 ; LEMPEN *in* DUNAND/LEMPEN/MAHON, p. 142.

¹⁴⁴ ATF 130 III 145, c. 4.2; ATF 127 III 207, c. 3c.

¹⁴⁵ ATF 130 III 145, c. 4.2.

¹⁴⁶ TF, 8C_1006/2012 du 10.04.2013, c. 5.2.

¹⁴⁷ TF, 8C_1006/2012 du 10.04.2013, c. 5.2.

¹⁴⁸ TF, 8C_1006/2012 du 10.04.2013, c. 5.2 ; LEMPEN *in* DUNAND/LEMPEN/MAHON, p. 139.

¹⁴⁹ ATF 127 III 207, c. 3c.

une différence de rémunération entre eux, que celle-ci est de nature sexiste, la partie employeuse devant apporter la preuve de la non-discrimination¹⁵⁰.

Pour apporter une telle preuve, la partie employeuse devra démontrer que la différence de traitement repose sur des facteurs objectifs, qui peuvent influencer la valeur même du travail, soit notamment la formation, l'ancienneté, la qualification, l'expérience, le domaine concret d'activité, les prestations effectuées, les risques encourus, ou encore le cahier des charges¹⁵¹. Selon la jurisprudence, des disparités salariales peuvent se justifier pour des motifs qui ne se rapportent pas immédiatement à l'activité de la travailleuse ou du travailleur, mais qui découlent de préoccupations sociales, comme les charges familiales ou l'âge¹⁵². La position de force d'un travailleur ou d'une travailleuse dans la négociation salariale, à l'instar de la situation conjoncturelle, peuvent aussi conduire à une différence de rémunération pour le même travail. Toutefois, les disparités de salaire qui sont dues à des occasions de négociation différentes ou qui résultent de fluctuations conjoncturelles doivent être compensées dès qu'il est raisonnablement possible de le faire pour la partie employeuse, le cas échéant dans le délai d'une année¹⁵³. Des motifs objectifs ne peuvent généralement légitimer une différence de rémunération que dans la mesure où ils influent sur la prestation de travail et sa rémunération par la partie employeuse¹⁵⁴.

Une récente étude a analysé divers motifs objectifs servant à expliquer et à justifier des différences salariales entre les sexes. Le rapport énumère les motifs qui peuvent continuer à être pris en considération (formation, ancienneté, branche, domaine d'activité, etc.) et ceux auxquels il faudrait renoncer en raison de leur potentiel discriminatoire (état civil, taux d'occupation et type de salaire)¹⁵⁵.

5.2. Discrimination salariale et CCT

5.2.1. En général

L'examen de la jurisprudence fédérale démontre le peu de liens apparents entre la problématique de l'égalité salariale et les CCT : seuls quatre arrêts, tous en français, traitent de ces deux questions à la fois¹⁵⁶. Une inégalité en raison du sexe a été retenue dans le cadre d'un contrat de travail liant une salariée aux Chemins de fer fédéraux, les rapports de travail étant soumis à une CCT. C'est toutefois la question de l'application des règles prévues par celle-ci et non leur contenu qui a été critiqué, de sorte qu'aucune conclusion particulière ne

¹⁵⁰ ATF 127 III 207, c. 3b.

¹⁵¹ ATF 130 III 145, c. 5.2 ; ATF 127 III 207, c. 3c.

¹⁵² ATF 130 III 145, c. 5.2 ; ATF 127 III 207, c. 3c. Ce critère, potentiellement discriminatoire, doit toutefois être considéré avec prudence, cf. CLÉg-AUBRY-GIRARDIN, N 36 *ad* art. 3 LEg ; ATF 113 la 107, c. 4a.

¹⁵³ ATF 130 III 145, c. 5.2.

¹⁵⁴ ATF 130 III 145, c. 5.2 ; ATF 127 III 207, c. 3c.

¹⁵⁵ Kurt PÄRLI, *Document de réflexion, analyse juridique du potentiel de discrimination des variables explicatives servant à mesurer l'égalité salariale entre femmes et hommes*, BFEG, 2019, disponible sous [www.ebg.admin.ch/ Document de réflexion, BFEG 2019](http://www.ebg.admin.ch/Document_de_reflexion_BFEG_2019), consulté le 09.12.2019. Cf. en particulier p. 5 s., N 224 ss.

¹⁵⁶ TF, 4C.276/2004 du 12.10.2004 ; TF, 4P.178/2004 du 12.08.2004 ; TF, 4A_333/2018 du 04.09.2018 ; TF, 8C_605/2016 du 09.10.2017.

peut être tirée de cette jurisprudence¹⁵⁷. Les autres arrêts ne font pas davantage de lien utile entre CCT et égalité salariale¹⁵⁸.

Toutefois, quelques réflexions peuvent être formulées sur la base des principes dégagés précédemment en matière de CCT d'une part, et de discrimination salariale, d'autre part (chapitres 3 à 5).

Tout d'abord, les CCT ont un caractère collectif et vocation à s'appliquer à plusieurs ou à toutes les entreprises d'une branche (ou à une seule entreprise, lorsqu'elle dispose d'une CCT d'entreprise). Cette caractéristique n'influence toutefois nullement le principe selon lequel la discrimination salariale doit être mesurée au sein d'une seule entité employeuse¹⁵⁹ et ne permet pas la comparaison entre les pratiques salariales de plusieurs d'entre elles, fussent-elles toutes soumises à la même CCT et, notamment, aux mêmes règles en matière salariale.

Ensuite, il ne suffit pas d'établir une classification des fonctions et une grille de salaires pour éviter toute discrimination. Encore faut-il que les critères de classification soient neutres sous l'angle du genre¹⁶⁰. Ainsi, la fixation de salaires dans une CCT, qu'il s'agisse de salaires minimaux ou de classes salariales, n'exclut pas par principe l'existence de discriminations¹⁶¹.

Dans la mesure où les salaires déterminés par une CCT reposent sur le salaire de marché – à savoir une « construction sociale [...] vulnérable aux stéréotypes de genre » (et donc susceptible de déprécier une fonction sexospécifique) – ils peuvent s'avérer discriminatoires. Le salaire de fonction prévu par les CCT peut respecter le principe d'égalité salariale entre femmes et hommes s'il correspond à la valeur de la fonction telle qu'elle a été définie par une méthode d'évaluation analytique des fonctions neutre du point de vue du genre. Du moment que le salaire de fonction prévu par la CCT se fonde sur la valeur externe de la fonction, c'est-à-dire le salaire de marché, alors il y a un risque de discrimination¹⁶².

Enfin, une CCT peut être discriminatoire à raison de son champ d'application, par exemple lorsqu'elle ne s'applique pas à certaines personnes employées à temps partiel et que cela a pour effet de discriminer un sexe. En pareille hypothèse, la CCT devrait être appliquée à l'ensemble du personnel en faisant abstraction des règles discriminatoires¹⁶³.

¹⁵⁷ TF, 8C_605/2016 du 09.10.2017.

¹⁵⁸ TF, 4C.276/2004 du 12.10.2004 ; TF, 4P.178/2004 du 12.08.2004 ; TF, 4A_333/2018 du 04.09.2018.

¹⁵⁹ Cf. *supra* 5.1.

¹⁶⁰ Voir Marianne SCHÄR MOSER, *Evaluation analytique du travail : Une base fiable et neutre à l'égard des sexes pour la fixation des salaires de fonctions*, BFEG, 2019 ; ainsi que l'Etude « Gender-neutral job evaluation for equal pay : a step by step guide », OIT, 2008, www.ilo.org/gender-neutral_job_evaluation_for_equal_pay, consulté le 19.3.2020.

¹⁶¹ Cf. à ce sujet BRUCHEZ *in* ANDERMATT & al., N 13 *ss ad art.* 358 CO.

¹⁶² Voir Mathieu PLUVINAGE/Steve BINGGELI, « Le salaire de marché, une pierre d'achoppement pour l'égalité salariale? » *in* HR Today, www.hrtoday.ch/Le_salaire_de_marche,_une_pierre_d_achoppement_pour_l_egalite_salariale?, consulté le 19.03.2020.

¹⁶³ BRUCHEZ *in* ANDERMATT & al., N 14 *ad art.* 358 CO.

5.2.2. Questions spécifiques

En complément à ce qui précède, les questions spécifiques qui suivent méritent d'être abordées.

5.2.2.1. *Concurrence entre les salaires minimaux de plusieurs CCT au sein d'une même entreprise*

Il convient de distinguer d'une part la situation où il y a conflit de CCT pour une fonction et, d'autre part, la situation où une CCT ou des CCT différentes s'appliquent à des fonctions différentes de valeur égale.

Le droit suisse régit le conflit entre deux CCT, indépendamment des questions liées au salaire et à l'égalité salariale.

Le principe de l'unité du contrat de travail impose qu'une personne employée ne soit soumise qu'à une seule CCT¹⁶⁴. En cas de conflit entre une CCT de métier (qui s'applique aux personnes salariées en fonction de leur formation professionnelle et de leur activité) et une CCT de branche (qui s'applique en fonction du secteur d'activité de l'entreprise), cette dernière l'emporte¹⁶⁵. Lors d'un conflit entre CCT de branche et/ou CCT d'entreprise, il faut, en l'absence de clause de subsidiarité dans l'une des CCT¹⁶⁶, dans un premier temps, privilégier la CCT la plus adaptée aux spécificités de l'entreprise, aux besoins du personnel et au contenu des rapports de travail (principe de spécialité)¹⁶⁷ et, subsidiairement, la CCT applicable au plus grand nombre de personnes salariées dans l'entreprise¹⁶⁸.

Ainsi, une seule CCT aura vocation à s'appliquer à une fonction, sans danger de collision. Pareille situation ne présente dès lors aucun risque particulier en matière de fixation des salaires.

Dans l'hypothèse où une ou des CCT s'appliquent à des fonctions différentes, il convient de se référer aux développements ci-dessous qui peuvent concerner tant une situation de concurrence entre salaires fixés par une même CCT, par des CCT différentes ou par une CCT et sur la base d'autres critères.

5.2.2.2. *Concurrence entre le salaire minimum d'une CCT et un salaire fixé selon d'autres principes au sein d'une même entreprise*

Il peut arriver que, dans une même entreprise, pour deux postes de valeur égale, le salaire de l'un soit défini par une CCT et le salaire de l'autre par le salaire de marché ou d'usage (ou par une CCT ou deux CCT différentes).

¹⁶⁴ TF, 4C.350/2000 du 12.03.2001, c. 3a.

¹⁶⁵ TF, 4C.350/2000 du 12.03.2001, c. 3a.

¹⁶⁶ TF, 4C.350/2000 du 12.03.2001, c. 3a.

¹⁶⁷ WYLER/HEINZER, p. 1077 et les références citées.

¹⁶⁸ WYLER/HEINZER, p. 1077 et les références citées.

Dans un tel cas, les règles légales en matière d'égalité s'appliquent pleinement et toute différence de salaire entre les sexes ou entre des fonctions typiquement féminines et masculines doit reposer sur un motif objectif¹⁶⁹.

On l'a vu, les CCT ne permettent, en soi, pas de garantir une absence de discrimination salariale entre les sexes. L'existence d'une CCT ne dispense dès lors pas l'entité qui contrôle de vérifier l'existence de motifs justifiant objectivement une différence salariale entre les femmes et les hommes.

5.2.3. Synthèse

Il découle des constats qui précèdent que les entreprises soumises à une CCT ne doivent pas être considérées différemment des autres entités employeuses en ce qui concerne la question du respect de l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

6. Articulation entre les règles légales et conventionnelles, les cas traités par les tribunaux et le contrôle de l'égalité salariale au niveau des entreprises

A la lumière des principes examinés précédemment, il convient à présent de répondre aux questions qui ont été posées par le BEFH dans le cadre de cette étude. Au-delà des questions formulées, il apparaît nécessaire de distinguer les différents contrôles possibles, les entités qui les réalisent et leur coordination.

6.1. Liens entre l'existence et l'application d'une CCT et l'égalité salariale

6.1.1. Règles applicables

La première question à laquelle il convient de répondre est celle de savoir si l'application d'une CCT garantit le respect du principe d'égalité salariale.

Ainsi qu'il a été constaté dans la présente étude, l'égalité salariale est un principe de droit impératif. Les CCT doivent en garantir le respect, même lorsque le principe n'est pas explicitement repris par la convention.

La plupart du temps, le texte des CCT n'énonce pas le principe d'égalité salariale entre femmes et hommes. La question est de savoir si les CCT garantissent cette égalité dans les faits. En l'état, rien ne permet d'estimer que la LEg serait davantage respectée dans les rapports de travail soumis à des CCT.

¹⁶⁹ Cf. *supra* 5.1.

Les CCT qui fixent le salaire selon la fonction, le parcours professionnel et d'autres critères, n'échappent pas forcément au risque d'entraîner une discrimination. Une fonction typiquement féminine peut être en effet sous-valorisée par rapport à une fonction typiquement masculine considérée comme équivalente¹⁷⁰. De plus, des critères de fixation du salaire, neutres en apparence, peuvent être potentiellement discriminatoires¹⁷¹.

6.1.2. Contrôles en matière d'égalité salariale

On l'a vu, le système juridique prévoit que les personnes liées par une CCT peuvent en demander le respect auprès des instances judiciaires compétentes, tout comme elles peuvent exiger l'application de leur contrat individuel et de la LEg.

Le contrôle direct du respect de la CCT, et notamment des salaires (minimaux ou applicables aux fonctions), appartient en principe aux partenaires sociaux et, si elle existe, à la commission paritaire. Il s'agit toutefois uniquement du contrôle des salaires fixés dans la CCT. Lorsque l'égalité salariale entre femmes et hommes n'est pas explicitement mentionnée dans la convention, les partenaires sociaux ne sont pas compétents pour assurer le contrôle de son respect. La simple existence d'une CCT ne permet dès lors pas d'assurer un contrôle accru, ni de renforcer le respect de l'égalité salariale.

En soi, l'obligation qui peut être faite au soumissionnaire, par l'autorité adjudicatrice d'un marché public, d'assurer le respect de la CCT en vigueur dans la branche visée pour pouvoir soumissionner ne contient pas de garantie, ni d'effet particulier favorisant l'égalité salariale. Cette affirmation peut toutefois être nuancée si le principe d'égalité salariale figure explicitement dans la CCT¹⁷².

Force est ainsi de constater que l'existence d'une CCT ne garantit, *per se*, nullement que l'égalité salariale sera davantage ou mieux respectée en pratique.

Rappelons que les CCT doivent respecter le droit impératif et les clauses de la CCT qui lui sont contraires sont nulles, tout comme le seraient ces mêmes clauses dans un contrat individuel de travail¹⁷³. Par ailleurs, il se peut qu'une action en justice ou un contrôle démontre que l'application d'une CCT, qui n'est en soi pas contraire au droit impératif, entraîne dans les faits une violation du principe de l'égalité salariale.

En cas de non-conformité du texte de la CCT au droit supérieur, ou de discrimination engendrée par l'application d'une CCT non discriminatoire en soi, selon l'entité qui effectue le contrôle, la (re)mise en conformité sera exigée et réalisée de trois manières différentes, alternatives, mais qui peuvent être mises en œuvre en parallèle :

- Les personnes salariées pourront ouvrir action en justice sur la base de la LEg afin d'obtenir la différence de salaire due.

¹⁷⁰ Cf. *supra* 5.1.2.

¹⁷¹ Cf. *supra* 5.1.3.-5.1.4.

¹⁷² Cf. *supra* 4.2.3.4.

¹⁷³ Cf. *supra* 3.2 et 4.1.3.2.

- L'organe de contrôle paritaire pourra tenter de faire disparaître la discrimination. Si l'entreprise applique la CCT (discriminatoire dans son texte ou dans son application), il ne sera probablement pas possible d'infliger une peine conventionnelle pour irrespect de la CCT. Ainsi, la commission paritaire pourra alerter les partenaires sociaux de l'existence d'un problème en matière d'égalité et solliciter une adaptation et la renégociation de la CCT, afin que celle-ci soit conforme au droit supérieur.
- La CoMPS procédera dans ce cas selon la procédure prévue par la loi ; elle ne pourra pas se prononcer sur l'application ou la modification de la CCT, mais constatera que l'égalité salariale n'est pas respectée dans une entreprise qui applique une CCT. La CoMPS pourra alors réclamer la mise en conformité dans le délai légal de 90 jours et, si celle-ci n'intervient pas au terme du délai, transmettre le dossier à l'autorité compétente en matière de marchés publics ou de subventions.

6.1.3. Conséquences d'une discrimination salariale entraînée par l'application d'une CCT requise par les autorités publiques

Lorsque, afin d'obtenir un marché public ou une subvention, une entreprise applique les conditions de travail prévues dans une CCT et qu'une discrimination salariale à raison du sexe est constatée en son sein, se pose la question des conséquences de cette situation pour les différentes personnes et entités concernées.

A titre préliminaire, il sied de rappeler que l'examen du respect de l'égalité salariale peut intervenir dans le cadre d'une procédure judiciaire intentée par un individu, à l'occasion d'une autoanalyse (avec ou sans vérification par un organe indépendant) ou lors d'un contrôle étatique lié à l'attribution de marchés publics ou de subventions. Il peut aussi avoir lieu dans le cadre du contrôle, par une commission paritaire, de l'application d'une CCT. Ces quatre voies sont indépendantes les unes des autres et peuvent être mises en œuvre en parallèle¹⁷⁴.

L'action judiciaire individuelle (« voie 1 ») fondée sur la LEg est uniquement dirigée contre la partie employeuse, destinataire de l'interdiction de discriminer prévue par l'art. 3 LEg¹⁷⁵.

Il n'y a pas d'action envers la CCT, à savoir les partenaires sociaux, même si la CCT s'avère contenir des clauses discriminatoires (et donc nulles). Si l'analyse de la pratique salariale d'une entreprise révèle l'existence d'une discrimination systématique due à la correcte application d'une CCT non discriminatoire en soi, il incombe à l'entreprise d'adapter les salaires de manière à supprimer la discrimination. Cela n'empêche pas les partenaires sociaux de renégocier les clauses problématiques afin de favoriser autant que possible la conformité de la CCT au droit supérieur.

Il n'apparaît pas que le respect d'une CCT, qui reste rappelons-le un accord de nature privée, puisse constituer un motif justifiant une différence salariale dans le cadre d'une procédure

¹⁷⁴ Cf. à ce sujet *supra* 2.1.

¹⁷⁵ Cf. à ce sujet *supra* 2.1.

judiciaire (« voie 1 »)¹⁷⁶. Dans cette hypothèse, le fait d'avoir appliqué les salaires minimaux prévus par une CCT afin de pouvoir participer à une procédure d'adjudication d'un marché public ou pour obtenir une subvention ne semble pas davantage propre à justifier l'existence d'une potentielle discrimination.

Enfin, il sied de se demander si l'Etat peut être rendu responsable d'une discrimination salariale entraînée par l'application des conditions contenues dans une CCT, application requise dans le cadre de l'attribution d'un marché public ou de l'octroi de subventions. L'entreprise condamnée par un tribunal civil à payer un salaire non discriminatoire pourrait-elle se retourner contre l'Etat ?

L'on ne perçoit pas sur quelle base l'Etat pourrait être rendu responsable du fait que l'application d'une CCT, en soi non discriminatoire, aboutit concrètement à un résultat qui l'est au sein d'une entreprise en particulier. De plus, les CCT fixent en réalité des salaires minimaux, les entreprises étant libres de s'écarter de la CCT afin de payer davantage, de sorte que l'Etat n'impose pas un salaire fixe. Il n'apparaît pas que l'Etat pousse les entreprises à se comporter de manière discriminatoire, mais uniquement à respecter des salaires minimaux, charge à elles de les appliquer de manière non discriminatoire.

En revanche, l'entreprise qui refuserait d'appliquer les conditions de travail prévues par une CCT dont le texte ou l'application concrète entraîne une discrimination et, de ce fait, n'obtiendrait pas un marché public ou une subvention, pourrait probablement contester cette décision.

À l'inverse, l'Etat sera probablement tenu d'user de prudence avant de prononcer des sanctions à l'encontre d'entreprises qui pratiqueraient par hypothèse une politique salariale discriminatoire tout en appliquant strictement une CCT. Dans chaque cas concret, il conviendrait d'examiner la cause précise de la discrimination, afin d'éviter autant que possible de sanctionner une entreprise soumise à une CCT qui l'applique scrupuleusement. L'hypothèse d'une sanction aveugle et stricte par l'Etat d'une entreprise appliquant la CCT semble peu probable, ce d'autant plus qu'aucune sanction n'est supposée intervenir avant l'issue du délai de mise en conformité (art. 4c al. 2 LVLEg).

6.2. Modalités des contrôles effectués par la CoMPS

La deuxième question posée dans le cadre de la présente étude est celle de la compétence de la CoMPS pour effectuer des contrôles et, cas échéant, prononcer des sanctions visant des entreprises appliquant les salaires définis par une CCT. Il s'agit d'examiner l'articulation des compétences de contrôle entre les diverses entités habilitées et la mise en œuvre pratique de ces contrôles (et des éventuelles sanctions qui en découleraient).

¹⁷⁶ CLEg-WYLER, N 32 *ad* art. 6 LEg.

6.2.1. Compétences et sanctions

La présente section donne un bref aperçu des différents types de règles applicables aux rapports de travail et des divers contrôles auxquels ces normes peuvent donner lieu.

6.2.1.1. *Droit public du travail*

Comme mentionné précédemment, les organes publics effectuent des contrôles selon les prescriptions contenues dans les législations en matière de protection des travailleurs et travailleuses (art. 40 ss LTr, 79 OLT 1¹⁷⁷, 7 ss LDét et les diverses législations cantonales applicables)¹⁷⁸. La compétence de contrôle peut être déléguée, par exemple à des commissions paritaires (tel n'est pas le cas dans le canton de Vaud)¹⁷⁹.

A noter que les normes de droit public en matière de santé et de sécurité au travail ne règlent en principe pas les aspects liés à la rémunération, de sorte que le contrôle des autorités publiques ne porte en général pas sur ce point.

6.2.1.2. *Droit privé du travail (Code des obligations) et Loi sur l'égalité*

En principe, les prétentions individuelles fondées sur le droit privé du travail (Code des obligations, contrat-type de travail, contrat individuel de travail) et celles basées sur la LEg sont invoquées par la personne salariée (ou une organisation de défense des travailleuses et des travailleurs) devant les tribunaux, à l'exclusion de tout autre organe de contrôle.

Il faut réserver les contrôles prévus par la loi sur les travailleurs détachés (art. 7 ss LDét), dont l'article 2 prévoit que « les employeurs doivent garantir aux travailleurs détachés au moins les conditions de travail et de salaire prescrites par les loi fédérales » ou les CTT selon l'art. 360a CO).

6.2.1.3. *Conventions collectives de travail*

Ainsi que cela a été exposé, les CCT constituent une exception à la conception voulant que le respect du droit privé du travail et de l'égalité salariale repose essentiellement sur les épaules des individus, la commission paritaire étant habilitée à contrôler le respect des règles contenues dans la CCT.

¹⁷⁷ Ordonnance 1 relative à la Loi sur le travail, RS 822.111.

¹⁷⁸ Pour le canton de Vaud, voir la Loi sur l'emploi (LEmpl), RS VD 822.11, notamment art. 44 ss et son Règlement d'application (REmpl), RS VD 822.11.1. Cf. aussi *supra* 3.3.2.

¹⁷⁹ Cf. pour le canton de Vaud l'art. 46 LEmpl/VD qui désigne l'autorité compétente ; la loi ne prévoit par ailleurs pas de délégations spécifiques. Voir en comparaison les art. 26, 39e, 43 de la Loi sur l'inspection et les relations du travail (LIRT), RS GE J 1 05. La présente analyse se concentre sur les tâches ressortissant légalement à chaque organe. Cf. également à ce sujet MEIER/PÄRLI, n° 440 ss.

6.2.1.4. Attribution de marchés publics et de subventions

Enfin, on l'a vu, la loi prévoit la possibilité, pour certaines entités qu'elle définit (notamment la CoMPS), de procéder à des contrôles du respect de certaines normes de nature privée, telles que l'égalité salariale au sein des entreprises privées. Il ne s'agit pas d'un contrôle du respect de la LEg en tant que telle, mais plutôt du contrôle du respect des conditions de participation aux marchés publics et d'octroi de subvention sous l'angle de l'égalité salariale et à l'aune de la méthode retenue par la CoMPS, à savoir le modèle d'analyse standard de la Confédération (outil « Logib »).

Comme exposé précédemment, la CoMPS ne dispose d'aucun pouvoir coercitif. Sa mission est de procéder à des contrôles, informer l'entreprise qui en est l'objet des risques encourus et lui impartir, cas échéant, un délai pour se mettre en conformité avec la loi (art. 4c al. 2 LVLEg). Si ces actions ne sont pas suivies d'effet, la CoMPS devra déléguer la cause à l'entité compétente pour infliger des sanctions (autorité adjudicatrice, autorité de surveillance des marchés publics ou entité octroyant des subventions, art. 14a LMP-VD et 29 ss LSubv, 4c *a contrario* LVLEg).

6.2.2. Conflits, coordination et collaboration

Deux constats s'imposent. Tout d'abord, la loi définit et délimite très précisément l'étendue des compétences de tous les organes de contrôle, que ceux-ci soient de nature publique ou privée. De plus, les possibles contrôles portent, à teneur de loi (et même en cas de délégation), généralement sur des aspects différents. L'intervention des organes de contrôles ne devrait, en principe, pas porter sur les mêmes objets.

Concrètement, il est toutefois possible que plusieurs entités procèdent à un contrôle au sein d'une entreprise. L'autorité de contrôle publique vérifiera, par exemple, la conformité des horaires de travail à la LTr, l'organe de contrôle paritaire l'application du salaire minimum et la CoMPS le respect de l'égalité salariale.

Si ces contrôles peuvent, physiquement, être simultanés et apparaître comme identiques, ils ne porteront en principe pas sur les mêmes questions, ni n'entraîneront les mêmes conséquences. En pratique, la distinction peut s'avérer délicate, voire théorique, notamment lorsqu'il s'agit de contrôler les salaires (fixés dans la CCT et selon les critères de la LEg). L'organe paritaire de contrôle et la CoMPS examineront sous un angle différent les questions de rémunération. L'organe paritaire de contrôle n'a en principe pas le pouvoir de s'enquérir de l'égalité salariale entre femmes et hommes, alors que le contrôle de la CoMPS porte précisément sur cet aspect en lien avec le marché public ou la subvention visés. Il est possible que certains contrôles portent formellement sur des éléments semblables (par exemple la durée du travail lorsque la CCT reprend les principes de la LTr¹⁸⁰). En pareille hypothèse, toutefois les autorités de contrôle n'ont pas la même approche, respectivement ne visent pas les mêmes buts.

¹⁸⁰ Voir dans ce cas la coordination prévue par l'art. 51 al. 3 LTr.

Ainsi, les entités de contrôle évoluent en principe parallèlement et disposent, chacune, d'un domaine d'action et d'une compétence propre, dans un contexte différent.

Néanmoins, il n'est pas impossible que les entités procédant à des contrôles empiètent sur l'espace des autres ou, à tout le moins, en aient l'impression.

La LEmpl/VD reflète et traite brièvement de cette problématique, puisqu'elle précise avoir notamment pour but de renforcer la collaboration entre l'Etat et les partenaires sociaux (art. 1 al. 2 let. a LEmpl/VD). La LEmpl/VD prévoit la possibilité d'une collaboration, notamment sous forme de convention, entre le Conseil d'Etat et les partenaires sociaux ou autres organismes « souhaitant contribuer à un meilleur équilibre et un meilleur contrôle du marché du travail ». Il peut conclure des conventions avec eux (art. 81 al. 1 LEmpl/VD). Une telle convention détermine notamment le champ d'application des contrôles et les compétences des parties signataires, le mode de financement, la création d'une commission de surveillance et les tâches de cette dernière (art. 81 al. 2 LEmpl/VD).

La question de la collaboration peut toutefois s'avérer épineuse, comme cela a été le cas à Genève il y a quelques années. Dans le cadre du renforcement du dispositif de surveillance du marché du travail, de nouvelles dispositions légales prévoyaient de manière peu claire une collaboration entre organes de contrôles publics et privés et une incitation de ceux-là à ceux-ci à « mettre en place un contrôle effectif du respect des dispositions conventionnelles »¹⁸¹. Divers partenaires sociaux et entreprises soumis à la CCNT pour les hôtels, restaurants et cafés ont recouru contre la modification législative, craignant que les nouvelles règles légales ne permettent aux organes publics de contrôle de s'immiscer dans les affaires relevant de la compétence des organismes de contrôle paritaires privés et d'empiéter sur l'autonomie de ces derniers¹⁸². Ce risque a toutefois été écarté par la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice genevoise, qui a rappelé la souveraineté et l'autonomie des organes de contrôle, toutes deux garanties et organisées par l'architecture législative en la matière¹⁸³. Malgré la diversité des législations cantonales, une telle situation de potentiel conflit, voire de méfiance, entre entités de contrôle pourrait se présenter dans le canton de Vaud, notamment.

Il convient dès lors de garder en mémoire la construction complexe, mais en principe logique et complète, du système légal et le vœu, formulé par le législateur vaudois, que l'Etat et les partenaires sociaux collaborent. Si la coordination est en principe assurée par la loi, la (bonne) collaboration dépend encore, au moins pour partie, des différentes entités de contrôle.

Compte tenu du contexte légal et pratique, un dialogue entre organes de contrôle (inspections du travail, commissions paritaires, CoMPS, Bureau de l'égalité entre femmes et hommes du canton de Vaud, Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes) paraît indispensable. La CoMPS, en tant que nouvel organe de contrôle, a tout à gagner à assurer la meilleure collaboration possible avec les autres organismes déjà actifs.

¹⁸¹ Loi sur l'inspection et les relations du travail (LIRT) ; RS GE J 1 05, cf. art. 2C al. 3 et 27 al. 2 ; ACST/10/2016 du 29.08.2016, n° 8 partie en fait.

¹⁸² ACST/10/2016 du 29.08.2016, c. 6 et 7.

¹⁸³ ACST/10/2016 du 29.08.2016, c. 6 et 7.

7. Conclusions et recommandations

7.1. Conclusions

La présente étude a mis en lumière la multitude de règles applicables aux rapports de travail, et en particulier aux questions de rémunération et d'égalité salariale entre femmes et hommes.

Au fur et à mesure que se renforcent les procédures de contrôle du respect des normes légales, le système juridique en la matière se complexifie : règles fédérales ou cantonales, principes contraignants ou dispositifs, entités privées ou publiques.

Au terme de l'analyse, force est de constater que les CCT ne consacrent pas explicitement l'égalité salariale entre femmes et hommes et qu'il n'est pas possible, en se basant sur les textes, de déterminer dans quelle mesure ce principe est pris en compte lors des négociations (cf. *supra* 4.1.2.2, 4.1.3, 4.2, 5.2.1).

En outre, il est apparu que l'existence d'une CCT ne garantit pas le respect, ni la mise en œuvre de l'égalité salariale entre femmes et hommes (cf. *supra* 4.2, 5.2.1).

La présente étude confirme que la CoMPS a pleine compétence pour procéder au contrôle de l'égalité salariale au sein d'une entreprise. Cette compétence est indépendante de la question de savoir si ladite entreprise est soumise ou non à une CCT et si elle applique ou non les salaires conventionnels. En revanche, la loi n'octroyant pas de compétence de sanction directe à la CoMPS, celle-ci ne peut que transférer tout dossier litigieux aux autorités compétentes en matière de marchés publics ou de subventions, en vue, cas échéant, du prononcé d'une sanction (cf. *supra* 2.2.2.3, 6.1.2, 6.1.3, 6.2).

Enfin, il sied de rappeler qu'en cas de discrimination avérée, il appartient à l'entité employeuse visée par le contrôle de se mettre en conformité avec le principe d'égalité salariale entre femmes et hommes. En cas d'action individuelle en justice fondée sur la LÉg, seule la partie employeuse est susceptible d'engager sa responsabilité et d'être condamnée à verser un salaire non discriminatoire (cf. *supra* 2.1, 6.1.2, 6.1.3, 6.2).

7.2. Recommandations

En pratique, des difficultés de coordination entre la CoMPS et d'autres organismes de surveillance apparaissent peu probables. En effet, la compétence de la CoMPS, à savoir le contrôle du respect de l'égalité salariale au sein des entités qui ont obtenu un marché public ou une subvention dans le canton de Vaud, est unique, nulle autre instance n'étant actuellement chargée d'une telle mission. La commission ne devrait dès lors pas craindre d'empiéter sur l'autonomie et le domaine d'action d'autres organes de contrôle. Si tel devait être le cas, la vérification du respect d'un même principe par plusieurs entités ne serait pas contraire au droit.

Néanmoins, eu égard à la complexité du système exposé dans la présente étude, la CoMPS aurait intérêt à initier un dialogue institutionnalisé avec les autres entités de contrôle (inspections du travail, commissions paritaires, Bureau de l'égalité entre femmes et hommes du canton de Vaud, Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes), afin de favoriser le partage de connaissances et l'échange de bonnes pratiques dans le domaine de l'égalité salariale entre femmes et hommes.

En outre, une prise en considération systématique de la question de l'égalité salariale entre femmes et hommes par les partenaires sociaux, en amont, lors de l'élaboration des CCT, paraît propre à réduire de façon significative le risque qu'un contrôle effectué par la CoMPS révèle l'existence de discrimination salariale au sein d'une entreprise appliquant les conditions de rémunération fixées dans une CCT.

* * *



Bureau de l'égalité entre les femmes et les hommes