

Staatliche Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente
zur Verwirklichung der Lohnungleichheit

Bericht zuhanden des Bundesamtes für Justiz (BJ) und des Eidgenössischen
Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG)

Luzern, den 24. Oktober 2013

Interface Politikstudien Forschung Beratung
Franziska Müller (Projektleitung)
mueller@interface-politikstudien.ch

Ariane Itin
itin@interface-politikstudien.ch

Christof Schwenkel
schwenkel@interface-politikstudien.ch

Universität Bern
Prof. Dr. iur. Judith Wytttenbach (Juristische Expertise)
judith.wytttenbach@oefre.unibe.ch

Prof. Dr. Adrian Ritz (Personalwirtschaftliche Expertise)
adrian.ritz@kpm.unibe.ch

INHALTSVERZEICHNIS

ZUSAMMENFASSUNG	3
1 EINLEITUNG	11
2 UNTERSUCHUNGSGEGENSTÄNDE UND METHODIK	13
2.1 Untersuchungsgegenstände	13
2.2 Methodik	14
2.3 Reichweite der Untersuchung	17
3 FALLSTUDIEN INLAND	18
3.1 Preisüberwachung	18
3.2 Eidgenössische Spielbankenkommission	24
3.3 Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit im Kanton Basel-Stadt	30
3.4 FINMA (Fokus Selbstregulierung im Bereich Geldwäscherei)	36
4 FALLSTUDIEN AUSLAND	42
4.1 Kanada (Ontario)	42
4.2 Österreich	50
4.3 Schweden	58
5 SYNTHESE UND EMPFEHLUNGEN	68
5.1 Die untersuchten Modelle im Überblick	68
5.2 Kosten und Nutzen der untersuchten Modelle	72
5.3 Varianten der konzeptionellen Ausrichtung	73
5.4 Organisationsmodelle	85
5.5 Vorschläge zur staatlichen Kontrolle und Durchsetzung der Lohngleichheit in der Schweiz	88
IMPRESSUM	98

ZUSAMMENFASSUNG

Ausgangslage

Der durchschnittliche Lohnunterschied zwischen Frau und Mann beläuft sich im Privatsektor auf 23,6 Prozent (Jahr 2010).¹ 37,6 Prozent davon sind nicht sachlich erklärbar, mithin diskriminierungsbedingt. Die Lohndiskriminierung beträgt folglich im Schnitt 8,7 Prozent. Dieser Lohnunterschied hat sich in den letzten Jahren nur wenig verringert.

Der Grundsatz, dass Frauen und Männer Anspruch auf den gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit haben, ist seit 1981 in der Bundesverfassung verankert. Das 1996 in Kraft getretene Gleichstellungsgesetz (GIG) soll die Durchsetzung des Rechts auf gleichen Lohn erleichtern (Art. 5 GIG). Heute hängt die Durchsetzung der Lohngleichheit von der Bereitschaft der Geschädigten beziehungsweise der Verbände ab, den Prozessweg zu beschreiten. Zwar haben sich einige „Pilotprozesse“ positiv ausgewirkt, doch wurden diese überwiegend gegen öffentlich-rechtliche ArbeitgeberInnen geführt. Das heutige System wird trotz Kündigungsschutz, Beweislast erleichterung und Untersuchungsmaxime insbesondere im Bereich Lohndiskriminierung durch private ArbeitgeberInnen als nicht ausreichend bezeichnet. Der Präventiveffekt auf die Privatwirtschaft ist gering; die Unternehmen haben zu wenig Anreiz, ihre Lohnstruktur diskriminierungsfrei auszugestalten. Die Durchsetzung lastet allein auf den Schultern der Geschädigten, die oftmals von einer Klage absehen. Ausser im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens gibt es in der Schweiz keine Behörde, welche im Bereich der Lohngleichheit über Kontroll- und Durchsetzungskompetenzen verfügt.

Die vorliegende Studie zeigt auf, welche staatlichen Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente für die Verwirklichung der Lohngleichheit in der Schweiz angewendet werden könnten. Gemäss Auftrag legt die Studie dabei den Fokus auf private Arbeitsverhältnisse. In welcher Form sich die vorgeschlagenen Massnahmen auch auf den öffentlichen Sektor (Bund, Kantone und Gemeinden) übertragen lassen, müsste zusätzlich vertieft analysiert werden.

Im Rahmen der Analyse wurden erstens Informationen zu schweizerischen Durchsetzungsinstrumenten ausserhalb der Lohngleichheit gesammelt. Die vier Fallstudien befassen sich mit der Preisüberwachung, der Spielbankenkommission, dem Vollzug der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit sowie der Bekämpfung der Geldwäscherei. Zweitens wurden bereits bestehende staatliche Durchsetzungsinstrumente zur Lohngleichheit in Schweden, Österreich und Ontario untersucht. Die Fallstudien umfassen neben der Analyse vorhandener Unterlagen auch Gespräche mit Expertinnen und Experten. So weit wie möglich wird dabei versucht, die Wirksamkeit der untersuchten Modelle anhand von messbaren Indikatoren darzulegen (Angaben zur Anzahl und Art der Anpassungen, welche die Unternehmen infolge der Kontrollmassnahmen ergriffen haben). Solche quantitativen Angaben waren jedoch nur teilweise

¹ Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau (2013): Auf dem Weg zur Lohngleichheit. Tatsachen und Trends, Bern.

verfügbar, weshalb wir uns in der Regel auf Schätzungen respektive die qualitative Beurteilung seitens der befragten Expertinnen und Experten verlassen mussten. Schliesslich wurden die gewonnenen Erkenntnisse synthetisiert und Modellvarianten zur staatlichen Kontrolle und Durchsetzung der Lohngleichheit von Frauen und Männern in privaten Arbeitsverhältnissen in der Schweiz erarbeitet.

Fallstudien Schweiz

In der Schweiz existieren in verschiedenen Bereichen staatliche Kontroll- und Durchsetzungsmodelle. Vier solcher Modelle wurden im Rahmen dieser Studie näher untersucht. Es handelt sich dabei um die Modelle Preisüberwacher, Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK), flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit in Basel-Stadt und die Geldwäschereibekämpfung.

In zwei der vier untersuchten Modelle werden die bundesgesetzlichen Vorgaben durch eine Bundesbehörde vollzogen (Preisüberwacher, ESBK), im Modell der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit (FlaM) sind es die kantonalen Ämter und die Sozialpartnerschaften und im Modell der Geldwäschereibekämpfung handelt es sich über weite Strecken um ein System gesetzlich und behördlich gelenkter Selbstregulierung, in welchem ein grosser Teil der Unternehmen durch eine der zwölf von der FINMA anerkannten beziehungsweise genehmigten Selbstregulierungsorganisationen (z.B. für Treuhänder, Anlageberater, Notare) kontrolliert wird.

Untersuchungen beziehungsweise Kontrollen werden beim Preisüberwacher, bei der ESBK sowie bei den FlaM von Amtes wegen oder auf Mitteilung hin eröffnet. Im Modell Preisüberwacher sowie im Modell FlaM werden Stichprobenkontrollen durchgeführt. Bei Letzterem kommt es zu einer Zweiteilung: Für die Branchen ohne allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag (ave-GAV) sind die Tripartiten Kommissionen der Kantone zuständig. Für Branchen mit ave-GAV hingegen sind die Paritätischen Kommissionen zuständig. Die Durchführung der Kontrollen wird teilweise an Arbeitsmarktkontrollvereine mittels Leistungsvereinbarungen ausgelagert. Bei der ESBK wiederum handelt es sich um ein sehr engmaschiges, gesetzlich vergleichsweise detailliert geregeltes Kontrollsystem mit automatischen jährlichen Inspektionen (z.T. unter Einbezug kantonalen Stellen) bei *allen* Spielbanken und einer gesetzlich verankerten Deklarations- und Revisionspflicht durch spezialisierte Revisionsfirmen. Das Modell der Selbstregulierungsorganisationen (SRO) im Rahmen der Geldwäschereibekämpfung setzt auf Kontrolle durch die Branchen selber, wobei die SRO wiederum behördlicher Genehmigung und Kontrolle durch den Bund unterliegen. Die SRO konkretisieren in Reglementen die Pflichten ihrer Mitglieder und kontrollieren in der Regel jährlich die Einhaltung. Zusätzlich unterliegen die Finanzintermediäre jährlich einer Prüfung durch zugelassene externe Prüfgesellschaften.

In den Modellen Preisüberwacher, ESBK und FlaM im Bereich mit ave-GAV verfügen die Behörden über weitreichende Kontroll- und Durchsetzungskompetenzen. Wird im Modell Preisüberwacher keine einvernehmliche Lösung gefunden, kann die Behörde die Preissenkung beziehungsweise die Nichterhöhung verfügen. Der Rechtsmittelweg führt an das Bundesverwaltungsgericht; legitimiert sind betroffene Firmen sowie die Konsumentenorganisationen. Zu Verfügungen kommt es aufgrund befürchteter Reputationsschäden äusserst selten. Das Modell hat generell, auch weil es mit aktiver Öffentlich-

keitsarbeit verbunden ist und einvernehmliche Lösungen und Verfügungen publiziert werden, eine starke präventive Wirkung. Bei der ESBK reichen die Durchsetzungskompetenzen von sachspezifischen Verfügungen (z.B. Änderung des Spielangebots) bis hin zum Entzug der Konzession. Das Modell ist aufgrund seiner flächendeckenden Kontrolle der betroffenen Firmen effektiv, aufgrund des engen Geltungsbereichs (21 Firmen) aber nur beschränkt übertragbar auf andere Bereiche. Zudem verursacht es einen hohen Aufwand. Im Modell flankierende Massnahmen finden wir in Branchen mit ave-GAV einen Dualismus von zivilrechtlichem und verwaltungsrechtlichem Verfahren: Hier kann die zuständige Behörde bei Verletzung der Mindestlohnbestimmungen Verwaltungssanktionen aussprechen. Die Behörde kann hingegen nicht Lohnnachzahlungen verfügen, sondern diese müssen vor Zivilgericht beziehungsweise entsprechend den gesamtarbeitsvertraglich geregelten Mechanismen erstritten werden. Im Bereich ohne ave-GAV verfügt die Behörde hingegen nur über eingeschränkte Durchsetzungskompetenzen. Die Behörde hat lediglich die Befugnis, die Unternehmen aufzufordern, die orts- und branchenüblichen Lohnbedingungen einzuhalten. Im Modell Geldwäschereibekämpfung können die Selbstregulierungsorganisationen Sanktionsverfahren eröffnen und Untersuchungsbeauftragte einsetzen. Zu den Sanktionen zählen Verweis, Geldstrafe oder Ausschluss des Finanzintermediärs; bei Streitigkeiten entscheidet in der Regel ein Schiedsgericht. Die SRO werden ihrerseits von der FINMA beaufsichtigt. FINMA und SRO erstatten der Meldestelle Geldwäscherei Mitteilung, wenn begründeter Verdacht auf einen Verstoß gegen die Geldwäschereistrafgesetzgebung vorliegt. Das System der Selbstregulierung zur Kontrolle der Einhaltung der Geldwäschereigesetzgebung ist bei den Finanzintermediären gut akzeptiert, unter anderem deshalb, weil die SRO auf branchenspezifische Besonderheiten eingestellt sind. Diese Lösung hat den Vorteil der Branchennähe; zudem sind die Kosten für die primäre Kontrolle externalisiert.

Fallstudien Ausland

Mit Ontario, Österreich und Schweden wurden drei Modelle untersucht, in welchen staatliche Instrumente der Durchsetzung der Lohngleichheit von Frauen und Männern dienen sollen. Während es in Schweden und Österreich dabei sowohl um gleichen Lohn für gleiche wie auch für gleichwertige Arbeit geht (jedoch die Beurteilung von gleichwertiger Arbeit unterschiedlich vorgenommen wird), haben wir uns im Fall von Ontario – bedingt durch die historisch gewachsene Unterscheidung zwischen Equal Pay und Pay Equity – auf den Aspekt der gleichwertigen Arbeit konzentriert.

Allen Modellen ist gemeinsam, dass sie Teile der Arbeitgeberschaft (in der Regel abhängig von der Anzahl der Beschäftigten) dazu verpflichten, ihre Löhne auf diskriminierende Unterschiede zwischen Frauen und Männern zu analysieren und darüber Bericht zu erstatten (Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse). Diese Transparenz ist von zentraler Bedeutung, um überhaupt festzustellen, inwiefern Frauen in den jeweiligen Organisationen weniger Lohn erhalten und dies auf das Geschlecht zurückzuführen ist. In Ontario und Schweden kommt einer staatlichen Stelle (dem Pay Equity Office, der Ombudsstelle) zudem die Kompetenz zu, von Amtes wegen Kontrollen bei Unternehmen durchzuführen und dabei zu überprüfen, ob sie ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommen. Hiervon geht nicht zuletzt eine präventive Wirkung aus, welche jedoch stark von der Vollzugsintensität durch die staatlichen Stellen sowie den Sanktionsmöglichkeiten, welche ArbeitgeberInnen zu befürchten haben, abhängig ist.

Insgesamt sind die gesetzlichen Grundlagen sowie der Vollzug durch die staatlichen Stellen in Ontario am stärksten ausgeprägt. Hier reichen – im Gegensatz zu Schweden und Österreich – die behördlichen Kompetenzen über die Durchsetzung der Deklarationspflicht sowie der Herausgabe- und der Mitwirkungspflicht hinaus. Die Behörde hat Verfügungskompetenz zur Durchsetzung der Lohngleichheit beziehungsweise zur Beseitigung der Lohndiskriminierung. Schweden liegt im Mittelfeld. Neben Durchsetzungskompetenzen hinsichtlich der Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse und Mitwirkung im Rahmen der Kontrolle kann die Behörde – mit Einverständnis der betroffenen Arbeitnehmenden – selber vor den Arbeitsgerichten klagen, wenn keine einvernehmliche Lösung gefunden werden konnte. Österreich kann als das am wenigsten fortgeschrittene Vergleichsmodell gesehen werden. Hier müssen die Gewerkschaften klagen, wenn die ArbeitgeberInnen die Aufforderung der Behörde zur Beseitigung der Lohndiskriminierung nicht befolgen. Der Nachteil dieses Systems besteht darin, dass die Durchsetzung der Ansprüche letztlich auf den Diskriminierungsbetroffenen lastet und in der Regel einzelfallbezogen bleibt. Entsprechend lässt sich dem Modell in Ontario auch die grösste Wirksamkeit bescheinigen, wenn es darum geht, Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern zu beseitigen. Grundsätzlich ist es aber auch dort nicht möglich, eindeutig aufzuzeigen, ob und in welchem Umfang eine Reduktion des Lohnunterschieds auf staatliche Durchsetzungsinstrumente zurückzuführen ist.

Neben proaktiven Verpflichtungen der Arbeitgeberschaft und den behördlichen Kontroll- und Durchsetzungsbefugnissen tragen in allen drei Fallstudien weiche Faktoren dazu bei, Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechtes abzubauen. Hierzu gehört insbesondere die konstruktive Zusammenarbeit zwischen ArbeitnehmerInnen/staatlichen Stellen und der Arbeitgeberschaft. Weiter darf der Aspekt der Sensibilisierung für das Thema Lohngleichheit, welcher sowohl von den proaktiven Massnahmen selbst als auch von begleitenden Aktivitäten (Information und Beratung, Entwicklung Instrumente/Leitfäden zur Lohnanalyse) der staatlichen Stellen ausgeht, in allen drei Ländern als Erfolgsfaktor betrachtet werden.

Synthese und Empfehlungen

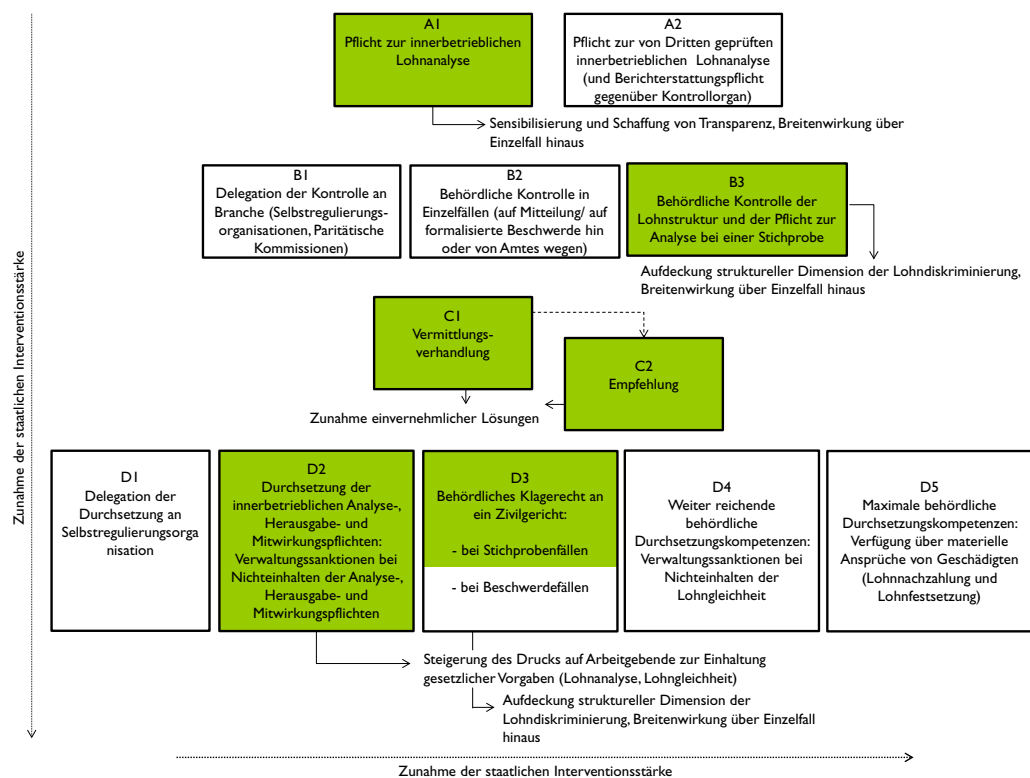
Die in- und ausländischen Fallstudien wurden einer Synthese unterzogen. Dabei gilt es bezüglich den ausländischen Fallstudien generell festzuhalten, dass alle drei untersuchten Länder nach wie vor mit dem Problem der Nichteinhaltung der Lohngleichheit zu kämpfen haben. Ein „Idealmodell“ zur Verwirklichung der Lohngleichheit lässt sich daher nicht präsentieren. Jedoch liefern alle drei Modelle (bewährte) Aspekte, welche einen Beitrag dazu leisten könnten, Lohndiskriminierung auch in der Schweiz vorzubeugen, zu identifizieren und zu beseitigen. Interessante Aspekte weisen auch die inländischen Fallstudien auf. Hier zeigt sich aber die Schwierigkeit, dass diese nur ansatzweise mit Modellen zur Durchsetzung der Lohngleichheit vergleichbar respektive auf solche übertragbar sind, da es mit Ausnahme des Sanktionenregimes im Rahmen der FlaM im ave-GAV-Bereich nicht um die Durchsetzung von Ansprüchen von geschädigten Privaten geht.

Bei der Synthese haben wir verschiedene Etappen auf dem Weg der Kontrolle und der Durchsetzung der Lohngleichheit unterschieden: Vorgelagert zur eigentlichen staatlichen Kontrolle und Durchsetzung definieren wir den Aspekt der innerbetrieblichen Analyse (A), bei welcher die Unternehmen proaktive Massnahmen zu ergreifen haben.

Als zweiten Aspekt betrachten wir die behördlichen Kontrollmassnahmen (B). Im Anschluss an die Kontrolle folgt der Aspekt der behördlichen Vermittlungsverhandlung und Empfehlung (C) und schliesslich der Aspekt der Durchsetzung (D).

Die einzelnen Elemente mit den jeweiligen Varianten sind in der nachfolgenden Darstellung aufgeführt. Grün markiert sind die von uns empfohlenen Varianten inklusive der erwarteten Wirkungsweise (Pfeile).

Konzeptionelle Varianten im Überblick



Grün: empfohlene Varianten, Pfeile: erwartete Wirkungsweise

Ausgehend von den untersuchten Fallbeispielen sowie den gesetzlichen Rahmenbedingungen in der Schweiz formulieren wir *sechs Empfehlungen* für die Ausgestaltung eines Schweizer Modells zur Kontrolle und Durchsetzung der Lohnungleichheit. Grundsätzlich sind auch nur einzelne Varianten umsetzbar. Die erwartete Wirkungsweise würde dadurch aber geschmälert.

Grundsätzlich empfehlen wir, die Befugnisse der Verwaltungsbehörde bezüglich Kontrolle, Vermittlung und Durchsetzung auf *Stichprobenfälle* zu beschränken und nicht auf die Behandlung von Beschwerden von Einzelpersonen zu erstrecken. Damit wäre die Verwaltungsbehörde in der Lage, z.B. bestimmte Branchen zu überprüfen, wobei anhand der von den Betrieben zu erstellenden Lohnanalysen jeweils die gesamte Lohnstruktur einer Unternehmung untersucht würde. Auf diese Weise kann eine Überschneidung mit den zivilrechtlichen Klagen einzelner Geschädigter und dem vorgelagerten Schlichtungsverfahren vermieden werden. Mit dem Stichproben-Ansatz wird zudem

der Fokus weg vom diskriminierten Einzelfall hin zur Aufdeckung und Behebung struktureller Probleme, welche eine Diskriminierung zur Folge haben, verschoben.

Gemäss Auftrag beziehen sich die Empfehlungen zudem in erster Linie auf die Durchsetzung der Lohngleichheit in privaten Unternehmen. Eine Übertragung auf den öffentlichen Sektor bedürfte einer zusätzlichen, vertiefenden Analyse.

- 1 *Einführung einer Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse für Unternehmen:* Die Zahlen zum diskriminierungsbedingten Lohnunterschied in der Schweiz, welche sich seit Jahren nur geringfügig verändert haben, legen nahe, dass sich sowohl ArbeitnehmerInnen wie ArbeitgeberInnen oftmals nicht bewusst sein dürften, dass eine Lohndiskriminierung vorliegt. Unter diesem Blickwinkel scheint die Einführung einer Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse eine wichtige Voraussetzung für die Sensibilisierung der Betriebe und die Schaffung von Transparenz (Variante A1 in vorhergehender Darstellung). Dies ist denn auch die zentrale Stärke dieser proaktiven Massnahme. Allerdings weisen die ausländischen Fallstudien hier auf ein grosses Vollzugsdefizit hin. Dies bedeutet, dass bei der Einführung einer Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse begleitende Kontrollmassnahmen (vgl. Empfehlung 2) sowie die Sanktionierung bei Missachtung der Analysepflicht unerlässlich sind. Unternehmen ab 50 Mitarbeitenden sollten verpflichtet werden, basierend auf klaren gesetzlichen Bestimmungen (vgl. Empfehlung 6) ihre Löhne in regelmässigen Abständen (z.B. alle 3 Jahre) zu überprüfen und darüber intern Bericht zu erstatten und falls nötig entsprechende Massnahmen zur Gewährleistung der Lohngleichheit zu ergreifen.
- 2 *Einführung einer behördlichen Stichprobenkontrolle:* Gemäss bestehender gesetzlicher Grundlage muss die Lohngleichheit zwischen Frau und Mann von allen Unternehmen in der Schweiz befolgt werden – die Gesetzgebung betrifft folglich nicht nur eine (kleine) Auswahl an Firmen oder bestimmte Branchen. Aus dieser Perspektive erscheint eine behördliche Stichprobenkontrolle sachgerecht (Variante B3 in vorhergehender Darstellung). Die Fallstudien haben aufgezeigt, dass die Kooperationsbereitschaft der Unternehmen bei behördlichen Kontrollen hoch ist und dazu führt, dass die Betriebe in der Folge häufig selber Massnahmen ergreifen, um den gesetzlichen Verpflichtungen nachzukommen. Dies trifft besonders auf jene Modelle zu, in welchen weiterführende Durchsetzungsinstrumente bestehen. Die Stichprobenkontrolle sollte sich auf die Einhaltung der Pflicht zur Erstellung der Lohnanalysen wie der Lohngleichheit beziehen. Die entsprechenden Mitwirkungspflichten der Unternehmen und die Kontrollbefugnisse der Behörde müssen gesetzlich verankert werden. Der Behörde sollte die Befugnis eingeräumt werden, die Nichteinhaltung der Deklarationspflicht zu sanktionieren.
- 3 *Fokus auf Beratung und Vermittlung:* Die Analyse insbesondere auch der ausländischen Fallstudien zur Lohngleichheit hat aufgezeigt, dass in vielen Fällen eine einvernehmliche Lösung zwischen den Parteien (entweder zwischen den Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden oder zwischen den Arbeitgebenden und der Verwaltungsbehörde) gefunden werden konnte und eigentliche Durchsetzungsmassnahmen und Verwaltungszwang selten zur Anwendung kamen. Die Behörde sollte daher die Aufgabe und die Befugnis haben, Firmen zu beraten und in den Stichprobenfällen zusammen mit den ArbeitgeberInnen eine einvernehmliche Lösung zur

Beseitigung der Lohndiskriminierung zu suchen (Variante C1 in vorhergehender Darstellung). Noch weiterführend wäre ein Mandat der Behörde, in den Stichprobenfällen auch Verhandlungen hinsichtlich von *Lohnnachzahlungen* zu führen. Die Teilnahme der Arbeitgebenden an diesen Vermittlungsverhandlungen sollte obligatorisch erklärt werden.

- 4 *Behördliche Empfehlung und Behördenklagerecht*: Sofern im Rahmen der Vermittlungsverhandlung keine einvernehmliche Lösung gefunden wird, kann der Behörde in einem ersten Schritt die *Befugnis eingeräumt werden, eine Empfehlung* an die Unternehmen zur Beseitigung der Lohndiskriminierung zu richten (Variante C2 in vorhergehender Darstellung). Analog zum vorstehend erwähnten Vorschlag betreffend Beratung und Vermittlung könnte sich diese Empfehlung auch auf die Lohnnachzahlung für einen Zeitraum von maximal fünf Jahren erstrecken. Damit würde Gegenstand der Empfehlung, was Geschädigte auch zivilgerichtlich maximal fordern können. Besteht in einer Firma eine ArbeitnehmerInnenvertretung, ist die Empfehlung auch dieser Vertretung zur Kenntnis zu bringen.

Um die Durchsetzung des Lohnanspruchs auf einer breiteren Ebene zu verbessern, sollte die Behörde weitere Befugnisse erhalten: Da es sich bei Lohnforderungen und Lohnnachzahlungen grundsätzlich um zivilrechtliche Ansprüche zwischen privaten Parteien handelt, ist der rein verwaltungsrechtliche Weg mit einer Festsetzung der Lohnsumme und der Bestimmung allfälliger Lohnnachzahlungen durch Verfügung – wie im Fall von Ontario – im schweizerischen Recht systemwidrig. Das Behördenklagerecht – wie im Fallbeispiel Schweden und ähnlich der Konzeption im schweizerischen Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – ist daher in den Stichprobenfällen grundsätzlich vorzuziehen (Variante D3 in vorhergehender Darstellung). Wie die untersuchten Fallbeispiele zeigen, erhöht die Möglichkeit einer Behördenklage den Anreiz für einvernehmliche Lösungen und verbessert die Motivation zur Befolgung der Empfehlungen. Folglich regen wir an, in den Stichprobenfällen ein Behördenklagerecht zu verankern. Dieses Behördenklagerecht würde die heute bereits bestehenden Klagebefugnisse von Geschädigten und Organisationen/Gewerkschaften nicht ersetzen, sondern *ergänzen*: Weiterhin stünde den Geschädigten von Lohndiskriminierung die Klage nach Art. 5 GLG offen. Ferner könnten auch die Organisationen/Gewerkschaften weiterhin im eigenen Namen gerichtlich feststellen lassen, dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn der Ausgang des Verfahrens sich voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken wird (vgl. Art. 7 GLG).

- 5 *Verankerung eines Kommissionsmodells auf Bundesebene*: Da gerade grössere Firmen in der Schweiz über die Kantonsgrenzen hinaus Geschäftsniederlassungen besitzen, empfehlen wir für eine Stichprobenkontrolle die Einrichtung einer Behörde auf Bundesebene. Für eine Bündelung der Kompetenzen beim Bund spricht auch die Einheitlichkeit des Vollzugs im Rahmen dieser Stichprobenverfahren. Eine praktikable und pragmatische Lösung könnte darin liegen, das Sekretariat in eine bestehende Behörde, zum Beispiel das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, einzugliedern und dieser Behörde eine Kommission zur Seite zu stellen. Hier sind grundsätzlich zwei Modelle denkbar: So ist eine Vertretung der SozialpartnerInnen in der Kommission möglich. Das Modell mit Sozialpartnerkommission finden wir in allen drei von uns untersuchten ausländischen

Fallstudien sowie bei kantonalen Schlichtungsstellen nach Gleichstellungsgesetz. Allerdings muss beachtet werden, dass bei der individuellen Lohndiskriminierung sachliche Aspekte im Vordergrund stehen und es weniger um einen politisch verhandelbaren Gegenstand geht. Dies würde wiederum eher für die Etablierung einer Kommission sprechen, welche sich aus nicht sozialpartnerschaftlich gebundenen Expertinnen und Experten (Sachverständigen) zusammensetzt.

- 6 *Ergänzung der gesetzlichen Grundlage:* Sowohl die Einführung einer Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse als auch die erweiterten Behördenbefugnisse bedürfen einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn. Zu empfehlen ist eine entsprechende Ergänzung der gesetzlichen Grundlagen, namentlich des Gleichstellungsgesetzes.

I EINLEITUNG

Der durchschnittliche Lohnunterschied zwischen Frau und Mann beläuft sich in der Schweiz im privaten Sektor auf 23,6 Prozent (Jahr 2010).² 37,6 Prozent davon sind nicht sachlich erklärbar, mithin diskriminierungsbedingt. Die Lohndiskriminierung beträgt folglich im Schnitt 8,7 Prozent. Dieser Lohnunterschied hat sich in den letzten Jahren nur wenig verringert.

Der Grundsatz, dass Frauen und Männer Anspruch auf den gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit haben, ist seit 1981 in der Bundesverfassung verankert (heute in Art. 8 Abs. 3 BV 1999). Der Begriff der gleichwertigen Arbeit umfasst nicht bloss ähnliche, das heisst gleichartige Arbeiten, sondern bezieht sich darüber hinaus im Zusammenhang mit indirekten Lohndiskriminierungen auch auf Arbeiten unterschiedlicher Natur. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Lohnunterschiede diskriminierend, wenn sie auf geschlechtsspezifischen Umständen beruhen: Eine direkte Lohndiskriminierung durch private Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber liegt dann vor, wenn für die Bemessung des Lohns oder eines Lohnbestandteils direkt an das Geschlecht angeknüpft wird, zum Beispiel wenn innerhalb des gleichen Unternehmens unterschiedliche Mindestlöhne für Hilfsarbeiterinnen und Hilfsarbeiter bezahlt werden oder wenn ungleicher Lohn für gleiche Arbeit bei gleicher Qualifikation und Leistung entrichtet wird. Von einer indirekten Lohndiskriminierung spricht man hingegen, wenn das Geschlecht an sich zwar kein direktes Lohnbemessungskriterium darstellt, die verwendeten Lohnbemessungskriterien innerhalb eines Unternehmens faktisch aber das eine Geschlecht im Vergleich zum anderen benachteiligen. So werden zum Beispiel Frauen indirekt diskriminiert, wenn Teilzeitangestellte tiefere Löhne erhalten, da mehrheitlich Frauen Teilzeit arbeiten.³ Diskriminierung im Sinne von Artikel 8 Absatz 3 BV ist folglich auch dann gegeben, wenn innerhalb eines Betriebes zum Nachteil eines geschlechtstypisch identifizierten Berufs Lohnunterschiede bestehen, welche nicht sachbezogen in der Arbeit selbst begründet sind, sondern auf geschlechtsspezifische Umstände abstellen. Eine bestimmte Tätigkeit ist in der Regel als geschlechtstypisch einzuordnen, wenn der Frauenanteil höher als 70 Prozent liegt oder historische Faktoren auf eine geschlechtstypische Prägung hindeuten. Sachlich begründet ist ein Lohnunterschied im Einzelvergleich oder bei der Einstufung von Frauenberufen hingegen, wenn er sich auf so genannte objektive Kriterien stützt (vgl. BGE 136 II 393).

Das 1996 in Kraft getretene Gleichstellungsgesetz (GlG) konkretisiert den in der Verfassung verankerten Grundsatz der Lohngleichheit und soll die Durchsetzung des Rechts auf gleichen Lohn erleichtern (Art. 5 GlG). Das Gleichstellungsgesetz und die Schweizerische Zivilprozessordnung enthalten zudem Verfahrenserleichterungen zugunsten der Betroffenen. Zudem ermöglicht das Gleichstellungsgesetz Klagen und Be-

² Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau (2013): Auf dem Weg zur Lohngleichheit. Tatsachen und Trends, Bern.

³ Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau (2007): Was ist Lohngleichheit? Zur Lohndiskriminierung siehe ferner BGE 136 II 393; 127 III 207; 125 III 368; Kaufmann, C.; Steiger-Sackmann S. (Hrsg.) (2009): Kommentar zum Gleichstellungsgesetz (GSG), Basel; Aubert, G.; Lempen K. (Hrsg.) (2011): Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève.

schwerden von Organisationen (Art. 7 GIG). Behördliche Durchsetzungsmassnahmen sieht das Gesetz allerdings nicht vor; eine behördliche Kontrolle der privaten Arbeiterschaft findet sich lediglich im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens.⁴

Bei einem vermuteten diskriminierenden Lohnunterschied steht den Arbeitnehmenden zwar der Schlichtungs- und der Gerichtsweg offen. Diese Instrumente werden jedoch aus verschiedenen Gründen oftmals nicht genutzt.⁵ Es erstaunt deshalb wenig, dass sich der Lohnunterschied zwischen Frauen und Männern in den letzten Jahren nur geringfügig verringert hat.

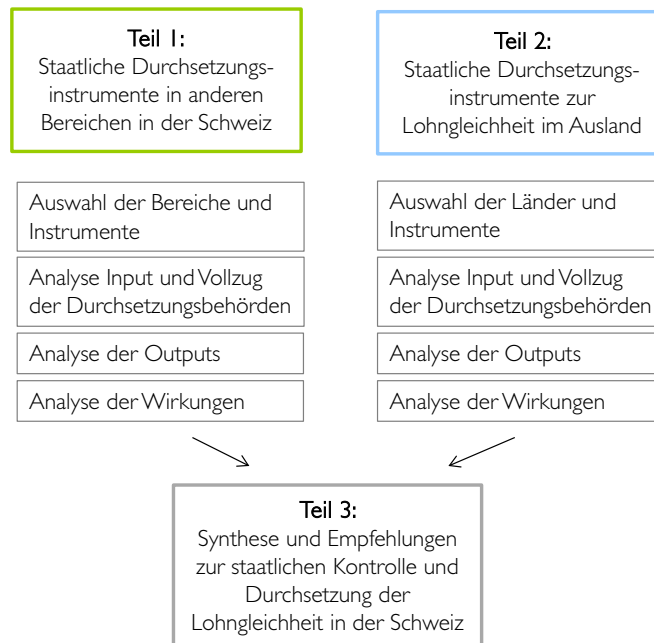
Mit der vorliegenden Studie soll aufgezeigt werden, welche staatlichen Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente für die Verwirklichung der Lohngleichheit in der Schweiz angewendet werden könnten. Gemäss Auftrag legt die Studie den Fokus auf Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente im Hinblick auf private ArbeitgeberInnen. In welcher Form sich die vorgeschlagenen Massnahmen auch auf den öffentlichen Sektor (Bund, Kantone und Gemeinden) übertragen lassen, müsste zusätzlich vertieft analysiert werden.

⁴ Art. 8 Abs. 1 lit. c Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen BöB (Bundesebene), teilweise auch auf kantonaler Ebene, vgl. Art. 24 Abs. 1 lit. f Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen ÖBV Kt. BE.

⁵ Vgl. dazu die Ergebnisse in der Evaluationsstudie GIG Synthesebericht: Stutz H. et al. (2005): Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Synthesebericht, im Auftrag des Bundesamts für Justiz, Bern. S. 124 ff.; Bundesamt für Justiz (2008): Bericht über verschiedene Modelle von Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen im Bereich der Gleichstellung von Frauen und Männern im Erwerbsleben, Bern, S. 4.

Die Studie ist in drei Teile gegliedert. Diese sind in der nachfolgenden Darstellung aufgeführt.

Darstellung 2.1: Überblick über die Teilbereiche der Studie



Quelle: eigene Darstellung.

2.1 UNTERSUCHUNGSGEGENSTÄNDE

Die in- und ausländischen Fallstudien sollen Erkenntnisse zu bereits existierenden Vollzugs-/Durchsetzungsinstrumenten liefern. Vier Fallstudien widmen sich staatlichen Durchsetzungsinstrumenten in Bereichen ausserhalb der Lohnungleichheit in der Schweiz (vgl. Kapitel 3). In drei Fallstudien werden staatliche Durchsetzungsinstrumente zur Lohnungleichheit im Ausland untersucht (vgl. Kapitel 4).

In der evaluationswissenschaftlichen Terminologie lassen sich Fragen bezüglich der Wirksamkeit von Massnahmen unterschiedlichen Stufen der Wirkungsentfaltung zuordnen.⁶ Eine Massnahme basiert auf einer *konzeptionellen Grundlage* und es wird ein bestimmter *Input* (finanzielle und personelle Ressourcen) verwendet, bei der *Umsetzung* arbeiten verschiedene Akteure zusammen, die Massnahme bringt einen konkreten *Output* hervor und entfaltet bei der anvisierten Zielgruppe beabsichtigte und möglicherweise unbeabsichtigte Wirkungen (*Outcome*) und trägt so schliesslich zur Verminderung des Problems bei (*Impact*). Die nachfolgende Darstellung verdeutlicht die Wirkungskette.

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

Darstellung 2.2: Wirkungskette staatlicher Massnahmen

Kontext (politisch, ökonomisch, juristisch)					
Beurteilungs-gegenstände	Konzept/Input	Vollzug	Output	Outcome	Impact
	- Formale Funktionsweise und rechtliche Grundlagen - Personelle und finanzielle Ressourcen	Organisationsstruktur und Vollzugsabläufe	Leistungserbringung (z.B. Anzahl und Art der Kontrollen, der aufgedeckten Verstösse, der Sanktionen)	Wirkungen bei Zielgruppen (beabsichtigte und unbeabsichtigte)	Beitrag zur Problemlösung
Beurteilungs-kriterien	Zweckmässigkeit (Eignung des Inputs, der Organisationsstrukturen und Abläufe für die Leistungserbringung)		- Angemessenheit - Leistungsbezogene Effizienz (Relation Input/Output)	- Effektivität - Wirkungsbezogene Effizienz (Relation Input/Outcome)	Wirksamkeit

Quelle: eigene Darstellung.

Die Vollzugs-/Durchsetzungsinstrumente in den ausgewählten Fallstudien wurden entlang der in der Wirkungskette aufgeführten Gegenstände analysiert.

Die Erkenntnisse aus den Fallstudien wurden schliesslich einer Synthese unterzogen und es wurden Empfehlungen für staatliche Instrumente zur Durchsetzung der Lohn-gleichheit in der Schweiz formuliert (vgl. Kapitel 5).

2.2 METHODIK

Die Studie basiert auf dem Fallstudienansatz. Fallstudien eignen sich besonders, um die Wirkungszusammenhänge und -mechanismen von konkreten Massnahmen systematisch zu analysieren. Die Analyse der Fallstudien basiert auf einem Raster, welches entlang der in Darstellung 2.2 aufgeführten Beurteilungsgegenstände und –kriterien gegliedert ist. Die Ausrichtung der Analyse an einem Raster erzeugt eine einheitliche Gliederung der Fallstudien und eignet sich daher besonders für den Vergleich mehrerer Fallstudien (Cross-case-Analysen).⁷ Die Fallstudien umfassen neben der Analyse vorhandener Unterlagen auch Gespräche mit Expertinnen und Experten (vgl. Darstellung 2.3 und Darstellung 2.4).

Fallauswahl

Die Auswahl der Fallstudien wurde gemeinsam mit den Auftraggebenden getroffen und basiert auf fundierten Grundlagen. Bei den inländischen Fallstudien wurde die Auswahl so getroffen, dass die einzelnen Fälle hinsichtlich staatlicher Vollzugs-/Durchsetzungsinstrumente möglichst unterschiedliche Modelle repräsentieren (Most Different Systems Design). Dabei wurde eine grosse Ausprägung der vorgängig definierten Gegenstände in der Wirkungskette angestrebt. Hauptkriterium für die Auswahl bildete die Organisationsstruktur, wobei darauf geachtet wurde, dass mindestens ein behördliches Modell ohne Kommission, ein Kommissionsmodell, ein kantonales Modell sowie ein Modell mit Selbstregulierungsorganisationen miteinbezogen werden konnten. Schliess-

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

lich wurden die Preisüberwachung, die Spielbankenkommission, der Vollzug der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit im Kanton Basel-Stadt sowie die FINMA mit Fokus auf die Regulierung der Geldwäscherei ausgewählt.

Bei den ausländischen Fallstudien wurde Wert darauf gelegt, Modelle mit möglichst weitreichenden staatlichen Durchsetzungskompetenzen zu untersuchen. Weiter wurde bereits bei der Auswahl darauf geachtet, dass Informationen zur Wirksamkeit der Modelle zur Verfügung stehen und die Mechanismen mithin bereits einige Zeit in dem betreffenden Land angewendet werden. Ein Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleich (SIR) lieferte Informationen zu staatlichen Modellen zur Durchsetzung der Lohngleichheit in 14 Staaten und bildete eine wichtige Grundlage für die Auswahl und die vorliegende Beschreibung – insbesondere hinsichtlich rechtlicher Aspekte.⁸ Für die Fallstudien wurden schliesslich die kanadische Provinz Ontario, Österreich und Schweden ausgewählt.

Dokumentenanalyse

Alle Fallstudien basieren auf einer ausgiebigen Analyse von verfügbaren Dokumenten. Neben den gesetzlichen Grundlagen wurden dementsprechend Jahresberichte, Studien, Evaluationen, Medienmitteilungen, statistische Auswertungen sowie das genannte Gutachten des SIR beigezogen.

Befragte Personen

Die Fallstudien wurden in Ergänzung zur Dokumentenanalyse auf Grundlage persönlicher (inländische Fallstudien) und telefonischer (ausländische Fallstudien) Interviews mit Expertinnen und Experten erstellt. Die Interviews fanden im Zeitraum vom 22. April bis zum 16. Mai 2013 statt. Die folgenden beiden Tabellen liefern eine Übersicht über die Personen, die interviewt worden sind. Bei allen inländischen Fallstudien wurden zusätzliche Fragen von weiteren Personen telefonisch beantwortet (vgl. Fussnoten). Alle inländischen Fallstudien sowie die Fallstudie zu Österreich wurden zudem von den InterviewpartnerInnen und Auskunftspersonen geprüft und mit Feedbacks zurückgeschickt. Bei Ontario und Schweden war dies jedoch aufgrund der Sprache nicht möglich.

Darstellung 2.3: InterviewpartnerInnen Fallstudien Inland

Bereich	Name	Vorname	Institution	Funktion
Preisüberwachung ⁹	Niederhauser	Beat	Preisüberwachung	Stv. Preisüberwacher, Geschäftsleiter
Spielbankenkommission ¹⁰	Jordan	Jean-Marie	Eidgenössische Spielbankenkommission	Direktor des Sekretariats

⁸ Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung SIR (2013): Avis sur les mesures étatiques en matière de discrimination salariale hommes-femmes, Lausanne (noch nicht veröffentlicht).

⁹ Ein zusätzliches telefonisches Gespräch wurde mit Herrn Rudolf Lanz (Fürsprecher) von der Preisüberwachung am 31.5.2013 geführt.

¹⁰ Herr Niklaus Müller (Leiter Stab Steuer) und Frau Maria Saraceni (Mitarbeiterin Stab Steuer) haben zusätzliche schriftliche Fragen beantwortet sowie die Fallstudie der Spielbankenkommission einer Prüfung unterzogen und Korrekturen angebracht.

Bereich	Name	Vorname	Institution	Funktion
Vollzug flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit Kanton Basel-Stadt ¹¹	Trepte	Natalie	Amt für Wirtschaft und Arbeit, Basel-Stadt	Abteilungsleiterin Arbeitsbeziehungen
FINMA (Fokus Selbstregulierung Geldwäscherei)	Kohler	Barbara	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA	Geldwäscherei und Finanzkriminalität, Geschäftsbereich Märkte

Darstellung 2.4: InterviewpartnerInnen/Auskunftspersonen Fallstudien Ausland

Land	Name	Vorname	Institution	Funktion
Ontario	Heyninck	Emanuela	Pay Equity Commission	Kommissarin
Ontario	O'Brian	Rene	Pay Equity Office	Senior Review Officer
Österreich	Nikolay-Leitner	Ingrid	Gleichbehandlungsanwaltschaft	Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt
Österreich	Konstatzky	Sandra	Gleichbehandlungsanwaltschaft	Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt
Österreich	Schindler	René	Gewerkschaft PRO-GE	Bundessekretär für Soziales und Recht
Schweden	Christensen	Peter	Diskriminierungsombudsmannen	Leiter der Abteilung Compliance Monitoring
Schweden	Hagström	Ulrika	Tjänstemännens Centralorganisation (TCO) – Zentralorganisation der Angestellten	Senior Research Officer, Gender Equality

Grenzen der Untersuchung

Im Rahmen der Fallstudien bestand die Absicht, die Wirksamkeit der untersuchten Instrumente so weit wie möglich anhand von messbaren Indikatoren darzulegen. Es handelt sich dabei um möglichst konkrete Angaben zur Anzahl und Art der Anpassungen, welche die Unternehmen infolge der Kontrollmassnahmen ergriffen haben (z.B. bei Lohngleichheit: Anhebung der Löhne, rückwirkende Zahlungen). Dies erwies sich jedoch als sehr schwierig, weil entsprechende Daten nicht verfügbar sind. Anstelle dessen mussten wir uns auf grobe Schätzungen beziehungsweise auf Beurteilungen der Wirkungen auf die Unternehmen seitens der Befragten verlassen. Bezogen auf gesamtgesell-

¹¹ Zusätzliche Fragen wurden von Frau Antonina Stoll (Abteilungsleiterin Arbeitsbeziehungen) vom Amt für Wirtschaft und Arbeit, Kanton Basel-Stadt am 11.7.2013 telefonisch beantwortet.

schaftliche Wirkungen – bei der Lohngleichheit ist dies die Reduktion des (nicht erklärbaren) Lohnunterschieds – liegen in den untersuchten Ländern zwar Daten vor, gemessen an der zum Teil erst kurzen Dauer seit Einführung der Kontroll- und Durchsetzungsmassnahmen, sind diese hochaggregierten Daten jedoch wenig aussagekräftig.

2.3 REICHWEITE DER UNTERSUCHUNG

Gemäss Auftrag legt die vorliegende Studie den Fokus auf Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente im Hinblick auf private ArbeitgeberInnen. Diese Priorisierung kann damit begründet werden, dass sich das Problem der Lohndiskriminierung im privaten Sektor deutlicher offenbart als im öffentlichen Sektor. Gemäss Statistiken für das Jahr 2010 beträgt der nicht erklärte, also diskriminierende Anteil am Lohnunterschied im privaten Sektor 37,6 Prozent, während er im öffentlichen Sektor bei 21,6 Prozent liegt.¹²

Der Grundsatz der Lohngleichheit nach Artikel 8 Absatz 3 BV gilt für alle unselbstständigen Arbeitsverhältnisse – sowohl im privaten als auch im öffentlichen Sektor. In welcher Form sich die vorgeschlagenen Massnahmen auch auf den öffentlichen Sektor (Bund, Kantone und Gemeinden) übertragen lassen, müsste daher zusätzlich vertieft analysiert werden.

¹² Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG; Bundesamt für Statistik BFS (2013): Auf dem Weg zur Lohngleichheit. Tatsachen und Trends, Bern.

3.1 PREISÜBERWACHUNG

Die wettbewerbspolitische Preisüberwachung in der Schweiz basiert auf dem 1985 erlassenen und 1991 revidierten Preisüberwachungsgesetz (PüG; SR 942.20). Ausschlaggebend für die Ausarbeitung des Gesetzes war eine im Jahr 1982 deutlich angenommene Volksinitiative. Diese forderte vom Bund den Erlass von Vorschriften für eine Überwachung der Preise und Preisempfehlungen für Waren und Dienstleistungen marktbeherrschender Unternehmen und Organisationen.¹³ Grundsätzlich soll das Preisüberwachungsgesetz die Konsumenten und Konsumentinnen sowie die Wirtschaft vor zu hohen Preisen aufgrund von fehlendem Wettbewerb schützen.

3.1.1 KONZEPT UND VOLLZUG

Das Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 gilt für Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes und für marktmächtige Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts (Art. 2 PüG). Es definiert die folgenden drei Aufgabenbereiche des Preisüberwachers (Art. 4 PüG): Erstens die laufende Beobachtung der Entwicklung von Preisen, die nicht dem freien Wettbewerb ausgesetzt sind, sondern von marktmächtigen Unternehmen festgelegt wurden. Dazu zählen beispielsweise Gebühren für Radio und Fernsehen, Tarife des öffentlichen Verkehrs, der Post oder von Spitälern sowie Wasser- oder Abfallpreise der Gemeinden.¹⁴ Die zweite Aufgabe umfasst die Verhinderung und Beseitigung von missbräuchlichen Preiserhöhungen oder Preisbeibehaltungen. Dabei wird bei nichtbehördlichen Anbieterinnen grundsätzlich eine einvernehmliche Regelung angestrebt, bei behördlichen eine Empfehlung abgegeben. Als „ultima ratio“ besitzt der Preisüberwacher bei nichtbehördlichen Anbieterinnen die Möglichkeit, zu verfügen. Drittens muss der Preisüberwacher die Öffentlichkeit über seine Tätigkeiten orientieren. Schliesslich stellt das PüG die vorsätzliche Verletzung einer einvernehmlichen Regelung oder Verfügung und die Verletzung der Auskunftspflicht unter Strafe (Art. 23 f. PüG).

Reichweite

Der Preisüberwachung liegt eine wettbewerbspolitische Konzeption zugrunde. Das PüG gilt für Kartelle und marktmächtige Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts im Sinne des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 sowie für administrierte Preise. Der sachliche Geltungsbereich umfasst Preise von Waren und Dienstleistungen einschliesslich der Kredite und schliesst Löhne und andere Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis explizit aus (Art. 1 PüG). Die Definition des Preissmissbrauchs ist im Gesetz negativ formuliert, da ein Preissmissbrauch ausgeschlossen ist, wenn die Preise das Ergebnis von wirksamem Wettbewerb sind. Eingriffe erfolgen daher nur in Märkten, in welchen der Wettbewerb seine Steuerungsfunktion nicht oder nur beschränkt wahrnehmen kann. Während die Schaffung von wirksamem Wettbewerb Aufgabe der Wettbewerbskommission ist, greift der Preisüberwacher dort ein, wo dies nicht gelingt oder wirksamer

¹³ Vgl. Schweizerische Eidgenossenschaft, Preisüberwachung (2006): 20 Jahre Preisüberwachungsgesetz (PüG).

¹⁴ Als private Unternehmen können die Cablecom oder die Fluggesellschaft Swiss genannt werden.

Wettbewerb aus übergeordneten Interessen nicht erwünscht ist. Das Kartellgesetz und das PüG sind in diesem Sinne komplementär.¹⁵

Vollzugskompetenz

Die Vollzugskompetenzen zur Einhaltung der Bestimmungen des PüG obliegen dem vom Bundesrat gewählten Preisüberwacher. Für den Vollzug der Strafbestimmungen gemäss Artikel 23 und Artikel 24 PüG ist das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) zuständig. Vorbereitet wird der Entscheid vom Rechtsdienst des Generalsekretariats des WBF.

Organisation der Behörden

Die Preisüberwachung ist eine Verwaltungsstelle des WBF. Administrativ ist sie dem Generalsekretariat (GS) des WBF angegliedert, welches die anfallenden Aufgaben im Personalbereich sowie in der Ressourcenverteilung übernimmt. Durch die Professionalität des GS WBF sowie die geringe Grösse der Preisüberwachung wird diese Aufgabenteilung als effizienter betrachtet, als wenn die Aufgaben von der Preisüberwachung selber wahrgenommen würden. In allen inhaltlichen Belangen ist der Preisüberwacher jedoch unabhängig vom Departement. Diese Unabhängigkeit wird vom Geschäftsführer als grosser Vorteil bezeichnet, da man so keinem politischen Einfluss ausgesetzt sei. Grundsätzlich wird die heutige Organisationsform als zweckmässig erachtet, was auch ein Bericht vom EVD¹⁶ aus dem Jahr 2004 bestätigte. In dem Bericht wurde unter anderem die Frage nach einer allfälligen Integration oder Teilintegration der Preisüberwachung in die Wettbewerbskommission (Weko) geklärt. Das Departement kam zum Schluss, dass eine solche nicht wünschenswert sei. Die Aufgaben der Preisüberwachung und der Weko seien komplementär, dementsprechend würden sich auch die Arbeitsmethoden der beiden Behörden unterscheiden. Die Zusammenarbeit zwischen den beiden Behörden ist auf Gesetzesstufe geregelt und funktioniert aus Sicht der Betroffenen ohne Probleme.¹⁷ Im Gegensatz zur Weko wird dem Preisüberwacher des Weiteren eine wichtige Funktion als Ombudsmann für die Konsumentinnen und Konsumenten zugeschrieben, indem mit der Meldestelle ein niederschwelliges Angebot zur Verfügung steht. Gemäss einem Bericht zur Organisation der Preisüberwachung gelänge es dem Preisüberwacher nicht selten „auf informelle Art und Weise kleine Probleme zwischen einem Anbieter und einem betroffenen Konsumenten einer pragmatischen Lösung zuzuführen. Diese Ombudsmannfunktion kann typischer- und sinnvollerweise nur durch eine Einzelperson, die auch über einen gewissen Bekanntheitsgrad verfügt, wahrgenommen werden“.¹⁸ Eine Kommission sei hierfür nicht das geeignete Gremium, so die Autoren des Berichts.

Das Büro des Preisüberwachers wird von einem Geschäftsführer geleitet; dieser übt gleichzeitig die Funktion des stellvertretenden Preisüberwachers aus. Das Büro ist in die drei Fachbereiche Gesundheit, Energie und Telekommunikation sowie Informations- und Rechtsdienst gegliedert. Die Preisüberwachung verfügt über eine Meldestel-

¹⁵ Schweizerische Eidgenossenschaft, Preisüberwacher (2006): 20 Jahre Preisüberwachungsgesetz (PüG).

¹⁶ Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF hiess bis zum 1. Januar 2013 Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (EVD).

¹⁷ Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (2004): Bericht zur Organisation der Preisüberwachung. S. 2.

¹⁸ Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (2004): Bericht zur Organisation der Preisüberwachung. S. 13.

le, an die sich die gesamte Bevölkerung wenden kann. Der Meldestelle wird neben einer Signalfunktion auch eine Kontrollfunktion zugeschrieben. Eine Signalfunktion insofern, indem sie dem Preisüberwacher Probleme auf der Nachfrageseite anzeigt. Eine Kontrollfunktion wird den Publikumsmeldungen hingegen in dem Sinne zugeschrieben, dass sie Hinweise über die Beachtung von einvernehmlichen Regelungen liefern oder auf nicht gemeldete behördliche Preise aufmerksam machen können. Ausserdem seien die Meldungen aus der Öffentlichkeit eine wichtige Informationsquelle, die über Einzelfallabklärungen hinausgehen und eine grundsätzliche Marktabklärung auslösen können.¹⁹ Seit 2008 wird die Stelle von Stefan Meierhans besetzt. Der Preisüberwacher ist schweizweit tätig, die Kantone übernehmen dabei keine Aufgaben.

Ressourcen

Die Preisüberwachung verfügt über 16 Vollzeitstellen und über ein Budget von rund drei Millionen Franken. Stehen besonders umfangreiche und arbeitsintensive Prüfverfahren an – wie zum Beispiel 2009, als die Festlegung der neuen Tarifstruktur im Spitalwesen eingeführt wurde –, kann der Bundesrat zusätzliche finanzielle Mittel sprechen. Die personellen sowie finanziellen Ressourcen werden als knapp ausreichend beurteilt für die Erfüllung des gesetzlichen Auftrags.

Melde- und Deklarationspflichten

Eine Meldepflicht für Preiserhöhungen der Unternehmen gibt es nicht. Allerdings besteht gemäss Artikel 6 PüG die Möglichkeit einer so genannten freiwilligen Voranmeldung: Unternehmen können geplante Preiserhöhungen dem Preisüberwacher unterbreiten. Grundsätzlich steht diese Möglichkeit allen Unternehmen offen. Es wird jedoch hauptsächlich davon Gebrauch gemacht, wenn ein Unternehmen selbst nicht sicher ist, ob die geplante Preiserhöhung im Wettbewerb steht. Der Preisüberwacher klärt dann innert 30 Tagen ab, ob er die gemeldete Preiserhöhung für unbedenklich hält. Von diesem Voranmeldeverfahren, das durchaus im Sinne einer Dienstleistung angesehen werden kann, wird gemäss Aussage des Geschäftsführers relativ häufig Gebrauch gemacht. Hinsichtlich des Aufwandes für die Preisüberwachung macht es keinen Unterschied, ob die Preisabklärung im Rahmen einer Voranmeldung oder von Amtes wegen durchgeführt wird.

Wie bereits erwähnt, kann die Bevölkerung dem Preisüberwacher Vermutungen über missbräuchliche Preiserhöhungen oder -beibehaltungen schriftlich melden (Art. 7 PüG). Diese Möglichkeit wird rege genutzt, im Jahr 2012 trafen beim Preisüberwacher rund 2'800 Meldungen zur Abklärung ein.

Untersuchungskompetenzen

Der Preisüberwacher kann im Rahmen der Preisbeobachtung oder aufgrund einer Meldung aus der Öffentlichkeit eine Untersuchung eröffnen, wenn ein Verdacht auf einen Preismissbrauch besteht. Für einen Verdacht gibt es keine hohen Anforderungen. Der Preisüberwacher kann dementsprechend bei einem Unternehmen Informationen einfordern, ohne bereits in diesem Stadium detaillierte Erklärungen abgeben zu müssen, warum das Unternehmen ausgewählt wurde und welche Indizien für einen Preismissbrauch vorliegen. Die Untersuchung findet meist auf schriftlichem Weg anhand eines

¹⁹ Wettbewerbskommission (2012): Recht und Politik des Wettbewerbs. Jahresbericht des Preisüberwachers 2012.

Fragebogens statt. Dabei unterstehen die Unternehmen einer Auskunft- und Mitwirkungspflicht. Die Auskunftspflicht war erst kürzlich Gegenstand eines Bundesverwaltungsgerichtsurteils.²⁰ Das Gericht hat die Beschwerde eines Alters- und Pflegeheims abgewiesen, welches die Auskunftspflicht bestritten und eine Auskunftsverfügung des Preisüberwachers angefochten hatte. Das Gericht begründete den Entscheid damit, dass Alters- und Pflegeheime dem Preisüberwacher die erforderlichen Auskünfte erteilen und die notwendigen Unterlagen zur Verfügung stellen müssen, da erst basierend auf diesen Auskünften entschieden werden könne, ob der Preisüberwacher überhaupt zuständig sei respektive ob ein Preissmissbrauch vorliege.

Zwei Arten von Untersuchungen kommen besonders oft zur Anwendung. Bei einer Kostenanalyse wird das Unternehmen aufgefordert, seine Daten dem Preisüberwacher in Form der Beantwortung eines Fragebogens zu liefern. Die gelieferten Daten werden anschliessend anhand von öffentlichen Daten wie Jahresberichten, Steuerdaten usw. plausibilisiert. Die Richtigkeit der Angaben, die die Unternehmen machen, wird gemäss Geschäftsführer als sehr hoch eingeschätzt, da es gemäss Artikel 24 Bst. b PüG strafbar ist, unrichtige oder unvollständige Angaben zu machen. Neben einer Busse müssten die Unternehmen vor allem einen Reputationsschaden befürchten, falls der Öffentlichkeit bekannt würde, dass das Unternehmen gegenüber dem Preisüberwacher falsche Angaben gemacht hat. Die zweite Untersuchungsmethode ist ein Quervergleich, der in Form eines Benchmarkings zwischen verschiedenen Firmen und Produkten gemacht wird. Grundsätzlich sei es jedoch relativ schwierig, zwei Firmen zu finden, die etwas Gleiches herstellen, so der Geschäftsführer. Die Untersuchungskompetenzen würden dennoch als absolut genügend eingeschätzt. Weiterreichende Befugnisse könnten keine anderen oder besseren Resultate liefern. Artikel 13 PüG legt die Beurteilungselemente fest, die bei der Prüfung berücksichtigt werden müssen.²¹

Durchsetzung

Wenn ein Preissmissbrauch festgestellt worden ist, wird mit dem betroffenen Unternehmen eine einvernehmliche Regelung angestrebt, um eine Preissenkung, eine reduzierte Preiserhöhung oder eine zeitliche Verschiebung der Preiserhöhung zu erreichen. Falls keine einvernehmliche Regelung mit dem Unternehmen zustande kommt, kann der Preisüberwacher per Verfügung die Preissenkung durchsetzen. Gemäss Artikel 23 PüG wird mit einer Busse von bis zu 100'000 Franken bestraft, wer vorsätzlich eine verfügte Preissenkung nicht vornimmt, trotz Untersagung einen Preis erhöht oder einvernehmlich geregelte Preise überschreitet. Mit einer Busse von bis zu 20'000 Franken wird bestraft, wer vorsätzlich der Auskunftspflicht nicht nachkommt oder unrichtige oder unvollständige Angaben macht (Art. 24 PüG).

Andere oder weitere Befugnisse

Im Gegensatz zu den privaten Unternehmen kann der Preisüberwacher im Fall, dass politische Behörden (d.h. Regierungen oder Parlamente von Bund, Kantonen und Gemeinden) für die Preise verantwortlich sind, gemäss Artikel 14 PüG lediglich Empfehlungen zu den von den Behörden vorgelegten Tarifvorlagen abgeben. Da es sich um ein

²⁰ Bundesverwaltungsgericht (2012): Urteil vom 5. März 2012. B-5436/2011.

²¹ Es sind dies die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten, die Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne, die Kostenentwicklung, besondere Unternehmerleistungen sowie besondere Marktverhältnisse.

Empfehlungsrecht handelt, müssen die politischen Behörden den Empfehlungen nicht nachkommen. Die gleiche Regelung gilt gegenüber den so genannten anderen bundesrechtlichen Preisüberwachungsbehörden gemäss Artikel 15 PüG.

Eine der wichtigsten Aufgaben des Preisüberwachers ist die Orientierung der Öffentlichkeit über seine Tätigkeit (Art. 4 Abs. 3 PüG). Durch die starke Transparenz und Präsenz des Preisüberwachers in den Medien soll die präventive Wirkung des Gesetzes verstärkt werden. Der Preisüberwacher informiert deshalb die Medien und die Öffentlichkeit laufend über seine Tätigkeiten und die Resultate seiner Untersuchungen. Einen Gesamtüberblick vermitteln die in der Reihe „Recht und Politik des Wettbewerbs“ (RPW) erscheinenden Jahresberichte. Die wichtigsten Empfehlungen und einvernehmlichen Regelungen sowie alle formellen Entscheide werden auf der Homepage des Preisüberwachers publiziert und laufend aktualisiert. Diese und weitere Neuigkeiten werden in einem zirka 2-monatlich erscheinenden Newsletter publiziert und in einem Blog dokumentiert.

Stellung von Geschädigten/Dritten

Gemäss Artikel 21 PüG haben Konsumentenorganisationen ein Beschwerderecht, welches jedoch nur im Rahmen von Verfügungen eingesetzt werden kann. Eine Konsumentenorganisation könnte somit beispielsweise einen Entscheid des Preisüberwachers anfechten, wenn sie der Ansicht ist, dass die verfügte Preissenkung nicht genügend hoch ausfällt. Ebenfalls Gebrauch machen kann sie von ihrem Beschwerderecht, wenn beispielsweise ein Unternehmen die vom Preisüberwacher verfügte Preissenkung vor dem Bundesverwaltungsgericht anfecht und Recht bekommt. Dann könnte anschliessend die Konsumentenorganisation den Entscheid vor das Bundesgericht weiterziehen. Grundsätzlich wurde das Beschwerderecht der Konsumentenorganisationen bis anhin noch praktisch nie genutzt, da es generell sehr selten zu Verfügungen kommt. Da jedoch gemäss Artikel 5 PüG die Preisüberwachung in Zusammenarbeit mit den interessierten Kreisen erfolgen muss, steht der Preisüberwacher in diesem Rahmen mit den Konsumentenorganisationen in regelmässigem Kontakt.

Rechtsmittel gegen behördliche Anordnungen

Gegen einen Entscheid des Preisüberwachers kann ein Unternehmen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht einlegen (Art. 20 PüG). Gegen dessen Entscheid kann Beschwerde beim Bundesgericht erhoben werden.

3.1.2 OUTPUT

Anzahl Untersuchungen

Im Jahr 2012 belief sich die Anzahl Meldungen aus der Öffentlichkeit auf rund 2'800. Rund 20 Prozent davon betrafen die Post, gefolgt von Beanstandungen betreffend Preise im Bereich der Telekommunikation (14%) sowie im Gesundheitswesen (11%). Die Anzahl Meldungen steigt tendenziell von Jahr zu Jahr. Im gleichen Jahr kam es zu 30 Untersuchungen in verschiedenen Branchen, die entweder aufgrund von Beobachtungen des Preisüberwachungsbüros oder von Bürgermeldungen eröffnet wurden. Da der Wunsch besteht, flexibel auf aktuelle Begebenheiten reagieren zu können, gibt es keine festgelegte Anzahl Untersuchungen pro Jahr, die durchgeführt werden müssen. Der Preisüberwacher legt aber Jahresziele in Form von Fokusbranchen fest, die dann vertieft untersucht werden. Die von den politischen Behörden zur Stellungnahme vorgeleg-

ten Tarifvorlagen gemäss Artikel 14 und 15 PüG beliefen sich 2012 auf rund 420. Davon gab der Preisüberwacher in rund 100 Fällen eine Empfehlung ab.

Anzahl aufgedeckter Verstösse und Rechtsfolgen

Im Rahmen der 30 Untersuchungen kam es bei zwölf Unternehmen zu einer einvernehmlichen Regelung, bei sechs Unternehmen wurde hingegen kein Preismissbrauch festgestellt. Die restlichen 12 Untersuchungen konnten im Laufe des Jahres 2012 noch nicht abgeschlossen werden. Zu Verfügungen kommt es generell äusserst selten, da die Unternehmen Reputationsschäden befürchten. Ein Verwaltungsstrafverfahren gemäss Artikel 25 hat es bis anhin erst einmal gegeben.

Dauer Kontrollprozess

Die Dauer der Abklärungen variiert je nach Dossier. Grundsätzlich ist die Kooperationsbereitschaft der Unternehmen entscheidend. So kann der Einbezug von AnwältInnen eine Vervielfachung des Aufwands bedeuten, während sich bei wiederholenden Abklärungen auch eine gewisse Routine einspielen kann, was wiederum eine Effizienzsteigerung auf beiden Seiten zur Folge haben kann.

3.1.3 WIRKUNGEN

Konkrete Anpassungen in den Unternehmen

Im Jahr 2012 kam es in den untersuchten privaten Unternehmen zu 12 einvernehmlichen Regelungen und zu keinem formellen Entscheid. Von den rund 100 Empfehlungen, die an politische Behörden abgegeben wurden, wurde gemäss grober Schätzung des Geschäftsführers atypischerweise weniger als ein Drittel befolgt²² (in normalen Jahren: ca. zwei Drittel befolgt, 15 bis 20% teilweise befolgt sowie ca. 15% nicht befolgt). Bei Nichtbefolgung dieser Empfehlungen stehen dem Preisüberwacher keine weiteren Mittel zur Verfügung. Er kann jedoch die Öffentlichkeit darüber informieren und so je nachdem eine politische Diskussion auslösen.

Die Dauer der Wirkungsentfaltung ist bei einer einvernehmlichen Regelung relativ kurz, da der Preis innert kürzester Zeit gesenkt werden muss. Dies ist ein Grund, warum bei den Untersuchungen eine einvernehmliche Regelung gesucht wird; so können die Konsumentinnen und Konsumenten rasch von der Änderung profitieren. Hingegen kann es im Falle einer Verfügung aufgrund der Rechtsmittel Jahre dauern, bis die Preise gesenkt werden.

Weitere Wirkungen

Dem PüG wird eine starke präventive Wirkung attestiert. Wichtigstes Element dabei bildet bei den privaten Unternehmen die Möglichkeit des Preisüberwachers, die Öffentlichkeit über die Untersuchungen zu informieren, sowie die damit zusammenhängenden allfälligen Reputationsschäden. Bei den politischen Behörden wirkt eher der unter Umständen anfallende Verwaltungsaufwand präventiv.

²² 2012 sind besonders viele Empfehlungen auf Basis einer neuen Gesetzgebung im KVG ergangen, welche von den Kantonen nicht befolgt wurden. Die entsprechenden Fälle werden nun teilweise vom BVGer zu entscheiden sein, da in diesem Spezialfall ein Rekursrecht der Krankenkassen besteht.

Gesamtgesellschaftliche Wirkungen

Mit einem jährlichen Budget von rund 3 Millionen Franken können je nachdem weit über 300 Millionen Franken pro Jahr an Einsparungen für die Konsumentinnen und Konsumenten erreicht werden. Das Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag wird dementsprechend vom Geschäftsführer der Preisüberwachung als hervorragend eingeschätzt. Da die Steuerzahlenden direkt von Preissenkungen profitieren würden, bestehe auch eine hohe Legitimität in der Öffentlichkeit.

3.2 EIDGENÖSSISCHE SPIELBANKENKOMMISSION

Im Jahr 1993 wurde über die Aufhebung des Spielbankenverbots sowie über die Schaffung eines neuen Verfassungsartikels abgestimmt. Argumente wie Mehreinnahmen für die AHV, ein Konzessionssystem sowie eine strenge staatliche Aufsicht überzeugten die Mehrheit der Schweizer Stimmberechtigten, was in der hohen Zustimmung zur Vorlage zum Ausdruck kam. Im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung (BV) von 1999 wurden die Bestimmungen über Glücksspiele in Artikel 106 BV überführt. Die wirtschaftliche Bedeutung der Spielbanken in der Schweiz ist beträchtlich, da der Bund per Gesetz auf die Bruttospielerträge der Spielbanken eine Spielbankenabgabe erhebt, die in erster Linie in den Ausgleichsfonds der AHV fliesst.²³ Die Abgaben beliefen sich in den letzten zehn Jahren auf 400 bis 500 Millionen Franken pro Jahr.

3.2.1 KONZEPT UND VOLLZUG

Die gesetzlichen Grundlagen im Bereich der Spielbankenaufsicht sind im Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken vom 18. Dezember 1998 (Spielbankengesetz, SBG; SR 935.52) definiert und werden in der dazugehörigen Verordnung über Glücksspiele und Spielbanken vom 24. September 2004 (Spielbankenverordnung, VSBG; SR 935.521) konkretisiert. Des Weiteren sind die Verordnung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) über Überwachungssysteme und Glücksspiele (Glücksspielverordnung, GSV, SR 935.521.21) sowie die Verordnung der Eidgenössischen Spielbankenkommission über die Sorgfaltspflichten der Spielbanken zur Bekämpfung der Geldwäscherei (Geldwäschereiverordnung ESBK, GwV ESBK; SR 955.021) von Bedeutung. Gemäss Artikel 2 SBG ist der Zweck des Gesetzes sowohl die Gewährleistung eines sicheren und transparenten Spielbetriebs als auch die Verhinderung der Kriminalität und der Geldwäscherei in oder durch Spielbanken sowie die Vorbeugung gegen sozialschädliche Auswirkungen des Spielbetriebs. Glücksspiele dürfen nur in einer konzessionierten Spielbank angeboten werden. Die Standort- und Betriebskonzessionen werden auf Antrag der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) vom Bundesrat für die Dauer von 20 Jahren vergeben. Die Konzessionärinnen müssen die gesetzlichen Auflagen in Bezug auf die Trägerschaft, Transparenz und Sicherheit des Spielbetriebs, Sozialschutz und Verhinderung der Kriminalität und Geldwäscherei erfüllen.

²³ Die Spielbankenabgabe der Grand Casinos (A-Konzession) fliesst zu 100 Prozent in die AHV, diejenige der Kursäle (B-Konzession) zu 60 Prozent in die AHV und zu 40 Prozent an den Standortkanton.

Reichweite

Das SBG regelt gemäss Artikel 1 „das Glücksspiel um Geld oder andere geldwerte Vorteile sowie die Konzessionierung, den Betrieb und die Besteuerung der Spielbanken“. Dabei wird eine Spielbank definiert als „eine Unternehmung, die gewerbmässig Gelegenheit zum Glücksspiel anbietet“ (Art. 7 SBG). In der Schweiz gibt es heute 21 Spielbanken. Es handelt sich folglich um ein Kontrollsystem, welches sich auf die Beaufsichtigung einer vergleichsweise kleinen, konzessionierten Branche beschränkt. Die regulären Kontroll- beziehungsweise Aufsichtsmaßnahmen erfolgen periodisch bei jedem dieser Unternehmen. Der Bereich der Spielbankenaufsicht ist grundsätzlich stark reglementiert, da die Spielbanken verschiedenste, in der Gesetzgebung genau festgelegte Anforderungen erfüllen müssen. Diese betreffen die Betriebsführung und die innerbetriebliche Kontrolle.

Die ESBK ist ausserdem zuständig für die Verfolgung des illegalen Glücksspiels. Dieser Bereich wird jedoch in der vorliegenden Fallstudie ausgeklammert.

Vollzugskompetenz

Das Sekretariat ist zuständig für die Beaufsichtigung der Spielbanken sowie die Überwachung der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen. Die Kommission ist beispielsweise für die Suspension oder den Entzug einer Konzession oder das Aussprechen von Sanktionen zuständig. Im Geschäftsreglement der ESBK (SR 935.524) werden deren Organisation und Funktionsweise geregelt.

Organisation der Behörden

Der Bundesrat wählt die fünf bis sieben Mitglieder der ESBK und bezeichnet den oder die PräsidentIn. Alle Mitglieder dieser ausserparlamentarischen Milizkommission müssen unabhängige Sachverständige sein. Die Kommission tagt ungefähr zehn Mal pro Jahr. Das ständige Sekretariat, welches der Kommission zur Seite steht, besteht aus zwei Abteilungen und zwei Diensten, die Leitung liegt bei einem Direktor. Es übt die unmittelbare Aufsicht über die Spielbanken aus, instruiert die Straffälle und erlässt Verfügungen und Entscheide, soweit diese Kompetenz von der Kommission an das Sekretariat delegiert wurde. Ausserdem bereitet es die Geschäfte der Kommission vor, stellt ihr Anträge und vollzieht deren Entscheide.²⁴ Im Aufsichtsbereich erledigt das Sekretariat die meisten Aufgaben selbstständig, sobald aber gewichtige Entscheide wie zum Beispiel das Anordnen von Massnahmen nach Artikel 50 SBG anstehen, leitet das Sekretariat zwar die Untersuchung, die Entscheide werden aber von der Kommission getroffen. Im Bereich der Verwaltungssanktionen (Art. 51 SBG) und im Verwaltungsstrafrechtsbereich (Art. 57 SBG) ist diese Funktionentrennung kategorisch: Hier ist das Sekretariat untersuchende respektive verfolgende, die Kommission urteilende Behörde.

Die Aufgabenteilung zwischen der Kommission und dem Sekretariat wird vom Direktor des Sekretariates als ideal erachtet. Die Unabhängigkeit der Kommission garantiere eine gewisse Autonomie gegenüber den Spielbanken und den Bundesbehörden. Da es im Spielbankengeschäft zum Teil um sehr hohe Geldbeträge gehe, sei es zudem von Vorteil, ein Gremium mit unabhängigen Fachpersonen zur Seite zu haben, welches den Sachverhalt nochmals prüfen kann und dann entscheide. Die Zusammensetzung der

²⁴ Geschäftsreglement der Eidgenössischen Spielbankenkommission, Artikel 9.

Kommission aus Fachpersonen aus unterschiedlichen Bereichen begünstige die Legitimität der Entscheide und werde ausserdem vom Sekretariat auch hinsichtlich der Möglichkeit des Beizugs zu spezifischen fachlichen Auskünften sehr geschätzt.²⁵

Die ESBK führt in allen Spielbanken jährlich mehrere thematisch unterschiedliche Inspektionen durch. Für regelmässig anstehende Routineprüfungen (z.B. an Spielautomaten) kann sie zudem auf Personal der Kantone zurückgreifen.²⁶ Die ESBK hat die Standortkantone um Zusammenarbeit ersucht. Mit den meisten Kantonen konnte eine Vereinbarung abgeschlossen werden. Die Kantone stellen der ESBK Personen aus der jeweiligen Kantonsverwaltung zur Unterstützung der Aufsichtstätigkeit zur Verfügung. Diese besuchen die jeweils ansässige Spielbank im Durchschnitt einmal pro Monat, um einfache Prüfungen, zum Beispiel an den Spielautomaten, vorzunehmen. Anschliessend liefern sie der ESBK einen Bericht. Damit sichergestellt ist, dass die Prüfungen in allen Kantonen gleich ablaufen, stellt die ESBK den kantonalen InspektorInnen Checklisten zur Verfügung, die jährlich angepasst werden. Ausserdem findet einmal pro Jahr ein Erfahrungsaustausch zwischen den kantonalen InspektorInnen und der ESBK statt.

Ressourcen

Die personellen Ressourcen des Sekretariats beliefen sich im letzten Jahr auf 34 Vollzeitstellen. Die Hälfte der Ressourcen, also 17 Vollzeitstellen, wird für die Abteilung Aufsicht über die Spielbanken eingesetzt. Die ESBK verfügte 2011 über ein Budget von rund 8 Millionen Franken, was als ausreichend betrachtet wird für die Erfüllung des gesetzlichen Auftrags. Im Durchschnitt werden rund 40 Prozent der gesamten Kosten der ESBK von der Aufsichtsabgabe der Spielbanken gedeckt. Die Aufsichtsabgabe wird aufgrund der Bruttospielerträge berechnet, die die Spielbanken im Laufe der vorhergehenden Abgabeperiode erzielt haben.²⁷ Die Bestimmung der Aufsichtsabgabe ist ein von der Besteuerung der Bruttospielerträge unabhängiger Vorgang.

Deklarationspflichten

Das geltende Aufsichts- und Kontrollkonzept wurde bereits in der Botschaft zum SBG (BBl 1997 III S. 145 ff., Ziff. 153.6) beschrieben. Es basiert auf der Erkenntnis, dass es für den Bund erfolgversprechender und kostengünstiger ist, den Spielbankunternehmen die Kontroll- und Überwachungsfunktion voll zu übertragen, statt selber vor Ort den Spielbetrieb und die damit zusammenhängenden finanziellen Transaktionen zu überwachen. So haben die Konzessions- und Aufsichtsbehörden unter anderem eine strenge Überprüfung der Konzessionsvoraussetzungen durchzuführen, während der Dauer der Konzession für deren Überprüfung zu sorgen und in Bezug auf Spielbetrieb, Sozialschutz und Geldwäscherei laufend die Qualität und die Wirksamkeit des spielbanken-internen Kontrollsystems zu beurteilen. Eine Aufsicht vor Ort muss stichprobenartig

²⁵ Die aktuelle Zusammensetzung der ESBK: Präsident: Hermann Bürgi (alt Ständerat, alt Regierungsrat, Dr. iur., Rechtsanwalt); Mitglieder: Véronique Hermanjat Schulz (Direktorin von Passion for People SA und der Internationalen Schule für Touristik in Lausanne), Marianne Hilf (Strafrechtsprofessorin Universität Bern), Erwin Jutzet (Anwalt, Staatsrat, Direktor Sicherheit und Justiz des Kantons Freiburg), Sarah Protti Salmina (lic. oec. publ., dipl. Steuerexpertin), Hansjörg Znoj (Psychologieprofessor an der Universität Bern).

²⁶ In einigen Kantonen ist die Zusammenarbeit beim Justiz- und Polizeidepartement angegliedert, in anderen im Departement für Wirtschaft und Arbeit, in anderen im Bereich der Migration, der Finanzkontrolle oder der Gewerbepolizei.

²⁷ Vgl. Art. 108 bis Art. 111 sowie Art. 118 und Art. 119 VSBG.

von Zeit zu Zeit ebenfalls erfolgen. Das Hauptgewicht ist aber auf die Überprüfung der spielbankeninternen Kontroll- und Überwachungsmassnahmen zu legen, für welche die Organe und die Geschäftsleitung des Spielbankenbetriebs selber verantwortlich sind. Werden hier Schwächen und Mängel festgestellt, so fehlt es an den Konzessionsvoraussetzungen, und die Konzession kann in diesem Fall entweder entzogen, suspendiert oder eingeschränkt werden.

Eine der Grundlagen im dualistischen Aufsichtssystem ist der so genannte Erläuterungsbericht nach Artikel 76 VSBG. Dieser Bericht ist durch die Revisionsstelle der Spielbank zu erstellen und der ESBK jährlich bis spätestens vier Monate nach Abschluss des Berichtsjahrs einzureichen. Der Erläuterungsbericht umfasst neben Informationen über die allgemeine Vermögenslage auch Angaben über die Einhaltung der finanziellen Voraussetzungen für eine Konzession, die Risikoorientierung der jeweiligen Spielbank sowie die Gesetzmässigkeit, Zweckmässigkeit und Funktionalität der inneren Organisation der Spielbank unter Berücksichtigung der Überwachung und Kontrolle der Geschäftstätigkeit und Rechnungslegung durch betriebliche Organisationsmassnahmen (Art. 76 VSBG). Neben dem Erläuterungsbericht müssen die Spielbanken jährlich einen Geschäftsbericht einreichen (Art. 30 SBG) sowie einen Bericht, der Informationen liefert über die Aus- und Weiterbildung des Personals der Spielbanken, über die Umsetzung der Präventionsmassnahmen und der Früherkennung sowie Angaben über die Anzahl Spielsperren und Anzahl Spielerinnen und Spieler, die an Beratungs- und Therapiestellen verwiesen wurden (Art. 40 VSBG). Des Weiteren müssen die Spielbanken der ESBK alle wesentlichen Änderungen der Konzessionsvoraussetzungen fortlaufend melden (Art. 18 SBG). Die Kommission kann zudem unter anderem von den Spielbanken und deren Revisionsstellen die notwendigen Auskünfte und Unterlagen verlangen sowie den Revisionsstellen besondere Aufträge erteilen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt (Art. 48 Abs. 3 lit. a SBG).

Untersuchung und Durchsetzung

Die Befugnisse der ESBK anlässlich der normalen Aufsichtstätigkeit sind in den Artikeln 48 Absatz 3 und 50 SBG sowie Artikel 120 ff. VSBG definiert. Demnach kann die Kommission grundsätzlich „alle Massnahmen anordnen, die zur Überwachung der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erforderlich sind“. Die Massnahmen reichen vom Einfordern von Nachweisen, Unterlagen und Informationen über die Befugnis, Bücher und Geschäftsakten einsehen zu dürfen, bis hin zur Kontrolle von Rechnungen, Bilanzen und Belegen. Neben Prüfungen im administrativen Bereich können aber auch technische Anlagen sowie Abrechnungs-, Kontroll- und Überwachungssysteme geprüft wie auch Tischspiele und Glücksspielautomaten kontrolliert werden. Die ESBK kann Prüfungen veranlassen, sichernde Massnahmen ergreifen oder Beschlagnahmen anordnen. Gemäss Angaben des Sekretariats werden alle im Gesetz definierten Befugnisse in der Praxis weitgehend ausgeschöpft und als ausreichend beurteilt.

Grundsätzlich gibt es zwei Arten von Untersuchungen, die vom Sekretariat der ESBK durchgeführt werden. Bei den Konzeptkontrollen geht es grundsätzlich um die von den Spielbanken eingereichten Pflichtmeldungen, sonstige Anzeigen, Ersuchen und Erläuterungsberichte. Diese werden von den Mitarbeitenden des Sekretariats analysiert. Je nach Dringlichkeit werden aufgrund der gemachten Feststellungen entsprechende

Massnahmen eingeleitet.²⁸ Bei der zweiten Art von Untersuchungen handelt es sich um Inspektionen vor Ort. Jede Spielbank wird im Minimum zweimal pro Jahr von zwei Equipen von in der Regel je vier Personen besucht. Die Inspektionen können angemeldet oder unangemeldet stattfinden und werden als ordentlich oder ausserordentlich eingestuft. Zu einer ausserordentlichen Kontrolle kommt es, wenn im Rahmen einer ordentlichen Kontrolle ein spezieller Sachverhalt aufgedeckt wurde oder wenn die Kommission Hinweise auf Unstimmigkeiten in einzelnen Unternehmungen erhalten hat. Die Kosten für eine ausserordentliche Untersuchung müssen von der betroffenen Spielbank übernommen werden. Bei Bedarf können externe Expertinnen und Experten beigezogen werden. Zur Überprüfung der Implementierung der beanstandeten Massnahmen kann das Sekretariat erneut eine Kontrolle durchführen. Es gibt aber beispielsweise auch die Möglichkeit, dass die Spielbanken durchgeführte Anpassungen mit Akten oder mit Videoaufnahmen belegen. Grundsätzlich variiert der Kontrollprozess von Fall zu Fall je nach Sachlage.

Strafbestimmungen

Die Möglichkeit, Verwaltungssanktionen auszusprechen, wird in Artikel 51 SBG definiert. Demnach wird eine Spielbank mit einem Betrag bis zur dreifachen Höhe des durch den Verstoss erzielten Gewinnes belastet, wenn sie zu ihrem Vorteil gegen die Konzession oder gegen eine rechtskräftige Verfügung verstösst. Liegt kein Gewinn vor oder kann er nicht festgestellt oder geschätzt werden, so beträgt die Belastung bis zu 20 Prozent des Bruttospielertrags im letzten Geschäftsjahr. Ergangene Sanktionsentscheide werden publiziert (anonymisiert).

Im SBG sind ebenfalls Strafbestimmungen definiert (Art. 55 f. SBG). Für Vergehen können Bussen bis zu einer Million Franken oder Gefängnisstrafen von bis zu einem Jahr ausgesprochen werden. Bei Übertretungen liegt die Höhe der Busse bei maximal 500'000 Franken oder Haft. Unter Übertretungen fallen neben Belangen hinsichtlich des Spielbetriebs auch die Verletzung der Meldepflicht oder die Unterlassung der Aufforderung der Kommission, den ordnungsgemässen Zustand wieder herzustellen oder Missstände zu beseitigen.

Andere oder weitere Befugnisse

Die ESBK hat die Befugnis, einer Spielbank die Konzession zu entziehen oder zu suspendieren. Von dieser Massnahme wurde jedoch bis anhin noch nie Gebrauch gemacht. Auch von der Möglichkeit der Bekanntmachung einer nichtbefolgten Verfügung wurde noch nie Gebrauch gemacht.

Rechtsmittel

Die Spielbanken können gegen die aufsichtsrechtlichen Verfügungen der ESBK Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und danach beim Bundesgericht einlegen.²⁹ Die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts können auch von der Kommission an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 48 Abs. 3 lit. e SBG, Behördenbe-

²⁸ Eidgenössische Spielbankenkommission (2010): Jahresbericht 2011.

²⁹ Nicht der Beschwerde unterliegen die Entscheide des Bundesrates über die Erteilung der Spielbankenkonzessionen, vgl. Art. 32 Abs. 1 lit. h Verwaltungsverfahrensgesetz.

schwerde). Der Rechtsweg im Strafbereich richtet sich nach Verwaltungsstrafrechtsgesetz (SR 313.0).

3.2.2 OUTPUT

Anzahl Untersuchungen

Von der Kommission werden jährlich strategische Ziele für den Bereich Aufsicht festgelegt, während die operativen Ziele (Anzahl Untersuchungen, inkl. Inhalt und Umfang der Untersuchungen) vom Direktor des Sekretariats definiert werden.

Im Jahr 2011 gab es 50 ordentliche und sechs ausserordentliche Inspektionen sowie im Rahmen der Zusammenarbeitsvereinbarungen mit den Kantonen 116 Inspektionen, die von kantonalen Behörden durchgeführt wurden. 2011 fanden demnach in den 19 Spielbanken insgesamt 172 Inspektionen statt.³⁰ Die Anzahl Inspektionen oder Vor-Ort-Kontrollen blieb über die Jahre hinweg relativ konstant. Im Bereich Sozialkonzept wurden im Jahr 2011 insgesamt 24 Inspektionen durchgeführt. Dabei standen die Früherkennung von Spielproblemen, die Kenntnisse der Mitarbeitenden über das Thema sowie die Anordnung und Aufhebung von Spielsperren im Vordergrund.

Anzahl aufgedeckter Verstösse und Rechtsfolgen

Das Sekretariat erliess 2011 insgesamt 282 Verfügungen, wovon die meisten Änderungen des Spielangebots betrafen. Jährlich wird ungefähr eine Sanktionsverfügung ausgesprochen und da es dabei prinzipiell um hohe Sanktionsbeträge geht, legen die Spielbanken oft Beschwerde ein.

Dauer Kontrollprozess

Im alljährlich neu zu definierenden Inspektionskonzept werden der Inspektionsinhalt und -umfang sowie die jeweilige Vorgehensweise festgelegt. Dabei kann es in gewissen Fällen zu mehrtägigen und/oder unangemeldeten Inspektionen kommen.

3.2.3 WIRKUNGEN

Konkrete Anpassungen in den Unternehmen

Gemäss Angabe des Sekretariats werden, abgesehen von wenigen Ausnahmen, die Verfügungen der ESBK von den Spielbanken akzeptiert.

Weitere Wirkungen

Präventive Wirkungen zeigt das Gesetz vor allem im Bereich der Kriminalität, insbesondere der Geldwäscherei, sowie im Bereich der Sozialmassnahmen. Das Risiko von Geldwäscherei ist in einer Spielbank nicht sehr gross. Hingegen hat sich gezeigt, dass der Durchsetzung des Sozialschutzes besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden muss.

Grundsätzlich war man zehn Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes der Ansicht, dass das Spielbankengesetz „der ESBK als Aufsichtsbehörde die nötigen rechtlichen Mittel in die Hand gebe, um einerseits dafür zu sorgen, dass die Spielbanken ihr Geschäft im

³⁰ Eidgenössische Spielbankenkommission (2012): Jahresbericht 2011.

Einklang mit Buchstaben und Geist des Gesetzes führen, und andererseits das illegale Glücksspiel in Grenzen zu halten“.³¹

Gesamtgesellschaftliche Wirkungen

Die Befürchtungen, dass die mit dem Glücksspiel um Geld verbundenen sozialen Probleme durch den Betrieb der Spielbanken grösser werden, haben sich nicht bewahrheitet. Gemäss ESBK sei es sogar „ein wesentlicher Vorteil der heutigen Lösung, dass die Geldspielautomaten mit dem Spielbankengesetz in die Spielbanken konzentriert wurden, wo mit der Anwendung der Sozialkonzepte bessere Ansätze zur Verhütung der sozialschädlichen Auswirkungen des Geldspiels realisiert werden können als ausserhalb“.³² Bis heute kam es zu total zirka 5'000 Spielsperren. Grundsätzlich bestehen nach Angaben der ESBK im Bereich des Sozialschutzes vor allem Probleme bei der Früherkennung.

3.3 FLANKIERENDE MASSNAHMEN ZUR PERSONENFREIZÜGIGKEIT IM KANTON BASEL-STADT

Um Erwerbstätige vor dem Risiko von missbräuchlichen Unterschreitungen der in der Schweiz geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen zu schützen, wurden am 1. Juni 2004 die flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit (FlaM) eingeführt. Das SECO ist die für den Vollzug der FlaM zuständige Aufsichtsbehörde. Mit der Kontrolltätigkeit werden verschiedene Vollzugsorgane in den Kantonen betraut. Anhand des Kantons Basel-Stadt sollen diese exemplarisch dargestellt werden.

3.3.1 KONZEPT UND VOLLZUG

ArbeitgeberInnen müssen Arbeitnehmenden, die im Rahmen der Personenfreizügigkeit in der Schweiz arbeiten, die Lohn- und Arbeitsbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrats, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinne von Artikel 360a OR vorgeschrieben sind.³³ Die FlaM ermöglichen den Kantonen, Kontrollen zur Überprüfung der Einhaltung dieser minimalen und üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen durchzuführen. Ausserdem sehen sie die allgemeine Beobachtung des Arbeitsmarkts vor. Die gesetzlichen Grundlagen dazu bietet das Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne vom 8. Oktober 1999 (Entsendegesetz, EntsG; SR 823.20).³⁴ Die dazugehörige Verordnung über die in der Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 21. Mai 2003 (EntsV; SR 823.201) konkretisiert die gesetzlichen Ausführungen. Der Kanton Basel-Stadt erliess am 2. Dezember 2003 eine Verordnung zum Bundesgesetz (SR-BS 812.900).

³¹ Eidgenössische Spielbankenkommission (2010): Jahresbericht 2009.

³² Eidgenössische Spielbankenkommission (2011): Jahresbericht 2010.

³³ Dies umfasst die Bereiche minimale Entlohnung, Arbeits- und Ruhezeiten, Mindestdauer der Ferien, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen sowie Nichtdiskriminierung, namentlich Gleichbehandlung von Frau und Mann (Art. 2 EntsG).

³⁴ Die gesetzlichen Neuerungen ab 1.1.2013 hinsichtlich selbstständig Erwerbende werden in der vorliegenden Fallstudie nicht miteinbezogen.

Reichweite

Das Entsendegesetz gilt für alle von einem/einer ArbeitgeberIn mit Sitz im Ausland in die Schweiz entsandten Arbeitnehmenden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sie von einem EU-, EFTA- oder Drittstaat entsendet werden. Ebenfalls keine Rolle spielt die Dauer der Entsendung sowie die Art der Branche. Das Gesetz regelt zwei Arten von Entsendung: Entweder entsendet der/die ausländische ArbeitgeberIn seine Arbeitnehmenden in die Schweiz, um hier in seinem/ihrer Namen und auf seine/ihre Rechnung eine Arbeitsleistung zu erbringen. Oder der/die ausländische ArbeitgeberIn entsendet Arbeitnehmende vorübergehend in eine schweizerische Niederlassung oder einen Betrieb in der Schweiz, der zur Unternehmergruppe des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin gehört.³⁵ Die entsandten Arbeitnehmenden bleiben aber in beiden Fällen dem Arbeitsvertrag unterstellt, den sie mit ihrem/ihrer ausländischen ArbeitgeberIn abgeschlossen haben. Unabhängig davon sind gemäss Entsendegesetz jedoch die in der Schweiz geltenden minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen zwingend einzuhalten (Art. 2 EntsG).

Vollzugskompetenz und Organisation der Behörden

Im Bereich der FlaM herrscht ein Vollzugsdualismus. Für die Kontrollen bei Branchen ohne allgemein verbindlich erklärtem Gesamtarbeitsvertrag (nicht ave-GAV) sind die *Tripartiten Kommissionen (TPK)* der Kantone zuständig (Art. 7 Abs. 1 Bst. b EntsG). Im Kanton Basel-Stadt trifft sich die als Milizkommission organisierte TPK viermal pro Jahr und besteht aus neun Mitgliedern: je drei Vertreterinnen und Vertreter der Organisationen der Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden sowie des Kantons. Sie werden vom Regierungsrat gewählt. Die Zusammensetzung der TPK wird als positiv bewertet, da so die Entscheide konsensorientiert und breit politisch abgestützt sind. Die sogenannten TPK-Kontrollen werden im Kanton Basel-Stadt vom Amt für Arbeit und Wirtschaft (AWA) durchgeführt. Ausserdem ist die TPK zuständig für die generelle Beobachtung des Arbeitsmarkts (Art. 11 Abs. 1 Bst. c EntsV). Das Sekretariat der Kommission wird vom AWA geführt.³⁶ Im Rahmen der generellen Beobachtung des Arbeitsmarkts legt die TPK jährlich Fokusbranchen fest, die vom AWA im Rahmen sogenannter Branchenerhebungen vertieft untersucht werden. Ausserdem legt sie die Bandbreite der orts- und branchenüblichen Löhne fest.

Für die Kontrollen bei Branchen mit einem allgemein verbindlich erklärtem Gesamtarbeitsvertrag (ave-GAV) sind die *Paritätischen Kommissionen (PK)* zuständig (Art. 7 Abs. 1 Bst. a EntsG). Eine Paritätische (Berufs-)Kommission setzt sich zusammen aus VertreterInnen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite. Die Einsetzung einer PK erfolgt im Rahmen eines Gesamtarbeitsvertrags, da ein GAV zwischen Arbeitgebenden oder ihren Verbänden und Arbeitnehmendenverbänden abgeschlossen wird. Im Kanton Basel-Stadt werden die ave-GAV-Kontrollen grösstenteils von der Baustellenkontrolle Basel (BASKO) durchgeführt. Die BASKO ist ein Verein, der mittels Leistungsvereinbarungen für die Paritätischen Kommissionen die Durchführung des Grossteils der Kontrollen übernimmt. Der Verein wurde 2005 gegründet mit dem Zweck, für Wettbewerbsgleichheit im Bauhaupt- und Ausbaugewerbe im Kanton Basel-Stadt mittels Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen, insbesondere

³⁵ SECO (2008): Kommentar flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit. S. 8.

³⁶ In einigen Kantonen werden die TPK-Kontrollen an einen Arbeitsmarktkontrollverein ausgelagert, so zum Beispiel in den Kantonen Zürich und Bern.

der allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge, zu sorgen. Neben der Kontrolltätigkeit im Rahmen des Entsendegesetzes führt die BASKO auch Kontrollen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit durch.

Um den Vollzug der FlaM in den Kantonen möglichst einheitlich zu gestalten, hat das SECO zum Vorgehen beim Vergleich zwischen dem Lohn des inländischen Arbeitnehmenden und dem Lohn des entsandten Arbeitnehmenden eine Weisung herausgegeben.³⁷ Ausserdem organisiert das SECO Schulungen zur Durchführung der Arbeitsmarktkontrollen und publiziert die Schulungsunterlagen. Des Weiteren veröffentlicht das SECO jedes Jahr einen Bericht über den Vollzug der FlaM.³⁸

Die Arbeitgebenden werden vom AWA aktiv über die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen informiert, indem sie beispielsweise im Rahmen des Meldeverfahrens auf die Homepage des SECO verwiesen werden. Bei Grossveranstaltungen wie der Herbstmesse und dieses Jahr erstmals bei der Baselworld (Uhren- und Schmuckmesse) werden die Schausteller respektive Standbauer von Seiten des AWA informiert, dass es in der Schweiz Mindestlöhne gibt und die Unternehmen bei Nichteinhaltung sanktioniert werden. Da gemäss Aussage des AWA aufgrund dieser Informationsoffensiven viele Nachfragen und Rückmeldungen beim AWA eingehen, wird deren Nutzen als gross eingeschätzt.

Ressourcen

Das SECO übernimmt 50 Prozent der Lohnkosten, welche beim AWA für die Durchführung der vorgegebenen 530 Kontrollen anfallen. Gemäss Angaben des AWA reichen die Ressourcen für die Erfüllung des gesetzlichen Auftrags grundsätzlich aus. Im AWA werden 360 Stellenprozente für den Vollzug der FlaM eingesetzt, bei der BASKO schätzungsweise zwischen 400 und 500 Stellenprozente.

Deklarationspflichten

Die Arbeitgebenden unterstehen beim Einsatz von entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern einer Meldepflicht. Sie müssen dem AWA mindestens acht Tage vor Beginn des Arbeitseinsatzes Angaben über die Identität der Person, die Art der ausgeführten Arbeit sowie den Arbeitsort liefern (Art. 6 EntsG). Die Meldepflicht ist für Unternehmen aus den folgenden Branchen ab dem ersten Tag der Dienstleistung obligatorisch: Bauhaupt- und Baunebengewerbe, Hotel- und Gastgewerbe, Reinigungsgewerbe, Überwachungs- und Sicherheitsdienst, Reisenden- sowie Erotikgewerbe. Werden Arbeitnehmende aus anderen Bereichen in die Schweiz entsandt, besteht die Meldepflicht, wenn die Ausübung der Dienstleistung mehr als acht Tage in einem Kalenderjahr erfordert.³⁹ Das AWA leitet die eingegangenen Meldungen aus dem Bereich ave-GAV an die zuständigen Paritätischen Kommissionen weiter.

³⁷ SECO (2012): Weisung „Vorgehen zum internationalen Lohnvergleich“ vom 21. Dezember 2012.

³⁸ SECO (2013): FlaM-Bericht vom 26. April 2013.

³⁹ Massgeblich ist dabei die effektive Dauer der Arbeit in der Schweiz, dementsprechend ist es irrelevant, ob die Arbeit ununterbrochen oder nur tageweise geleistet wird. Es besteht demnach ab dem neunten Arbeitstag in der Schweiz eine Meldepflicht. Vgl. BFM/SECO (2012): Wegleitung zum Meldeformular für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Untersuchungskompetenzen

Das AWA fordert aufgrund der vorgängig eingegangenen Meldungen die Unternehmen, die in seinen Zuständigkeitsbereich fallen, auf, alle für die Kontrolltätigkeit notwendigen Unterlagen einzureichen, wie beispielsweise Lohnabrechnungen, Verträge oder Lohnüberweisungen. Kontrollen vor Ort finden eher selten statt, da die benötigten Unterlagen oftmals nicht vor Ort verfügbar sind. Nach der vom AWA durchgeführten Kontrolle entscheidet die TPK aufgrund des gelieferten Berichts, ob die Löhne orts- und branchenüblich sind oder nicht. Bei den Branchenerhebungen werden alle Unternehmen einer Branche angeschrieben und aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen einzureichen.

Im Auftrag der Paritätischen Kommissionen führt die BASKO im ave-GAV-Bereich Baustellenkontrollen durch. Der Kontrollauftrag wird aufgrund einer eingegangenen Entsendemeldung erteilt. Während der gemeldeten Einsatzdauer der ausländischen Firma werden die vor Ort eingesetzten Arbeitnehmenden anhand eines Standardfragebogens befragt und der zuständigen PK Bericht erstattet. Die PK entscheidet dann, ob die BASKO aufgrund von festgestellten Unstimmigkeiten eine zusätzliche, vertiefte Kontrolle (eine so genannte Lohnbuchkontrolle) durchführen soll. Das Unternehmen wird dann aufgefordert, Einblick in die Lohnbuchhaltung, die Arbeitsverträge sowie in weitere relevante Dokumente zu gewähren. Der anschliessend verfasste Bericht dient der PK dazu, beim AWA gegebenenfalls ein Sanktionsverfahren einzuleiten.⁴⁰

Durchsetzung/Strafbestimmungen

Im Bereich der *nicht allgemeinverbindlichen* GAV werden Unternehmen bei Lohnunterschreitungen im Rahmen sogenannter Verständigungsverfahren auf die orts- und branchenüblichen Löhne hingewiesen und aufgefordert, diese künftig einzuhalten. Da es in diesen Branchen keinen Mindestlohn gibt und somit keine Pflicht, einen bestimmten Lohn zahlen zu müssen, hat das AWA keine Möglichkeit, Sanktionen wie Bussen oder Sperren auszusprechen. Bei wiederholter missbräuchlicher Lohnunterbietung und gescheiterten Verständigungsverfahren kann die TPK jedoch beim Regierungsrat die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung eines bestehenden Gesamtarbeitsvertrags beziehungsweise bei dessen Fehlen einen Normalarbeitsvertrag mit verbindlichen Mindestlöhnen beantragen.

Die Paritätischen Kommissionen sind verpflichtet, festgestellte Verstösse hinsichtlich Nichteinhaltung des Mindestlohnes bei Branchen *mit allgemeinverbindlichen* GAV an das AWA zu melden. Dieses hat die Befugnis, Verwaltungssanktionen in der Höhe von bis zu 5'000 Franken auszusprechen. Die Paritätischen Kommissionen können ausserdem bei ausländischen Unternehmen zusätzlich eine Konventionalstrafe verhängen sowie den fehlbaren Unternehmen die Kontrollkosten auferlegen. Die Strafbestimmungen sind in Artikel 12 Absatz 1 EntsG festgehalten. Demnach wird mit einer Busse von bis zu 40'000 Franken bestraft, wer die Auskunftspflicht verletzt, sich der Kontrolle widersetzt oder diese verunmöglicht, einer rechtskräftigen Dienstleistungssperre nicht Folge leistet oder systematisch und in gewinnsüchtiger Absicht gegen Bestimmungen über den Mindestlohn, die in einem Normalarbeitsvertrag vorgeschrieben sind, verstösst. Mit einer Busse bis zu einer Million Franken wird bestraft, wer einer Arbeit-

⁴⁰ Baustellenkontrolle Basel (2011): Jahresbericht 2010.

nehmerin oder einem Arbeitnehmer die in Artikel 2 genannten Mindestbedingungen systematisch und in gewinnsüchtiger Absicht nicht garantiert (Art. 12 Abs. 3 EntsG).

Ausländische Unternehmen können dementsprechend auch bei einer Auskunftsverweigerung gesperrt werden (Art. 9 Abs. 2 Bst. b EntsG). Eine Sperre für ein Unternehmen in einer Branche mit ave-GAV bedeutet, dass es dem Unternehmen je nach Schwere des Verstosses untersagt ist, während einem bis fünf Jahren in der Schweiz Arbeiten auszuführen. Das SECO führt eine Liste der ArbeitgeberInnen, die gegen die Bestimmungen des Entsendegesetzes verstossen haben und infolge dessen gesperrt wurden. Diese Liste ist öffentlich im Internet einsehbar.

Es besteht keine Pflicht zur Lohnnachzahlung. Die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben jedoch in Branchen mit Mindestlöhnen die Möglichkeit, gegen die Unterbietung eine Klage einzureichen beziehungsweise die Durchsetzungsmechanismen gemäss GAV zu nutzen. Lohnnachzahlungen an die Arbeitnehmenden werden bei der Bemessung der Bussen berücksichtigt.⁴¹

Rechtsmittel gegen behördliche Anordnungen

Bevor aufgrund eines aufgedeckten Verstosses eine Verfügung ausgesprochen werden kann, muss dem Unternehmen rechtliches Gehör gewährt werden. Die Unternehmen können anschliessend Rekurs einlegen. Die erste Rekursinstanz ist dabei der Vorsteher des Departements für Wirtschaft, Soziales und Umwelt. Der Rekurs kann anschliessend an das kantonale Verwaltungsgericht weitergezogen werden.

3.3.2 OUTPUT

Anzahl Untersuchungen

Im Jahr 2012 führte das AWA im Auftrag der TPK Lohnerhebungen bei 463 Unternehmen im nicht ave-GAV-Bereich beziehungsweise 777 Personen durch. Gemäss Angaben des AWA hat der Kanton Basel-Stadt das vereinbarte Ziel von 530 Kontrollen nach der Zählweise des Bundes mit 548,5 Kontrollen erfüllt.

Von den im Jahr 2012 14'000 gemeldeten Personen (+13% gegenüber 2011) war rund die Hälfte Arbeitnehmende von Firmen mit Sitz in der Schweiz. Bei 5'202 (37%) handelte es sich um Entsandte von Unternehmen mit Sitz im Ausland, die übrigen 11 Prozent waren selbstständige Dienstleistungserbringer aus dem Ausland. Umgerechnet in Vollzeitäquivalente entsprechen die 14'000 Entsandten 1,21 Prozent aller Beschäftigten im Kanton.⁴²

Die Baustellenkontrolle Basel führte im Jahr 2010 702 Kontrollen im Auftrag der Paritätischen Kommissionen durch. Dabei wurden in 407 Fällen Unregelmässigkeiten festgestellt. Eine Unregelmässigkeit wird dabei definiert als „festgestellte Abweichungen zwischen den Aussagen der kontrollierten Arbeitnehmenden resp. den Auswertungen bei Lohnbuchkontrollen und den Bestimmungen des geltenden ave GAV“.⁴³ Dabei

⁴¹ Das bedeutet beispielsweise, dass die normale Busse 150 Prozent von der Lohndifferenz beträgt, wenn jedoch Nachzahlungen getätigt werden, beträgt die Höhe der Busse noch 50 Prozent von der Lohndifferenz.

⁴² Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt (2013): Medienmitteilung vom 23. April 2013.

⁴³ Baustellenkontrolle Basel (2011): Jahresbericht 2010.

würde jede Abweichung als Unregelmässigkeit gelten, unabhängig von ihrer Wichtigkeit oder ihrer Grösse.

Anzahl aufgedeckter Verstösse und Rechtsfolgen

Im Rahmen der TPK Lohnerhebungen wurden 26 Klärungs- beziehungsweise Verständigungsverfahren durchgeführt. Die Firmen wurden dabei auf die orts- und branchenüblichen Arbeits- und Lohnbedingungen hingewiesen und aufgefordert, diese künftig zu beachten. Aufgrund der Kontrollen bei Branchen mit ave-GAV meldeten die Paritätischen Kommissionen 2012 dem AWA 75 Unternehmen wegen Verstössen gegen die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen, das sind 14 Prozent aller kontrollierten Unternehmen. Aufgrund dieser Meldungen sprach das AWA gegenüber 32 ausländischen Unternehmen eine Busse und gegen sechs Unternehmen eine Verwarnung aus. Ausserdem wurden 20 Sperren verhängt, hauptsächlich wegen Auskunftsverweigerung. Des Weiteren wurden vom AWA 75 Bussen und 187 Verwarnungen wegen Verletzung der Meldepflicht ausgesprochen.⁴⁴ Die Paritätischen Kommissionen können selbst zusätzlich Konventionalstrafen aussprechen. Über deren Anzahl sind jedoch keine Angaben verfügbar.

Grundsätzlich kommt es nach Aussage der Interviewpartnerin des AWA nicht oft vor, dass die Unternehmen Rekurs einlegen.

Dauer Kontrollprozess

Eine Branchenerhebung, bei der alle Unternehmen einer Branche angeschrieben und aufgefordert werden, die entsprechenden Unterlagen einzureichen, dauert mit Einbezug der TPK ungefähr ein halbes Jahr. Im Rahmen des Meldeverfahrens bestehen verschiedene Fristen von zwei bis vier Wochen, die die Unternehmen einhalten müssen zum Einsenden der angeforderten Unterlagen. Grundsätzlich liefern die Unternehmen die entsprechenden Unterlagen rechtzeitig, da sie, wie oben schon beschrieben, bei einer Auskunftsverweigerung gesperrt werden können (Art. 9 Abs. 2 Bst. b EntsG).

3.3.3 WIRKUNGEN

Konkrete Anpassungen in den Unternehmen

Das AWA führt eine zweite Kontrollen bei denjenigen Firmen aus nicht ave-GAV-Branchen durch, die aufgefordert wurden, die orts- und branchenüblichen Löhne künftig einzuhalten. Dabei wurde festgestellt, dass die Unternehmen dieser Aufforderung in der Regel nachkamen.

Im Bereich der Unternehmen mit ave-GAV ist grundsätzlich eine Unterscheidung zu machen zwischen ausländischen und schweizerischen Unternehmen. Ausländische Unternehmen würden nach Aussage des AWA ihre auferlegten Pflichten insbesondere dann öfters nicht erfüllen, wenn sie nicht die Absicht haben, in Zukunft erneut Arbeitnehmende in die Schweiz zu entsenden. Schweizerische Unternehmen sowie ausländische, die planen, wieder in der Schweiz Arbeiten zu verrichten, würden ihre Obliegenheiten zumeist erfüllen.

⁴⁴ Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt (2013): Medienmitteilung vom 23. April 2013.

Weitere Wirkungen

Die Wirksamkeit der TPK-Kontrollen im nicht ave-GAV-Bereich wird von Seiten des AWA als relativ gering eingestuft, da die gesetzlichen Grundlagen keine weiterreichenden Befugnisse bieten als die Unternehmen aufzufordern, die orts- und branchenüblichen Lohnbedingungen einzuhalten.

Gesamtgesellschaftliche Wirkungen

Grundsätzlich ist man der Ansicht, dass die flankierenden Massnahmen eine positive Wirkung auf den Schutz der Arbeitnehmenden haben. Bis anhin wurde kein Lohndumping festgestellt, wie ursprünglich befürchtet wurde.

Die Anzahl an allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen ist stark angestiegen, was zur Folge hat, dass bei der Feststellung von Lohnunterschreitungen Sanktionen ausgesprochen werden können.

3.4 FINMA (FOKUS SELBSTREGULIERUNG IM BEREICH GELDWÄSCHEREI)

Eine weitere Fallstudie ist der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) gewidmet. Wir konzentrieren uns dabei auf den Vollzug durch Selbstregulierungsorganisationen (SRO) im Bereich der Geldwäscherei.⁴⁵

3.4.1 KONZEPT UND VOLLZUG

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) setzt sich als unabhängige Aufsichtsbehörde für den Schutz der Gläubiger, Anleger und Versicherten sowie für den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte ein. Sie entstand aus einer Zusammenführung der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK), des Bundesamtes für Privatversicherungen (BPV) und der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (Kst GwG). Die FINMA geht auf das am 22. Juni 2007 von den eidgenössischen Räten verabschiedete Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) zurück und nahm ihre Tätigkeit am 1. Januar 2009 auf.

Die Geldwäschereiregulierung soll verhindern, dass Erlöse aus einem Verbrechen in den internationalen Finanzkreislauf eingespeist, „gewaschen“ und damit legalisiert werden können.⁴⁶ Dabei fordert das Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG, SR 955.0) von Finanzintermediären Sorgfalts- und Meldepflichten und unterstellt sie einer Aufsicht.

⁴⁵ Ein weiterer Akteur neben der FINMA und den SRO im Bereich der Bekämpfung der Geldwäscherei ist die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) im Bundesamt für Polizei (fedpol). Sie ist die nationale Zentralstelle, welche gemäss dem Geldwäschereigesetz Verdachtsmeldungen bezüglich Geldwäscherei, Terrorismusfinanzierung, Gelder verbrecherischer Herkunft oder krimineller Organisationen von Finanzintermediären entgegennimmt, analysiert und allenfalls an die Strafverfolgungsbehörden weiterleitet. Sie ist damit an der Schnittstelle zwischen den Finanzintermediären und den Strafverfolgungsbehörden. Im Hinblick auf mögliche Anregungen für die Durchsetzung oder Instrumente zur Herstellung der Lohngleichheit schien die MROS nicht geeignet, da es sich hier um die Durchsetzung von Aufgaben im Bereich des Strafrechts handelt.

⁴⁶ Zulauf, U.; Eggen, M. (2013): Finanzmarktrecht in a Nutshell. Zürich/St. Gallen.

Das Geldwäschereigesetz sieht für alle Finanzintermediäre entweder eine direkte Aufsicht durch die FINMA oder aber eine Aufsicht durch Selbstregulierungsorganisationen (SRO) vor. Das Geldwäschereigesetz betrifft dabei eine grosse Zahl von Finanzintermediären, die nicht ohnehin der prudenziellen Aufsicht durch die FINMA unterstehen. Solche Akteure des Parabankensektors sind namentlich unabhängige Vermögensverwalter, im Zahlungsverkehr tätige Gesellschaften, Treuhandgesellschaften, Anwälte, Notare, Finanzierungsgesellschaften, Wechselbüros sowie Money Transmitter.

Reichweite im Bereich Selbstregulierung

Ende 2010 gab es rund 6'892 Finanzintermediäre des Parabankensektors.⁴⁷ 380 davon wurden von der FINMA direkt beaufsichtigt, der Rest wird von einer der zwölf von der FINMA anerkannten SRO überwacht.⁴⁸ Damit sind rund 6'500 Finanzintermediäre einer SRO angeschlossen. Teilweise sind die SRO aus einem Branchenverband heraus entstanden und diesem angegliedert (z.B. die SRO des schweizerischen Leasingverbandes SRO/SLV).

Vollzugskompetenz

In der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung-FINMA, GwV-FINMA, SR 955.033.0) ist festgelegt, wie die Finanzintermediäre ihre Pflichten zur Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung umsetzen müssen. Beispielsweise ist den Finanzintermediären verboten, Vermögenswerte entgegenzunehmen, bei denen bekannt ist oder vermutet werden muss, dass diese von einem Verbrechen herrühren.

Die FINMA orientiert sich an den Eckwerten dieser Verordnung, wenn sie Reglemente von Selbstregulierungsorganisationen genehmigt und als Mindeststandard anerkennt. Die Selbstregulierungsorganisationen können sich ihrerseits darauf beschränken, Abweichungen von dieser Verordnung zu regeln. Solche Abweichungen sind dabei zu kennzeichnen.

Die Vollzugskompetenz liegt dabei grundsätzlich bei der FINMA, welche jedoch durch die Beaufsichtigung der Finanzintermediäre durch die SRO ergänzt wird und diesen auch einen gewissen Spielraum im Vollzug ermöglicht (gesetzlich und behördlich gelenkte Selbstregulierung). Weiter spielen Prüfgesellschaften eine wichtige Rolle im Vollzug (Revision). So sind Finanzintermediäre, die einer SRO angeschlossen sind, in der Regel dazu verpflichtet, eine externe Prüfgesellschaft, die wiederum von der SRO zugelassen wurde, mit der GwG-Kontrolle zu beauftragen und Prüfberichte an die SRO weiterzugeben.⁴⁹ Auch die Prüfung der direkt der FINMA unterstellten Finanzintermediäre erfolgt über Prüfgesellschaften.

Organisation der Behörde und der SRO

Die FINMA ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und Rechnung. Innerhalb der FINMA übernimmt die Abteilung Geldwäscherei und Analyse

⁴⁷ FINMA (2011): Effektivität und Effizienz in der Aufsicht.

⁴⁸ FINMA (2013): Jahresbericht 2012.

⁴⁹ FINMA (2011): Effektivität und Effizienz in der Aufsicht.

Märkte die Aufsicht der SRO. Es obliegt dieser Abteilung, die SRO anzuerkennen oder ihnen die Anerkennung zu entziehen, die von ihnen erlassenen Reglemente zu genehmigen und dafür zu sorgen, dass die SRO ihre Reglemente durchsetzen.

Die Reglemente der SRO konkretisieren, wie die aus dem GwG erwachsenden Pflichten zu erfüllen sind. Die konkrete Ausgestaltung der SRO erfolgt zwar nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen (in der Regel als Verein), jedoch muss die Organisation gewährleisten, dass sie die gesetzlichen Kontrollfunktionen dauernd wahrnimmt und Sanktionen durchsetzen kann, wenn die angeschlossenen Finanzintermediäre die Reglemente nicht einhalten.⁵⁰ Derzeit hat die FINMA zwölf Selbstregulierungsorganisationen anerkannt. Als Dachverband der Selbstregulierungsorganisationen im Bereich der Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung wurde der Verein Forum SRO gegründet. Auf der Webseite des Vereins findet sich eine kurze Vorstellung aller SRO.⁵¹

Ressourcen

Die SRO werden durch die Mitgliedsbeiträge der angeschlossenen Finanzintermediäre finanziert. Die Finanzintermediäre müssen zudem für die Kosten der Prüfgesellschaften aufkommen. Die SRO müssen wiederum eine Aufsichtsabgabe an die FINMA entrichten, welche sich insbesondere an der Zahl und Grösse der angeschlossenen Finanzintermediäre orientiert. Die Kosten der FINMA werden vollumfänglich durch die Beaufsichtigten finanziert. Bei der FINMA sind fünf Personen im Bereich der Beaufsichtigung der SRO tätig.

Deklarationspflichten und spezielle Revision

Die FINMA ist vom Gesetz her angehalten, die Selbstregulierung zu unterstützen und diese im Rahmen ihrer Aufsichtsbefugnisse als Mindeststandard anzuerkennen und durchzusetzen. Die Aufgabe der SRO besteht darin, Reglemente zu erlassen, die konkretisieren, wie die aus dem GwG erwachsenden Pflichten zu erfüllen sind, und zu kontrollieren, dass die angeschlossenen Finanzintermediäre ihre Pflichten einhalten. Die SRO unterstehen ihrerseits der Aufsicht der FINMA.

Die Finanzintermediäre, die einer SRO angeschlossen sind, müssen in der Regel eine externe, von der SRO zugelassene Prüfgesellschaft mit der Kontrolle im Bereich des GwG beauftragen. Prüfberichte dieser Gesellschaften werden dann der SRO vorgelegt. Die SRO sind wiederum verpflichtet, der FINMA jährlich über ihre Tätigkeit zu berichten. Die jährlichen Berichte enthalten dann auch Informationen über Probleme, welche die SRO mit ihren Mitgliedern hatten.⁵²

Untersuchungskompetenzen

Die Überwachung der SRO liegt in der Kompetenz der Abteilung Geldwäscherei und Analyse Märkte der FINMA. Die FINMA beaufsichtigt die SRO dabei ständig und genehmigt jede Änderung ihrer Reglemente oder der verantwortlichen Personen. Es gibt dabei einen stetigen Austausch zwischen FINMA und SRO zur Prüftätigkeit bei

⁵⁰ Weber et al. (2006): Integrierte Finanzmarktaufsicht. Zürich/Basel/Genf: Schulthess.

⁵¹ <<http://www.forum-sro.ch/d/forum.index.html>>, Zugriff 13.7.13.

⁵² FINMA (2011): Effektivität und Effizienz in der Aufsicht.

den angeschlossenen Finanzintermediären. Neben den jährlichen Berichten wird jede SRO zudem von der FINMA regelmässig (mindestens alle zwei Jahre) vor Ort kontrolliert.⁵³ Bei den Kontrollen untersucht die FINMA auch stichprobenartig, wie die SRO ihre Mitglieder in materieller Hinsicht beaufsichtigt. Neben den Vor-Ort-Kontrollen finden mit jeder SRO jährlich Aufsichtsgespräche statt, bei welchen ein Austausch über aktuelle Themen stattfindet und allfällige Problempunkte diskutiert werden, jedoch keine Überprüfung von Dossiers stattfindet.

Die SRO haben selbst die Kompetenz zu kontrollieren, inwiefern die angeschlossenen Finanzintermediäre ihre Pflichten gemäss den von den SRO erlassenen Reglementen einhalten. Die Kontrollen, die von den SRO durchgeführt werden, erfolgen grundsätzlich jährlich. Es gibt jedoch die Möglichkeit, dass Mitglieder beantragen, nur alle drei Jahre geprüft zu werden. Dabei wird abgewogen, wie hoch das Geldwäschereirisiko ist und inwiefern es bei den letzten Jahreskontrollen Probleme gab. Die Kontrollen der SRO werden häufig durch unabhängige Untersuchungsbeauftragte⁵⁴ ausgeführt, die bei Verdacht auf Verletzung der Sorgfaltspflichten bei der SRO Antrag auf Sanktionen gegenüber den angeschlossenen Finanzintermediären stellen können.

Durchsetzungskompetenzen

Die SRO können bei groben Sorgfaltspflichtverletzungen der ihnen angeschlossenen Finanzintermediäre ein Sanktionsverfahren eröffnen und Untersuchungsbeauftragte einsetzen. Wenn ein solches Verfahren eröffnet wird, muss dies der FINMA gemeldet werden. Ein Sanktionsverfahren kann in einem Verweis, einer Geldstrafe oder einem Ausschluss des Finanzintermediärs münden. Gemäss Reglement der meisten SRO steht den Finanzintermediären die Möglichkeit offen, gegen Sanktionsentscheide der SRO ein Schiedsgericht anzurufen.⁵⁵ Der Rechtsmittelzug führt jedoch weder zur Aufsichtsbehörde noch zum Bundesverwaltungsgericht. Eine Schwierigkeit ist allenfalls darin zu sehen, dass bei einer SRO, die an einen Branchenverband angeschlossen ist, Mitglieder sowohl ordentliches Mitglied als auch Beaufsichtigter nach dem GwG sein können, was – insbesondere bei einem Ausschlussverfahren – die Gefahr von Interessenskonflikten birgt.

Die FINMA hat gegenüber den SRO eine relativ starke Durchsetzungskompetenz. So kann sie gegenüber den SRO verfügen. Das stärkste Instrument wäre der Entzug der Anerkennung einer SRO durch die FINMA, was in der Praxis aber noch nie vorkam. In der Regel zeigt die FINMA in ihren Kontrollberichten Massnahmen auf und diskutiert diese mit den SRO, welche dann Anpassungen vornehmen, ohne dass es zu Sanktionen durch die FINMA kommt.

⁵³ Bei der SRO der Anwälte und Notare erfolgt die entsprechende Kontrolle aufgrund von Geheimhaltungspflichten von Gesetzes wegen durch eine Prüfgesellschaft.

⁵⁴ Ein Teil der SRO hat eigene ständige Untersuchungsbeauftragte, die anderen SRO setzen im Bedarfsfall externe Untersuchungsbeauftragte ein.

⁵⁵ Vgl. hierzu Positionspapier der Forum SRO-GWG zur FINMA. Vgl. auch Rz. 39 im Kontroll-, Prüf- und Sanktionsreglement der SRO-SVV.

Andere oder weitere Befugnisse

Nach der Geldwäschereiverordnung-FINMA sind die Finanzintermediäre dazu verpflichtet, ihre betroffenen Mitarbeiterinnen regelmässig hinsichtlich der für sie wesentlichen Aspekte der Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung auszubilden. Häufig werden solche Ausbildungen durch die SRO durchgeführt, welche dazu entsprechende Ausbildungskonzepte erstellt haben und ihre Mitglieder zur Teilnahme an den Ausbildungen verpflichten.

3.4.2 OUTPUT

Anzahl Untersuchungen

Eine interne Statistik der FINMA zeigt, dass die SRO gegenüber den rund 6'500 beaufsichtigten Finanzintermediären im Jahr 2011 730 Mahnungen, 147 Verweise/Verwarnungen, 62 Konventionalstrafen und 76 Ausschlüsse ausgesprochen haben.

Die FINMA hat im Jahr 2012 ihre Aufsicht auch im Bereich der Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung intensiviert. So wurden zusätzlich zu den jährlichen Prüfungen der SRO vor Ort eine oder mehrere bilaterale Aufsichtssitzungen durchgeführt.⁵⁶

Anzahl aufgedeckter Verstösse und Rechtsfolgen

Die durch SRO ausgesprochenen Massnahmen werden von den Betroffenen grossmehrheitlich akzeptiert und nur in seltenen Fällen angefochten.⁵⁷ Insgesamt funktioniert das System gut und die SRO halten sich laut Aussage der Interviewpartnerin auch an die Vorgaben der FINMA.

3.4.3 WIRKUNGEN

Die Selbstregulierung durch Private geht von der Vorstellung aus, dass Branchenteilnehmer am besten in der Lage sind, die sich zu stellenden Probleme zu lösen.⁵⁸ Vorteile werden insbesondere darin gesehen, dass Betroffene ihre Fachkompetenz einbringen können und die Nähe zwischen SRO und ihren Mitgliedern gross ist. Damit sollen Marktnähe sowie die Akzeptanz der Regulierung gesteigert werden.⁵⁹ Auch der Austausch zwischen den Mitgliedern einer SRO wird als wichtig und nützlich erachtet. Zudem kann die Mitgliedschaft eines Finanzintermediärs bei einer SRO auch als ein Qualitätssiegel betrachtet werden.

Die Kontrollstelle Geldwäscherei hat bereits 2005 vermerkt, dass die Bestrebungen der SRO im Bereich von Schulungen sicher dazu geführt hätten, dass bei den Finanzintermediären das notwendige Wissen, aber auch die Akzeptanz für die Umsetzung des Geldwäschereigesetzes geschaffen wurde.⁶⁰ Weiter wird als positiv betrachtet, dass infolge der Selbstregulierung und die damit verbundenen Konkretisierungen der Sorg-

⁵⁶ FINMA (2013): Jahresbericht 2012.

⁵⁷ Kontrollstelle Geldwäscherei (2005): Bericht der Kontrollstelle über die Bilanzierung der Selbstregulierung vom 31. März 2005.

⁵⁸ Weber, R.H. et al. (2006): Integrierte Finanzmarktaufsicht. Zürich/Basel/Genf.

⁵⁹ Zulauf, U.; Eggen, M. (2013): Finanzmarktrecht in a Nutshell. Zürich/St. Gallen.

⁶⁰ Kontrollstelle Geldwäscherei (2005): Bericht der Kontrollstelle über die Bilanzierung der Selbstregulierung vom 31. März 2005.

faltspflichten durch verschiedene Stellen, praxisnahe Lösungen gefunden werden können.⁶¹

Im Rahmen ihres dritten Länderexamens beurteilte die Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) das Schweizer Selbstregulierungssystem im Bereich der Bekämpfung der Geldwäscherei als angemessen und als mit dem System der staatlichen Regulierung vergleichbar. Laut der FINMA erhöht die Anerkennung der SRO durch die FINMA die Legitimität, Effektivität und Glaubwürdigkeit von Selbstregulierungsnormen und trägt dazu bei, dass diese im In- und Ausland als der staatlichen Regulierung gleichwertig wahrgenommen werden.

⁶¹ Kontrollstelle Geldwäscherei (2005): Bericht der Kontrollstelle über die Bilanzierung der Selbstregulierung vom 31. März 2005.

4.1 KANADA (ONTARIO)

Die kanadische Provinz Ontario hat weltweit eine der weitgehendsten Gesetzgebungen im Bereich der Lohngleichheit von Mann und Frau.⁶² Dabei sind die folgenden Gesetze aufzuführen:

- Ontario Human Rights Code: Section 5 des Gesetzes legt als Grundsatz fest, dass jede Person ein Recht auf Gleichbehandlung im Bereich der Anstellung hat und niemand aufgrund von Rasse, Geschlecht, sexueller Orientierung, Alter usw. diskriminiert werden darf.
- Employment Standards Act: Teil XII umfasst die gesetzlichen Grundlagen für „gleichen Lohn für gleiche Arbeit“ (equal pay for equal work). Danach sind ArbeitgeberInnen verpflichtet, Männern und Frauen den gleichen Lohn zu bezahlen, wenn sie den gleichen Job im gleichen Betrieb mit gleichen Arbeitsbedingungen, Fähigkeiten, Verantwortlichkeiten und Aufwand ausüben.
- Pay Equity Act: Das Gesetz umfasst die Grundlagen für „gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit“ (equal pay for work of equal value). Danach sind ArbeitgeberInnen dazu verpflichtet, Ungleichheiten in der Entlohnung von Männern und Frauen in gleichwertigen Berufsgruppen zu identifizieren und zu beseitigen.

Eine Besonderheit in Kanada ist die starke Zerteilung zwischen Pay Equity und Equal Pay. Die Gründe dafür, dass es zu dieser Trennung gekommen ist, sind politischer Natur, wobei wir eine solche Abgrenzung im Falle der Schweiz nicht als wünschenswert betrachten. Wir konzentrieren uns in der vorliegenden Fallstudie auf den Pay Equity Act, der 1988 in Kraft getreten ist. Dafür spricht, dass nur der Pay Equity Act proaktive Massnahmen der ArbeitgeberInnen zur Beseitigung einer Diskriminierung erfordert, während unter dem Employment Standards Act die Durchsetzung der Lohngleichheit in fehlbaren Betrieben auf dem Gerichtsweg erfolgen muss. Da das System in dieser Hinsicht jenem der Schweiz ähnelt, weist es weniger interessante Aspekte auf als der weitergehende Pay Equity Act. Zudem zielt der Pay Equity Act primär auf das Thema Lohngleichheit ab und behandelt dieses nicht nur als einen von vielen Aspekten auf dem Gebiet der Arbeitsbedingungen beziehungsweise der Diskriminierung. Auch im Hinblick darauf, dass Wirkungen der Gesetzgebung betrachtet werden sollen, scheint die Konzentration auf den Pay Equity Act sinnvoll.⁶³

Der geschlechtsspezifische Lohnunterschied lag in Ontario vor Inkrafttreten des Pay Equity Acts im Jahr 1987 bei 36 Prozent (Grundlage für die Berechnung stellen – anders als in den Fallstudien Schweden und Österreich – Jahreslöhne von Vollzeitbeschäftigten dar).

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

⁶³ Gunderson (2006: 17) konstatiert, dass „conventional policies requiring equal pay for equal work have generally not had an impact on male-female wage differentials, likely because they are complaints based and restricted to comparisons within the same job and establishment“. Gunderson, M. (2006): Male-Female Wage Differentials: How Can that Be? In: Canadian Journal of Economics, Vol. 39, No. 1. 1–21.

tigten [im öffentlichen und privaten Sektor] dar).⁶⁴ Während die statistischen Grundlagen keine Daten liefern, die einen Längsschnittvergleich der auf Diskriminierung zurückzuführenden Anteile des Lohnunterschieds ermöglichen, schätzte das Pay Equity Office 2006 die Situation folgendermassen ein: „As much as 10 to 15% of the gender wage gap is due to discrimination.“⁶⁵

4.1.1 KONZEPT UND VOLLZUG

Das zentrale Ziel des Pay Equity Acts ist es, „to redress systemic gender discrimination in compensation for work performed by employees in female job classes“. Der Pay Equity Act gilt für alle ArbeitgeberInnen im öffentlichen Sektor. Im privaten Sektor sind alle ArbeitgeberInnen mit zehn und mehr Mitarbeitenden betroffen.

Vollzugskompetenz

In Kanada haben die Provinzen weitgehende Regelungs- und Vollzugskompetenzen im Bereich der Lohngleichheit. Für den Vollzug der Regelungen des Pay Equity Acts wurde die Pay Equity Commission (PEC) gegründet.

Organisation der Behörden

Die Pay Equity Commission setzt sich aus zwei Spezialbehörden zusammen: dem Pay Equity Office (PEO) und dem Pay Equity Hearings Tribunal (PEHT). Der PEC steht eine Kommissarin vor, die vom Lieutenant Governor der Provinz ernannt wird und das PEO leitet. Das PEO kennt die beiden Abteilungen Review Services und Education and Communication Services. Das PEHT hat die Aufgaben, über rechtliche Fragen hinsichtlich des Pay Equity Acts zu entscheiden. Zu einem Hearing kommt es insbesondere dann, wenn Parteien mit Entscheidungen des PEO nicht einverstanden sind. Das Tribunal wird tripartit (aus ExpertInnen, VertreterInnen von ArbeitgeberInnen, VertreterInnen von ArbeitnehmerInnen) mit neun Mitgliedern besetzt, die ebenfalls vom Lieutenant Governor ernannt werden.

Ressourcen

Im Rechnungsjahr 2010/11 lag das Budget für das PEO bei knapp 3 Millionen Franken, für das PEHT bei rund 700'000 Franken. Das PEO beschäftigt 22 Personen (alles Vollzeitmitarbeitende),⁶⁶ davon sind sieben Senior Review Officers und sechs Initial Review Officers, welche für die Durchführung von Untersuchungen bei Arbeitgebenden verantwortlich sind. Bei einer Einwohnerzahl Ontarios von knapp 13 Millionen werden somit pro EinwohnerIn etwas weniger als 30 Rappen jährlich für die PEC aufgewendet.

Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse

Alle Betriebe im öffentlichen und privaten Sektor mit zehn und mehr Arbeitnehmenden sind gemäss dem Pay Equity Act dazu verpflichtet, ihre Löhne hinsichtlich Pay Equity zu analysieren und gegebenenfalls Anpassungen vorzunehmen, um den gesetzlichen Bestimmungen zu entsprechen.

⁶⁴ Vgl. <<http://www.payequity.gov.on.ca>> → The Gender Wage Gap; Zugriff 26.3.13.

⁶⁵ Vgl. <<http://www.payequity.gov.on.ca>> → The Gender Wage Gap; Zugriff 26.3.13.

⁶⁶ Die Zahl der Planstellen liegt bei 28, was Neueinstellungen im Jahr 2013 ermöglicht.

Für Arbeitgebende mit mehr als 100 Mitarbeitenden gilt zudem die Pflicht zur Erstellung von schriftlichen *Pay Equity Plänen*. Dabei sind zunächst überwiegend männlich und weiblich dominierte Berufsgruppen zu identifizieren.⁶⁷ Der nächste Schritt sieht vor, dass anhand eines genderneutralen Vergleichssystems der Wert jeder Berufsgruppe ermittelt wird. Dieser basiert auf Fähigkeiten, Verantwortlichkeiten, Anforderungen und Arbeitsbedingungen. Das System erlaubt es beispielsweise, einer Sekretärin (mit weniger physischer Tätigkeit) und einem Hausmeister (mit weniger Verantwortung) denselben Wert zuzuordnen und diese so miteinander zu vergleichen. Danach werden männlich und weiblich dominierte Berufsgruppen mit vergleichbarem Wert herausgesucht. Wenn vergleichbare Gruppen gefunden werden, ist jede der weiblichen Gruppen berechtigt, denselben Lohn wie das männliche Äquivalent zu erhalten.⁶⁸

Die Pay Equity Pläne sind den Arbeitnehmenden oder ihren gewerkschaftlichen VertreterInnen vorzulegen. Die Arbeitnehmenden können sich innerhalb von 90 Tagen bei ihrem/ihrer ArbeitgeberIn beschweren. Wenn der Plan nicht zur Zufriedenheit der Arbeitnehmenden angepasst wird, haben diese die Möglichkeit, ihre Beschwerde an die PEC heranzutragen.

Der Pay Equity Act sieht nicht vor, dass Betriebe die Pläne von sich aus an das Pay Equity Office weitergeben. Pay Equity Pläne sind gemäss Gesetz nur einmal vorzulegen. Es besteht jedoch die Pflicht, bei Veränderungen im Unternehmen sicherzustellen, dass weiterhin den Verpflichtungen des Pay Equity Acts nachgekommen wird.

Vorlagen und Tools für die Berechnungen und die Erstellung der Pläne werden auf der Website des Pay Equity Offices zur Verfügung gestellt. Die Unternehmen können Pläne jedoch auch mit eigenen Instrumenten erstellen, sofern sie sich an die gesetzlichen Vorgaben halten.

Reichweite

In den Geltungsbereich des Pay Equity Acts fallen alle öffentlichen und privaten ArbeitgeberInnen mit Sitz in Ontario. Ausgenommen sind private ArbeitgeberInnen, die weniger als zehn Mitarbeitende haben. Damit sind etwa 25 Prozent aller ArbeitgeberInnen in Ontario vom Pay Equity Act betroffen, die jedoch schätzungsweise 80 Prozent der Angestellten beschäftigen.⁶⁹

Untersuchungskompetenzen

Untersuchungen können einerseits durch eine Beschwerde ausgelöst werden (Complaint Cases: Untersuchung auf Beschwerde hin). Zudem können Untersuchungen von Amtes wegen erfolgen (Monitoring Cases: Stichprobenfälle). Das PEO hat dabei weitgehende

⁶⁷ Männlich dominierte Berufsgruppen müssen mindestens 70 Prozent männliche Mitarbeitende haben, weiblich dominierte Berufsgruppen mindestens 60 Prozent weibliche Mitarbeitende.

⁶⁸ Dem Problem fehlender vergleichbarer männlich dominierter Berufsgruppen im selben Unternehmen ist man ab 1993 damit begegnet, dass Proportionate Value Comparisons und Proxy Comparisons (nur im öffentlichen Sektor) eingeführt worden sind. Vgl. dazu Gunderson, M. (2002): The Evolution and Mechanics of Pay Equity in Ontario, in: Canadian Public Policy, Vol. 28, 117–131.

⁶⁹ Eigene Berechnung nach: Ministry of Economic Development and Innovation (2012): Snapshot of Ontario's Small and Medium Enterprises.

Untersuchungskompetenzen. Untersuchungen werden durch die Review Officers durchgeführt.

Die Untersuchungen beinhalten in der Regel in einem ersten Schritt eine Kontaktaufnahme mit dem/der ArbeitgeberIn beziehungsweise mit der Partei, die sich an das PEO gewendet hat. Den ArbeitgeberInnen werden Fragebogen zugestellt, in welchen sie Auskunft geben müssen, inwieweit Pay Equity umgesetzt wird. Weiter werden sie dazu aufgefordert, Informationen (z.B. Pay Equity Pläne) an die Review Officers zu liefern.

Bei Stichproben- wie bei Beschwerdefällen besitzen die Behörden die Kompetenz, Einsicht in alle relevanten Dokumente (z.B. Lohn Tabellen, Lohnanalysen, Pay Equity Pläne) zu nehmen und den ArbeitgeberInnen Fragen zum Betrieb, zu Arbeitskräften und zu Löhnen zu stellen. Weiter sind die Review Officers befugt, mit den Angestellten zu sprechen, wenn dies als relevant zur Erhärtung des Sachverhaltes erachtet wird. Hierzu gehören dann auch Vor-Ort-Besuche von Unternehmen.

Durchsetzungskompetenzen

Wenn ArbeitgeberInnen ihren Pflichten hinsichtlich der Herstellung von Pay Equity oder hinsichtlich der Planerstellung nicht nachkommen, suchen die Review Officers das Gespräch mit den Betrieben. Es werden den Betrieben mögliche Massnahmen zur Herstellung von Lohnungleichheit beziehungsweise zur korrekten Erstellung der Pläne vorgeschlagen. Ergreifen die Unternehmen von sich aus keine Massnahmen, können die Review Officers die ArbeitgeberInnen zur Durchführung von Lohnanalysen, zur Erstellung von Pay Equity Plänen, zur Anpassung von Löhnen sowie zu retroaktiven Zahlungen verpflichten. Wenn Fälle an das PEHT weitergehen, kann dieses ebenso Massnahmen gegen ArbeitgeberInnen verfügen.

Bei Verstössen gegen den Pay Equity Act kann über Sanktionen von bis zu 50'000 kanadischen Dollar (rund 47'000 CHF) verfügt werden.

Für die Beseitigung der diskriminierenden Lohnunterschiede müssen die ArbeitgeberInnen die Summe zur Erreichung von Lohnungleichheit oder maximal pro Jahr ein Prozent ihrer provinzweit ausbezahlten Lohnsumme ausschütten. Retroaktive Zahlungen gehen zurück bis zum Zeitpunkt, ab dem das Unternehmen verpflichtet gewesen ist, die Bestimmungen des Pay Equity Acts einzuhalten, also teilweise bis in die 1990er Jahre.

Andere oder weitere Befugnisse

Der Pay Equity Act zielt darauf ab, dass die ArbeitgeberInnen weitgehend von selber ihre Gesetzespflichten (Compliance) wahrnehmen (unter Einbezug der Gewerkschaften, sofern diese vorhanden sind). Eine wichtige Aufgabe der Review Officers ist es, durch die Vermittlung zwischen den Parteien ein Hearing vor dem PEHT von vornherein zu vermeiden. Mit der Education Unit des PEO wird zudem Information und Beratung zuhänden der ArbeitgeberInnen, ArbeitnehmerInnen, SozialpartnerInnen und interessierten Organisationen angeboten. Der Umfang des Informationsmaterials ist gross und beinhaltet unter anderem Factsheets über die Rechte und Pflichten hinsichtlich des Pay Equity Acts. Zudem werden eine Vielzahl von Seminaren und Schulungen durchgeführt. Die Kommissarin der PEC beurteilt dabei besonders die Durchführung von Online-Seminaren (Webinars) als erfolgreiches Instrument.

Rolle der Geschädigten

Die Geschädigten von Lohndiskriminierung können sich beim PEO beschweren, wenn die ArbeitgeberInnen den Vorgaben des Pay Equity Acts nicht Folge leisten (siehe oben). Wenn die Review Officers keine Einigung herbeiführen oder ArbeitgeberInnen einer Verfügung der Officers nicht nachkommen, kann eine Beschwerde an das PEHT eingereicht werden. Bei der Einreichung einer Beschwerde kann sich die Person durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen (und in diesem Fall anonym bleiben). An einem Hearing kann die beschwerdeführende Person selbst teilnehmen oder sich ebenfalls vertreten lassen (durch einen Anwalt, einen Bevollmächtigten).

Rechtsmittel gegen behördliche Anordnungen

Entscheide der Review Officers können an das Pay Equity Hearings Tribunal weitergezogen werden, welches eine umfassende Prüfungsbefugnis besitzt. Der Ontario Pay Equity Act erklärt dessen Entscheidungen zwar für endgültig, doch ist aufgrund der verwaltungsgerichtlichen Praxis zum Constitution Act ein Weiterzug an den Ontario Supreme Court dennoch möglich. In der Praxis kommt dies sehr selten vor. Alternativ können Geschädigte auch an ein Zivilgericht gelangen; geht es nur um die Frage von Lohngleichheit, wählen die Geschädigten in aller Regel den Weg über das PEO.⁷⁰

4.1.2 OUTPUT

Anzahl Untersuchungen

Das PEO hat in den letzten Jahren jeweils etwa rund 1'000 Unternehmen pro Jahr untersucht. Etwa 70 Prozent der Untersuchungen werden auf Eigeninitiative des PEO,⁷¹ 30 Prozent aufgrund von Beschwerden durchgeführt. Die Anzahl der Vor-Ort-Besuche schätzte der interviewte Review Officer für das Jahr 2012 auf 400 bis 500 Unternehmen. Laut der Kommissarin soll die Zahl der Vor-Ort-Besuche aufgrund des grossen Aufwandes aber in Zukunft sinken.⁷² Die Auswahl der Betriebe für eine Stichprobenkontrolle zielt in der Regel auf bestimmte Branchen (z.B. Einzelhandel, Gaststättengewerbe). Laut den interviewten Personen bekommen die Mitarbeitenden der PEC durch ihre tägliche Arbeit (und insbesondere durch die eingegangenen Beschwerden) ein gutes Gefühl dafür, in welchen Branchen Stichprobenkontrollen lohnend sind.

Dass Fälle vom PEO an das PEHT weitergegeben werden, weil ArbeitgeberInnen ihren Verpflichtungen nicht nachkommen, kommt in der Praxis praktisch nicht vor. Insgesamt erlässt das PEO pro Jahr etwa 50 Verfügungen, ein grosser Teil davon betrifft die Herausgabe weiterer Informationen durch die ArbeitgeberInnen im Zuge der Untersuchung. Von den Complaint Cases werden über 60 Prozent beigelegt, ohne dass es eines Hearings durch das PEHT bedarf. In den letzten fünf Jahren gingen jährlich zwischen 25 und 50 Fälle an das PEHT (in der Regel handelte es sich um Fälle, die von den Parteien und nicht vom PEO an das PEHT getragen wurden).

⁷⁰ Vgl. Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung SIR (2013): Avis sur les mesures étatiques en matière de discrimination salariale hommes-femmes, Lausanne. S. 334f. (noch nicht veröffentlicht).

⁷¹ Die Stichprobenkontrollen werden seit Mitte der 1990er Jahre durchgeführt und im Umfang seit 2006 verstärkt.

⁷² Es ist dabei auch auf die grossen geographischen Distanzen Ontarios hinzuweisen.

Anzahl aufgedeckter Verstösse und Rechtsfolgen

In den Stichprobenfällen können etwa 40 Prozent der Betriebe aufzeigen, dass sie den Verpflichtungen des Gesetzes nachkommen. 60 Prozent können die Einhaltung des Gesetzes nicht nachweisen (bspw. über Pay Equity Pläne). Gründe dafür sind zum einen, dass Pay Equity nicht oder nicht bewusst implementiert wurde oder Pläne, die teilweise in den 1990er Jahren verfasst worden sind, nicht mehr verfügbar sind. Die 60 Prozent lassen sich laut dem interviewten Review Officer nochmals unterteilen: Etwa 45 Prozent halten die Bestimmungen ein, ohne dass sie Lohnanpassungen durchführen müssten (jedoch müssen sie Lohnanalysen durchführen oder Pay Equity Pläne erstellen), etwa 15 Prozent müssen zudem Lohnanpassungen vornehmen und teilweise auch rückwirkend Lohnzahlungen leisten.

Zwar ist damit das Vollzugsdefizit hinsichtlich der Erstellung der Pay Equity Pläne und auch der Lohnanalysen (die zudem ja auch nicht schriftlich festgehalten werden müssen) relativ hoch. Jedoch ist die Kooperationsbereitschaft der Unternehmen bei Untersuchungen durch das PEO ebenfalls hoch und führt dazu, dass die Betriebe nach einer Stichprobenkontrolle in den allermeisten Fällen selber Massnahmen ergreifen, um den Verpflichtungen des Pay Equity Acts nachzukommen, und keine Verfügungen des PEO notwendig sind. Untersuchungen sind damit ein sehr effektives Instrument, um Pay Equity in den Unternehmen zu erreichen, die untersucht werden. Von der Möglichkeit, Sanktionen gegen Betriebe zu verfügen (zu den Sanktionen siehe oben), wurde in der Praxis laut den InterviewpartnerInnen bisher nie Gebrauch gemacht.

Der interviewte Review Officer geht davon aus, dass sich die in den Stichprobekontrollen festgestellte Non-compliance auf alle Unternehmen in Ontario übertragen lässt und damit bei noch rund 15 Prozent der ArbeitgeberInnen eine Lohndiskriminierung einer weiblich dominierten Berufsgruppe vorliegt.

Dauer Kontrollprozess

Nachdem das PEO eine Beschwerde erhalten hat, verstreichen durchschnittlich etwa drei Monate bis zur Untersuchung durch einen Review Officer. Die gesamte Verfahrensdauer (also von Beschwerde bis zur Umsetzung von Massnahmen durch Unternehmen) ist stark von dem/der ArbeitgeberIn abhängig, dauert derzeit aber höchstens drei Jahre. In der Regel wird versucht, die Fälle bereits nach einem oder maximal zwei Jahren zu schliessen. Dies gilt sowohl für Monitoring Cases als auch für Complaint Cases.

4.1.3 WIRKUNGEN IN DEN UNTERNEHMEN

Konkrete Anpassungen in den Unternehmen

Es kann angenommen werden, dass der Pay Equity Act bei vielen Unternehmen ohne Wissen des PEO zu Lohnanpassungen führt (was gemäss Gesetz auch so intendiert ist). Für die rund 15 Prozent der Unternehmen, die nach einer Stichprobenkontrolle Lohnanpassungen zu leisten haben, beträgt deren Umfang laut Schätzung des interviewten Review Officer jedes Jahr einige Millionen Dollar. Dabei fallen insbesondere die retroaktiven Zahlungen von Unternehmen ins Gewicht. Während laut der Kommissarin keine aktuellen Daten über die Lohnanpassungen vorliegen, zeigen alte Umfragen, die Anfang der 1990er Jahre in Ontario durchgeführt worden sind, dass der Umfang der

Lohnanpassungen im Privatsektor zwischen 0,5 und 1,4 Prozent der Gesamtlohnsumme lag.⁷³

Weitere Wirkungen

Die Befragten des PEO kommen zum Schluss, dass das Bewusstsein für die Bedeutung von Pay Equity sowohl bei den Arbeitgebenden als auch bei den Arbeitnehmenden und SozialpartnerInnen hoch ist. Die zentralen Gründe dafür sind neben der proaktiven Verpflichtung der ArbeitgeberInnen die langjährigen Bemühungen der PEC, namentlich die Kontrollen durch die Review Officers. Auch kann davon ausgegangen werden, dass von den Stichprobenkontrollen durch die Review Officers eine präventive Wirkung auch auf Unternehmen ausgeht, die selbst keinen Kontrollen unterzogen werden (aber jederzeit von einem Review Officer kontaktiert werden könnten). Eine starke präventive Wirkung ist zudem der Regelung zuzuschreiben, dass rückwirkende Lohnzahlungen teilweise über einen langen Zeitraum geleistet werden müssen, wenn Verstösse gegen den Pay Equity Act festgestellt werden.

In einer Ende der 1990er Jahre durchgeführten Umfrage bei Unternehmen zeigte sich, dass für rund 60 Prozent der untersuchten Firmen mit dem Pay Equity Act eine signifikante administrative Belastung einhergeht, jedoch etwa der gleiche Anteil Firmen die Erfahrung mit Pay Equity insgesamt als positiv beurteilt.⁷⁴ Die administrativen Kosten zur Erreichung von Pay Equity lagen gemäss einer Erhebung in den 1990er Jahren zwischen 9'000 und rund 120'000 kanadischen Dollar pro Unternehmen, was Kosten von 88 bis 139 kanadischen Dollar pro ArbeitnehmerIn entspricht.⁷⁵ Aktuellere Zahlen hierzu liegen dem PEO leider nicht vor.

4.1.4 REDUKTION DER LOHNDISKRIMINIERUNG

Zahlen des Pay Equity Office illustrieren, dass sich der Gender Wage Gap von 36 Prozent (vor Inkrafttreten des Pay Equity Acts 1987) auf 28 Prozent im Jahr 2010 reduziert hat.⁷⁶ In den Vergleich werden die Jahreslöhne von Vollzeitbeschäftigten einbezogen. Die PEC geht auf Grundlage von Statistiken davon aus, dass 13 bis 18 Prozent des Unterschiedes erklärt werden können und der Diskriminierungseffekt damit rund 10 bis 15 Prozent ausmacht.⁷⁷ Laut der Kommissarin der PEC ist es jedoch nicht möglich, zu beziffern, welchen Beitrag der Vollzug durch die PEC zur Verringerung des Gender Wage Gaps leistet. Gemäss Gunderson⁷⁸ hat die proaktive Politik dort dazu beigetragen, beträchtliche Lohnanpassungen zu erzielen, wo Massnahmen durch die Betriebe durchgeführt worden sind (bspw. als Reaktion auf die Stichprobenkontrolle des PEO). Jedoch betrachtet er den Overall Impact solcher Anpassungen auf die Lohndifferenz als

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

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

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

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

⁷⁷ Vgl. <<http://www.payequity.gov.on.ca>> → The Gender Wage Gap; Zugriff 26.3.13. Vgl. dazu auch die Diskussion von Gunderson, der den „discriminatory wage gap“ auf 5–15% schätzt; Gunderson, M. (2006): Male-Female Wage Differentials: How Can that Be? In: Canadian Journal of Economics, Vol. 39, No. 1, 1–21.

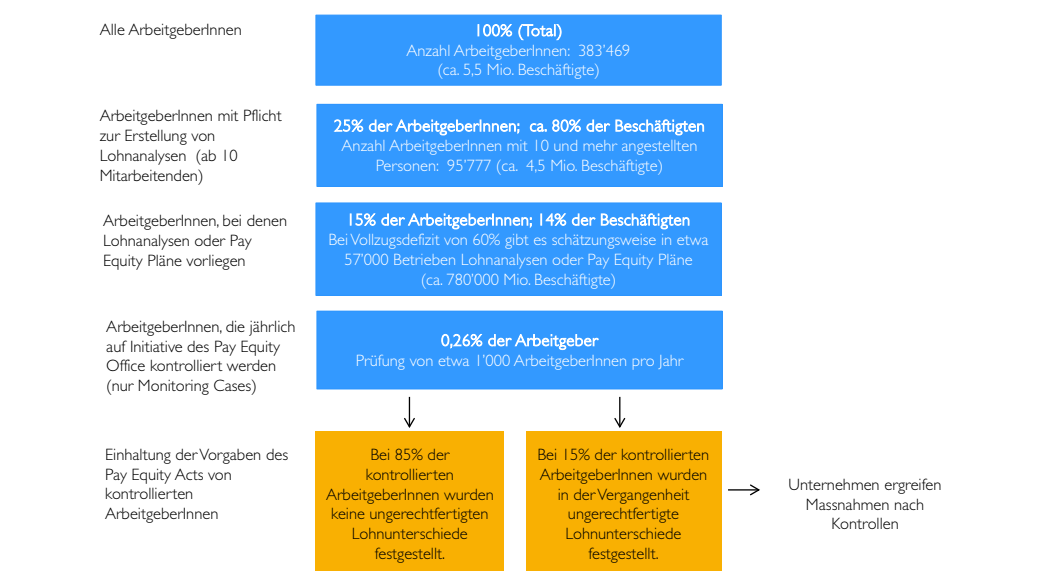
⁷⁸ Gunderson, M. (2006): Male-Female Wage Differentials: How Can that Be? In: Canadian Journal of Economics, Vol. 39, No. 1, 1–21.

vernachlässigbar – insbesondere deshalb, weil bei den Mitarbeitenden vieler kleiner Firmen keine Möglichkeit gegeben ist, Berufsgruppen zu vergleichen beziehungsweise kleine Firmen nicht von der Gesetzgebung betroffen sind. Singh und Peng (2010) unterscheiden zwischen privatem und öffentlichem Sektor und stellen fest, dass im öffentlichen Sektor mit dem Pay Equity Act ein klarer Beitrag zur Verringerung des Gender Wage Gaps geleistet wurde,⁷⁹ während der Impact auf den privaten Sektor und dabei besonders bei solchen Betrieben, in denen die Mitarbeitenden nicht gewerkschaftlich organisiert sind, wohl deutlich geringer ausfällt.⁸⁰

Das Verhältnis zwischen Input und Wirkungen könnte laut den beiden interviewten Personen am deutlichsten durch eine regelmässige Pflicht der ArbeitgeberInnen zur Berichterstattung über die Umsetzung des Pay Equity Acts direkt an das Pay Equity Office gesteigert werden. Dies ist bisher nicht der Fall. Die Kompetenzen der PEC werden als ausreichend erachtet, um die ArbeitgeberInnen dazu zu bringen, Massnahmen umzusetzen. Durch begrenzte Ressourcen bei der PEC ist aber die Breitenwirkung der Kontrollen beschränkt. Eine weitere Schwierigkeit – und wohl auch eine verpasste Chance zur Nutzung von Synergien – liegt darin, dass Pay Equity und Equal Pay nicht von derselben Stelle bearbeitet werden.

Abschliessend zeigen wir in einer Übersicht auf, wie viele Unternehmen in Ontario von der Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse sowie von den behördlichen Stichprobenkontrollen (schätzungsweise) erfasst werden.

Darstellung 4.1: Übersicht über die Umsetzung der innerbetrieblichen Lohnanalyse und der behördlichen Stichprobenkontrollen: Ontario



Quelle: eigene Berechnungen auf Grundlage von Ministry of Economic Development and Innovation (2012): Snapshot of Ontario's Small and Medium enterprises.

⁷⁹ Vgl. dazu Singh, P.; Peng, P. (2010): Canada's bold experiment with pay equity, in: Gender in Management, Vol. 25/7: 570–585.

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

4.2 ÖSTERREICH

Seit 1979 ist in Österreich die Frage der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann im Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) geregelt. Im nationalen Aktionsplan über die Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsmarkt aus dem Jahr 2010⁸¹ wurde konstatiert, dass „das seit 30 Jahren bestehende Recht auf gleichen Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit von Frauen und Männern (...) zu keiner nachhaltigen Verringerung der Einkommensunterschiede“ führte. Die zentrale Ursache hierfür wird darin gesehen, dass Diskriminierung nur durch gerichtliche Lohnklagen bekämpft werden konnte und die staatlichen Institutionen grosse Schwierigkeiten damit hatten, Informationen über die Gehälter von Männern in vergleichbaren Positionen zu erhalten.⁸²

Mit einer Änderung des GIBG im Jahr 2011 wurde angestrebt, die Einkommenstransparenz zu verbessern. Das neue GIBG orientiert sich in dieser Frage am Vorbild Schwedens und verpflichtet private Unternehmen dazu, Einkommensberichte zu erstellen. Eine weitere Regelung zur Verbesserung der Einkommenstransparenz ist die Verpflichtung der ArbeitgeberInnen, in Stellenausschreibungen das Mindestentgelt anzugeben. Da die neuen Regelungen erst seit 2011 in Kraft sind, wird es in der vorliegenden Fallstudie schwierig sein, Informationen zu den Wirkungen der proaktiven Gesetzgebung in Österreich aufzuzeigen.

In Österreich beträgt der Einkommensunterschied im Jahr 2011 23,7 Prozent (durchschnittliche Bruttostundenverdienste von Voll- und Teilzeitbeschäftigten).⁸³ 2006 betrug der Lohnunterschied noch 25,5 Prozent. 18,1 Prozent davon werden in den im nationalen Aktionsplan zur Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsmarkt dargestellten Berechnungen als Diskriminierungseffekt identifiziert.⁸⁴ Neuere Zahlen zur Lohndiskriminierung liegen keine vor.

4.2.1 KONZEPT UND VOLLZUG

Das GIBG verbietet jede mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung bei der Festsetzung des Entgelts aufgrund des Geschlechts, insbesondere auch die Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand. Das Gesetz legt zudem den Anspruch der Arbeitnehmerinnen auf gleiches Entgelt für gleiche beziehungsweise gleichwertige Arbeit samt Rechtsfolgen bei einem Verstoß fest. Von gleichwertiger Arbeit spricht man dann, wenn sie denselben Arbeitswert hat beziehungsweise wenn die Tätigkeiten zwar nicht identisch sind, aber bei Gesamtschau unter Berücksichtigung der Vorkenntnisse, Ausbildung, Anstrengung, Verantwortung und Arbeitsbedingungen vergleichbar sind.

Vollzugskompetenz

Der Bund hat Vollzugskompetenz zur Einhaltung der Bestimmungen des GIBG. Die zentralen Einrichtungen hierfür sind die Gleichbehandlungskommission (GBK) sowie

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

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

⁸³ Eurostat: Gender Pay Gap in unadjusted form:

<<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=en&pcode=tsdsc340>>, Zugriff 30.4.13.

⁸⁴ Bundeskanzleramt Österreich (2010): Nationaler Aktionsplan zur Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsmarkt. Dabei wird jedoch davor gewarnt, dass dieser Effekt tendenziell überschätzt, aber auch unterschätzt werden kann.

die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW). Das GIBG gilt für alle privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse. Lohngleichheit in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen wird im Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG) praktisch wortgleich geregelt. Zudem gibt es für die öffentlich Bediensteten der Bundesländer eigene Landes-Gleichbehandlungsgesetze. Die Fallstudie legt ihren Fokus auf das GIBG.

Organisation der Behörden

Die Gleichbehandlungskommission ist beim Bundeskanzleramt eingerichtet. Ihre zentrale Aufgabe ist die Überprüfung von Fragen von Diskriminierung aufgrund des GIBG. Sie hat drei Senate, wobei Senat I für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt zuständig ist. Der Senat I setzt sich aus der Vorsitzenden und elf weiteren Mitgliedern zusammen. Diese üben ihre Arbeit ehrenamtlich aus⁸⁵ und werden von den Sozialpartnern (Bundeskammer für Arbeit und Angestellte, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Wirtschaftskammer Österreichs, Vereinigung der österreichischen Industrie) sowie vom Bundeskanzleramt und zwei Ministerien entsendet. Ein Sekretariat unterstützt die Arbeit der Kommission. Ebenfalls beim Bundeskanzleramt ist die GAW eingerichtet. Derzeit beschäftigt die GAW insgesamt 28 Personen auf 22 Planstellen. Die Anwältinnen für die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in der Arbeitswelt in Wien und in den Regionalbüros in den Bundesländern befassen sich speziell mit Fragen der Lohndiskriminierung von Frauen (im Folgenden: Teil I des GIBG).⁸⁶ Hauptaufgabe aller Anwältinnen für die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in der Arbeitswelt ist es, Personen zu beraten und zu unterstützen, die sich diskriminiert fühlen. Die GAW ist in der Ausübung ihrer Tätigkeit weisungsfrei, selbstständig und unabhängig. Die Beratung erfolgt für die betroffenen Privatpersonen kostenlos und ist grundsätzlich vertraulich.

Ressourcen

Die finanzielle Ausstattung ist schwierig zu beurteilen, da die GBK mit den drei Senaten auch für andere Bereiche der Diskriminierung zuständig ist. Auch in der GAW lassen sich die Ressourcen nicht gesondert für Teil I des GIBG darstellen. Ein wichtiger Punkt hinsichtlich des Aufwandes ist sicherlich, dass die Prüfung der Einkommensberichte bei den BetriebsrätInnen liegt. Weiter ist zu erwähnen, dass mit der Änderung des GIBG in den letzten Jahren sowohl von den Gewerkschaften als auch von Seiten der Bundesministerin für Frauen und den öffentlichen Dienst verstärkt Ressourcen für den Bereich Lohngleichheit aufgewendet worden sind (insbesondere für Schulungs- und Informationsmassnahmen).

Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse

Mit der Änderung des GIBG 2011 wurde eine Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse für Unternehmen eingeführt. Damit sind Unternehmen mit mehr als 150 Angestellten verpflichtet, alle zwei Jahre Berichte zur Entgeltanalyse (Einkommensbericht) zu erstellen. Die Berichte müssen Angaben über die Anzahl der Frauen und die Anzahl der Männer in den jeweiligen kollektivvertraglichen oder betrieblichen Verwendungsgruppen beziehungsweise Verwendungsgruppenjahren enthalten. Weiter ist das Durch-

⁸⁵ Jedoch haben die Mitglieder Anspruch auf Ersatz der notwendigen Reise- und Aufenthaltskosten.

⁸⁶ Nur Teil I betrifft die Diskriminierung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt.

schnitts- oder Medianarbeitsentgelt von Frauen und von Männern im Kalenderjahr in den jeweiligen Verwendungsgruppen oder Verwendungsgruppenjahren anzugeben.

Die Berichte basieren damit auf den Beschäftigungsgruppen, die in den Kollektivverträgen für Branchen und Unternehmen festgelegt sind. Da Kollektivverträge für mehr als 90 Prozent aller ArbeitnehmerInnen gelten, können sich die Analysen in den meisten Unternehmen auf die Beschäftigungsgruppen stützen. Wo jedoch keine Kollektivverträge gelten, muss der Einkommensbericht die in der Gehaltsstruktur des Unternehmens festgelegten Einstufungen darlegen. Für den Fall, dass keine Gehaltsstruktur existiert, muss der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin die Verwendungsgruppen im Unternehmen festlegen.⁸⁷ Ein mögliches Beispiel für eine Verwendungsgruppe stellen „Angestellte, die nach allgemeinen Richtlinien und Weisungen technische oder kaufmännische Arbeiten im Rahmen des ihnen erteilten Auftrages selbständig erledigen“ dar. Dazu können sowohl TechnikerInnen als auch SekretärInnen gehören. Das österreichische System ermöglicht damit, ähnlich wie in Ontario, auch einen Vergleich zwischen diesen Verwendungsgruppen (und damit im Sinne von „gleichwertiger“ Arbeit). Anders als in Kanada erfolgt die Einordnung jedoch nicht anhand der Zuordnung von Werten im Rahmen der Berichterstattung, sondern auf Grundlage der Einstufung in die Verwendungsgruppen.

Die Ergebnisse des Berichts bringen in der Regel Entgeltdifferenzen zwischen den Geschlechtern ans Licht, die anschliessend genauer analysiert werden müssen. Konkret gilt es festzustellen, in welchen Bereichen eine sachliche Rechtfertigung vorliegt (z.B. aufgrund nachvollziehbarer Unterschiede in Aufgaben und Verantwortung) und wo Frauen beim Einkommen diskriminiert werden, um darauf mit gezielten Massnahmen zu reagieren. Zu Gleichstellungsmassnahmen sind die Unternehmen allerdings auf Basis der derzeitigen Gesetzeslage noch nicht verpflichtet.

Die Einkommensberichte sind den BetriebsrätInnen/MitarbeiterInnenvertretungen zu übermitteln. Diese prüfen die Berichte und können relevante Informationen an die MitarbeiterInnen weitergeben. In Betrieben ohne Vertretung muss der Bericht allgemein zugänglich gemacht werden. Über den Inhalt des Einkommensberichts sind die ArbeitnehmerInnen zur Verschwiegenheit verpflichtet. Die Verpflichtung zur Erstellung der Einkommensberichte erfolgt gestaffelt. Für das Berichtsjahr 2012 sind nur Unternehmen mit mehr als 250 Mitarbeitenden vom Obligatorium betroffen. Die Ausdehnung auf alle Betriebe mit mehr als 150 Beschäftigten erfolgt für das Berichtsjahr 2013. Es gibt keine standardisierte Vorlage für die Erstellung der Einkommensberichte, jedoch haben Verwaltung und Gewerkschaften verschiedene Unterlagen entwickelt, welche als Grundlage genutzt werden können (z.B. der vom Büro der Bundesministerin für Frauen und öffentlichen Dienst erarbeitete Fragebogen zur Erstellung der Einkommensberichte oder der vom Österreichischen Gewerkschaftsbund [ÖGB] erarbeitete Leitfaden zum Einkommensbericht in Unternehmen).⁸⁸

⁸⁷ <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-pay-gap/depth-info/tools-gpg/reports-austria/index_de.htm>, Zugriff 30.4.13.

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

Innerbetriebliche Kontrolle

Das österreichische System ist durch die wichtige Rolle der MitarbeiterInnenvertretungen charakterisiert. Die BetriebsrätInnen prüfen die Einkommensberichte und können ihren Anspruch auf die Erstellung eines Berichtes gerichtlich geltend machen. Anders als in Schweden oder Ontario wird eine Prüfung der Berichte auf Initiative der staatlichen Stellen nicht durchgeführt. Wo die Einkommensberichte Unterschiede zwischen den Einkommen aufzeigen, können ArbeitnehmerInnen und Geschäftsführung aktiv werden, wobei das Ziel ist, dass eine Einigung beziehungsweise eine mögliche Anpassung der Löhne als innerbetriebliche Massnahme erfolgt. Häufig werden bei solchen Verhandlungen auch die Gewerkschaften einbezogen.

Untersuchungskompetenzen

Erfolgt keine Einigung innerhalb des Betriebes oder liegt allgemein die Annahme einer Verletzung des GIBG vor, können ArbeitnehmerInnen die GAW oder die GBK anrufen, die beide für diesen Fall umfassende Untersuchungskompetenzen haben. Die GAW kann ArbeitgeberInnen zu schriftlichen Stellungnahmen auffordern und weitere Auskünfte in den Betrieben einholen. ArbeitgeberInnen, BetriebsrätInnen und Beschäftigte sind verpflichtet, der GAW die für die Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Im Auftrag der Gleichbehandlungskommission kann die GAW auch die betrieblichen Räume betreten und in die Unterlagen der Betriebe Einsicht nehmen. Auf Verlangen sind ihr Abschriften oder Ablichtungen dieser Unterlagen oder Auszüge davon zur Verfügung zu stellen.

Wenn ArbeitnehmerInnen, BetriebsrätInnen oder die GAW einen Verstoß gegen das GIBG vermuten, können sie bei der GBK einen Antrag auf Überprüfung der Verletzung des Gleichbehandlungsgesetzes stellen und damit ein Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission einleiten. Die GBK kann dann eine Einzelfallprüfung vornehmen. Eine solche ist auch von Amtes wegen möglich. Eine Einzelfallprüfung wird jedoch häufig aufgrund anderer Diskriminierungsgründe vorgenommen. Dabei kann es sein, dass die GBK zusätzlich Anzeichen für eine Lohndiskriminierung erkennt. Da die GBK nur über bestimmte Fälle tagt, kommt es nicht vor, dass beispielsweise bestimmte Branchen oder Unternehmen ausgewählt werden, in welchen von Amtes wegen Kontrollen gemacht werden.

ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen in Betrieben, in denen eine Ungleichheit vermutet wird, sind gegenüber der GBK allgemein zur Auskunft verpflichtet. Ausserdem kann die GBK schriftliche Berichte verlangen. Weiter hat die GBK (wie auch die GAW) die Möglichkeit, im Falle einer vermuteten Entgeltdiskriminierung im Einzelfall beim zuständigen Sozialversicherungsträger Einkommensdaten der Vergleichspersonen einzuholen. Die Sozialversicherungsträger sind dabei verpflichtet, Auskunft zu erteilen. Die InterviewpartnerInnen messen diesem Instrument zwar eine gewisse Unterstützung in Rechtsfragen bei. Jedoch wird die Auskunftspflicht der Sozialversicherungsträger insgesamt als nicht besonders bedeutsam erachtet und eine Präventivwirkung für die ArbeitgeberInnen nicht erwartet.

Reichweite

Das GIBG gilt für alle privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse (mit Ausnahme von land- und forstwirtschaftlichen ArbeiterInnen). Von der Pflicht, Einkommensberichte zu er-

stellen, werden ab 2014 alle ArbeitgeberInnen mit mehr als 150 Mitarbeitenden betroffen sein (rund 2'800 Betriebe und 41% der österreichischen ArbeitnehmerInnen).

Durchsetzungskompetenzen

Wenn die GBK in einem Kommissionsverfahren zum Schluss kommt, dass eine Verletzung des GIBG vorliegt, wird der/die ArbeitgeberIn schriftlich unter Angabe von Vorschlägen dazu aufgefordert, die Diskriminierung in einer Frist von zwei Monaten zu beenden und dabei Lohnnachzahlungen seit dem Zeitpunkt der Beschwerde zu leisten.

Kommt das Unternehmen der Aufforderung der GBK nicht nach, können die Interessenvertretungen der ArbeitnehmerInnen (nicht aber die ArbeitnehmerInnen selbst) eine Klage beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung oder Nichtverletzung des Gleichbehandlungsgesetzes einreichen. Die GAW ist in diesen Fällen nicht klageberechtigt. Sie kann jedoch bei einem von der GAW bei der GBK eingeleiteten Verfahren eine Feststellungsklage führen (nur bei Zustimmung der betroffenen Person). Die ist nur dann relevant, wenn die GAW eine von der Kommission abweichende Meinung hat. Der Arbeitgeber respektive die Arbeitgeberin wird in einem solchen Fall nochmals vor Gericht auf Feststellung, dass doch eine Diskriminierung besteht, geklagt. In der Praxis kommt dies etwa einmal pro Jahr vor.

Bei Feststellung einer Verletzung der Lohngleichheit haben Arbeitnehmerinnen Anspruch auf Bezahlung der Differenz und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung seit dem Zeitpunkt der Beschwerde (Ersatz des immateriellen Schadens). Die Ansprüche aus dem Gleichbehandlungsgesetz müssen immer gerichtlich geltend gemacht werden, weder GBK noch GAW können Zahlungen von Lohn Differenzen zusprechen oder Sanktionen verhängen. Gegen rechtskräftige Urteile der Arbeits- oder Zivilgerichte kann auf dem üblichen Rechtsweg Beschwerde eingelegt werden.

Hinsichtlich der Pflicht zur Angabe des Mindestlohnes und des möglichen Hinweises auf die Bereitschaft zur Überzahlung in Stelleninseraten hat die GAW hingegen die Möglichkeit, gegen Betriebe Anzeige bei der Bezirksverwaltungsbehörde zu erstatten. Ein erster Verstoss kann dabei eine Ermahnung, weitere Verstösse eine Geldstrafe bis 360 Euro nach sich ziehen.

Andere oder weitere Befugnisse

Sowohl Einzelfallprüfungsergebnisse der GBK sowie Fälle, in welchen ArbeitgeberInnen der Aufforderung zur Erstattung schriftlicher Berichte (bei Vermutung einer Diskriminierung) nicht nachkommen, sind auf der Webseite des Bundeskanzleramtes zu publizieren (Erstere anonymisiert, Letztere mit Nennung des Unternehmens). Alle zwei Jahre muss dem Nationalrat ein Bericht über den Vollzug des GIBG vorgelegt werden.

Rolle der Geschädigten

Wichtigste Anlaufstelle für Geschädigte einer Lohndiskriminierung sind neben den MitarbeiterInnenvertretungen in den Betrieben und den Gewerkschaften die Arbeiterkammern und die GAW. In der Regel prüft die GAW im Einzelfall die Vermutung einer Diskriminierung und verhandelt dann mit den Betrieben. Gelingt dabei keine Einigung, kommt es zu einem Kommissionsverfahren, wobei das Ergebnis der GBK eine Art

Sachverständigenergebnis ist und keine eigene Rechtswirkung hat. Auf Grundlage dieses Ergebnisses kann sich die betroffene Person entscheiden, ob sie Klage führen möchte.

Rechtsmittel gegen behördliche Anordnungen

Da GBK und GAW keine Zahlungen von Lohndifferenzen vorschreiben können, ist der Aspekt der Rechtsmittel der ArbeitgeberInnen gegen behördliche Anordnungen im Fall von Österreich nicht von Bedeutung.⁸⁹

4.2.2 OUTPUT

Anzahl Untersuchungen

Die GAW hat im Jahr 2011 1'826 Beratungen zu Tatbeständen hinsichtlich Teil I des GLBG durchgeführt. Davon fielen 163 auf die Festsetzung des Entgelts. 2012 wurden beim Senat I der GBK 78 Kommissionsverfahren aufgrund von Beschwerden durchgeführt, elf davon betreffend Entgelt. Die Interviewpartnerinnen der GAW schätzen, dass bisher in vielleicht zehn Fällen bereits Einkommensberichte in den Kommissionsverfahren berücksichtigt worden sind. Mit der zunehmenden Zahl von Unternehmen, die Einkommensberichte vorzulegen haben, wird diese Zahl aber wohl steigen. Die Untersuchungen betreffen aber in der allergrössten Zahl Einzelpersonen. Dass generelle Untersuchungen zur Lohnstruktur in Unternehmen durchgeführt werden, kam laut Vertreter der Gewerkschaft in den letzten Jahren nur in etwa zwei bis drei Fällen vor.

Bei Untersuchungen fordern GAW und GBK in der Regel Informationen bei den Betrieben per E-Mail oder Post oder telefonisch ein. Teilweise erfolgen aber auch Besuche in den jeweiligen Unternehmen.

Anzahl aufgedeckter Verstösse und Rechtsfolgen

Aufgrund der gestaffelten Einführung waren bisher (inklusive Berichtsjahr 2012) nur Unternehmen mit mehr als 250 ArbeitnehmerInnen dazu verpflichtet, Einkommensberichte zu erstellen. Nach Aussage von Bundesministerin Heinisch-Hosek kommen auch Anfang 2013 noch nicht alle Unternehmen ihren Verpflichtungen hinsichtlich der Einkommensberichte nach.⁹⁰ Auch sei die Qualität der Einkommensberichte sehr unterschiedlich und nicht immer ausreichend. Im Rahmen einer Umfrage aus dem Jahr 2012, welche ÖGB und Arbeiterkammer bei rund 700 BetriebsrätInnen in Betrieben mit mehr als 500 Mitarbeitenden durchgeführt haben, gaben nur 50 Prozent an, dass ein Einkommensbericht erstellt worden ist. 11 Prozent verneinten die Frage nach der Erstellung des Berichtes und 39 Prozent wussten es nicht.⁹¹ Die Interviewpartnerinnen der GAW schätzen, dass die Einkommensberichte durchaus erstellt werden, Schwächen aber vermutlich darin liegen können, dass es nach aussen hin keinerlei Transparenz gibt und daher auch Rechtfertigungen für Einkommensunterschiede gefunden werden können, die einer näheren, gleichbehandlungsrechtlichen Prüfung vielleicht nicht standhalten würden. Auch der Interviewpartner der Gewerkschaften sieht in den ersten

⁸⁹ Vgl. dazu auch die Zurückweisung einer Beschwerde gegen ein Prüfergebnis der GBK durch den Verfassungsgerichtshof (VfGH B 966/09 vom 8. Dezember 2010).

⁹⁰ Heinisch-Hosek, G. (2013): Einkommensberichte besser nutzen, um Lohnschere zu schliessen. Pressemitteilung vom 21.03.2013.

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

Erfahrungen die Schwierigkeit, dass ArbeitgeberInnen Lohndifferenzen erklären, aber nicht verhindern möchten.

Innerbetrieblich wurde laut Vertreter der Gewerkschaften bereits in einigen Unternehmen, in welchen anhand der Einkommensberichte Lohndifferenzen festgestellt worden sind, über Massnahmen verhandelt.

Aus dem Bericht der GAW für das Berichtsjahr 2010/2011 geht hervor, dass es nur in wenigen Fällen zu Verfahren vor der GBK gekommen ist. Ein Grund dafür ist, dass sich die meisten Betroffenen in einem bestehenden Dienstverhältnis befinden. Gerichtsverfahren seien aufgrund des hohen Kostenrisikos bei Verfahren und Beweisschwierigkeiten noch seltener.

Dauer Kontrollprozess

Die durchschnittliche Dauer von Kommissionsverfahren bei der GBK – gemessen an den mit Prüfungsergebnissen abgeschlossenen Antragsfällen – betrug im Berichtszeitraum 2010–2011 17 Monate.⁹² Damit ist die Dauer verhältnismässig lange, was laut Vertreterinnen des GAW nicht zuletzt an den begrenzten Ressourcen und der im Senat I vergleichsweise grossen Zahl an Fällen liegt.

4.2.3 WIRKUNGEN IN DEN UNTERNEHMEN

Konkrete Anpassungen in den Unternehmen

Während Einzelfallprüfungen durchaus zu Lohnanpassungen führen, kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht geschätzt werden, ob die Einkommensberichte ebenfalls zu solchen Anpassungen führen (und diese dann über die Anhebung individueller Löhne hinausgehen). Aufgrund der Tatsache, dass die Einkommensberichte in der Regel ein innerbetriebliches Instrument bleiben, wird es auch in Zukunft schwierig sein, Aussagen über Lohnanpassungen zu machen. Der Interviewpartner der Gewerkschaften kennt einzelne Fälle, in welchen ArbeitgeberInnen als Konsequenz der Einkommensberichte besser auf die Aspekte der Lohngleichheit achten möchten. Eine Wirksamkeit der proaktiven Massnahmen hinsichtlich Lohnanpassungen kann er zum jetzigen Zeitpunkt jedoch noch nicht erkennen.

Die Interviewpartnerinnen der GAW gehen von einer sehr hohen Bandbreite hinsichtlich der Wirkungsentfaltung aus. Teilweise ergreifen ArbeitgeberInnen sehr rasch nach Verhandlungen Massnahmen zur Beseitigung von individueller Lohnungleichheit, teilweise sind sie jedoch auch nach einer Gerichtsentscheid kaum bereit, Massnahmen zu ergreifen. Die Gesprächspartnerinnen der GAW bringen ihre Hoffnung zum Ausdruck, dass sich mit den Einkommensberichten Wirkungen in Zukunft stärker in Bezug auf die allgemeinen Lohnstrukturen in einem Unternehmen einstellen werden und damit nicht nur Veränderungen für einzelne, von einer Diskriminierung betroffene Personen eintreten.

Weitere Wirkungen

Unbeabsichtigte Wirkungen hinsichtlich der Erstellung der Einkommensberichte werden nicht gesehen, durch die bewährte Zusammenarbeit zwischen BetriebsrätInnen und

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

ArbeitgeberInnen funktioniert auch die Erstellung relativ gut. Ein Mangel ist darin zu sehen, dass in den Berichten nicht alle Einkommensbestandteile (Grundlöhne, Zulagen, Überstunden, Spesen, Boni und Belohnungen usw.) einzeln ausgewiesen werden müssen. Damit ist zwar ein Lohnunterschied zu erkennen, jedoch kann nur schwer festgestellt werden, wo angesetzt werden muss, um Lohndifferenzen zu beseitigen.

Der Aufwand für die Unternehmen und BetriebsrätInnen zur Erstellung der Einkommensberichte wird als überschaubar betrachtet. Da bisher nur grosse Unternehmen Berichte zu erstellen hatten, betraf dies auch nur Firmen, die über professionelle Personalabteilungen verfügen und bei welchen die erforderlichen Daten vorliegen. Zudem haben die Schulungen von Personalverantwortlichen durch das Bundeskanzleramt sicherlich dazu beigetragen, dass sich unbeabsichtigte Wirkungen in den Unternehmen in Grenzen halten. Die InterviewpartnerInnen äussern die Meinung, dass die proaktiven Massnahmen klar zu einem besseren Bewusstsein hinsichtlich des Themas Lohnungleichheit beitragen. Auch hierzu hätten die grossen Bemühungen im Bereich Information und Schulung (von Gewerkschaften und Behörden) einen Beitrag geleistet.

Aufgrund der geringen Durchsetzungskompetenz von GAW und GBK ist die Präventivwirkung in Österreich als gering zu betrachten. Auch die Annahme, dass die Einzelverfahren zu einer Anpassung gesamter Lohnsysteme führen werden, wäre wohl nicht zutreffend.

4.2.4 REDUKTION DER LOHNDISKRIMINIERUNG

Mit der GAW und der GBK bestehen in Österreich wirksame Institutionen, die in individuellen Fällen von Lohndiskriminierung beraten und vermitteln.⁹³ Ausserdem ist die starke Einbindung der Gewerkschaften und BetriebsrätInnen geeignet, um ohne grossen Aufwand innerbetriebliche Lösungen im Bereich Lohnungleichheit durchzusetzen.

Damit führen die Anstrengungen zwar dazu, in Einzelfällen Lohndiskriminierung zu beseitigen. Dies auf eine generelle Ebene zu übertragen und Aussagen zur Veränderung des Lohnunterschiedes zwischen Männern und Frauen zu machen, ist jedoch sehr schwierig. Da die Erfahrungen mit den proaktiven Massnahmen erst über einen kurzen Zeitraum gemacht wurden, ist auch davon auszugehen, dass die grössere Transparenz bisher keine Wirkungen auf den Lohnunterschied hat. Mittelfristig wird aber erwartet, dass die proaktiven Massnahmen „durch Sensibilisierung einerseits, aber auch durch eine bessere Rechtsdurchsetzung“ dazu führen können, Lohnunterschiede zu verringern.⁹⁴

Abschliessend zeigen wir in einer Übersicht auf, wie viele Unternehmen in Österreich von der Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse (schätzungsweise) erfasst werden.

⁹³ Im Falle der GAW ist es dabei von grossem Vorteil, dass es mit den Regionalanwältinnen auch Kontaktstellen in den Bundesländern gibt.

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

Darstellung 4.2: Übersicht über die Umsetzung der innerbetrieblichen Lohnanalyse und der behördlichen Stichprobenkontrollen: Österreich

Alle privaten ArbeitgeberInnen	100% (Total) Anzahl ArbeitgeberInnen: 308'735 (ca. 2,4 Mio. Beschäftigte)
ArbeitgeberInnen mit Pflicht zur Erstellung von Einkommensberichten (ab 2014 Betriebe ab 150 Mitarbeitenden)	0,91% der ArbeitgeberInnen; ca. 41% der Beschäftigten Anzahl Arbeitgeber mit 150 und mehr angestellten Personen: 2'800 (ca. 984'000 Beschäftigte)
ArbeitgeberInnen, bei denen Einkommensberichte erstellt werden	0,81% der ArbeitgeberInnen; 36% der Beschäftigten Bei Vollzugsdefizit von mindestens 11% (Befragung BetriebsrätInnen) wird es schätzungsweise in etwa 2'490 Betrieben Einkommensberichte geben (ca. 875'760 Beschäftigte)
ArbeitgeberInnen, die jährlich auf Initiative von GAW/GBK kontrolliert werden	Keine Kontrollen werden durch BetriebsrätInnen durchgeführt, Untersuchungen der GAW/GBK nur aufgrund von Beschwerden
Einhaltung der Vorgaben des Gleichbehandlungsgesetzes	Gesetzliche Regelungen sind noch nicht lange genug in Kraft, um hierzu Aussagen zu machen.

Quelle: eigene Berechnungen auf Grundlage von Statistik Austria (2013): Leistungs- und Strukturstatistik ab 2008 – Unternehmensdaten, <<http://statcube.at/superwebguest/login.do?guest=guest&db=deste08w1>>, Zugriff 30.4.13.

4.3 SCHWEDEN

1980 ist in Schweden der Equal Opportunities Act in Kraft getreten, der Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts verbietet. Seit 1994 existieren proaktive Vorschriften, die von ArbeitgeberInnen das Vorlegen von Lohngleichheitsberichten fordern. Damit kann Schweden in Europa auf die längsten Erfahrungen mit Pflichten zur innerbetrieblichen Lohnanalyse zurückblicken.⁹⁵ 2009 wurde die bestehende Gesetzgebung durch ein neues Diskriminierungsgesetz abgelöst. Während die vorliegende Fallstudie das schwedische System auf Grundlage des aktuellen Diskriminierungsgesetzes beschreibt, beziehen sich die Informationen zu den Outputs und Wirkungen selbstverständlich auch auf die Erfahrungen mit den vorherigen gesetzlichen Grundlagen.⁹⁶

Für den Fall von Schweden ist auf die grosse Bedeutung von Kollektivverträgen hinzuweisen, welche seit den 1970er Jahren auch Gender Equality Agreements beinhalten.⁹⁷ Die Aufnahme von Regelungen zur Lohngleichheit in die Kollektivverträge haben bis

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

⁹⁶ Die Vorgaben zu proaktiven Massnahmen aus dem Equal Opportunities Act wurden grundsätzlich in das Diskriminierungsgesetz übernommen (vgl. Ministry of Integration and Gender Equality [2009]: New anti-discrimination legislation and a new agency, the Equality Ombudsman. Fact Sheet).

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

Anfang der 1980er Jahre zu einer Verringerung des Lohnunterschieds geführt.⁹⁸ Zwischen Ende der 1980er Jahre und etwa 2005 lag der (unbereinigte) Lohnunterschied relativ stabil bei etwa 16 bis 18 Prozent.⁹⁹

4.3.1 KONZEPT UND VOLLZUG

Das Diskriminierungsgesetz beinhaltet ein allgemeines Verbot der Diskriminierung von Arbeitnehmenden. Kapitel 3 hält fest: „Employers and employees are in particular to endeavour to equalise and prevent differences in pay and other terms of employment between women and men who perform work which is to be regarded as equal or of equal value.“ Das Diskriminierungsgesetz gilt für ArbeitgeberInnen im privaten wie im öffentlichen Sektor.

Gleichwertige Arbeit liegt nach dem Gesetz dann vor, wenn bei einer Gesamtbetrachtung der Anforderungen und des Wesens der Arbeit vom gleichen Wert ausgegangen werden kann. Dabei werden – ähnlich wie bei Pay Equity in Ontario – Aspekte wie Kenntnisse und Fähigkeiten, Verantwortung und Arbeitsbedingungen berücksichtigt.

Vollzugskompetenz

Für die Überwachung der Lohngleichheit ist eine zentrale staatliche Ombudsstelle (Diskriminierungsombudsmannen) verantwortlich. Die Ombudsstelle entstand in ihrer heutigen Form im Jahr 2009 als Zusammenschluss der früheren Ombudsstellen für unterschiedliche Bereiche der Diskriminierung. Im Bereich Lohngleichheit lagen davor die Kompetenzen beim bis 2009 existierenden Gleichstellungsombudsman.

Organisation der Behörden

Als Leiterin oder Leiter der Ombudsstelle wird der Diskriminierungsombudsmannen von der Regierung ernannt. Die zentrale Aufgabe der Ombudsstelle ist es, die Umsetzung des Diskriminierungsgesetzes zu überwachen und zu unterstützen. Dabei fällt die Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, Ethnie, Religion, Behinderung, sexueller Orientierung und Alter in den Aufgabenbereich der Stelle. Die Abteilung Compliance Monitoring legt ihren Fokus auf die Überprüfung der Umsetzung von proaktiven Massnahmen durch die Unternehmen. Neben der Ombudsstelle gibt es den Ausschuss gegen Diskriminierung (Nämnden mot diskriminiering). Dieser ist eine selbstständige Verwaltungsbehörde, umfasst 13 Personen und setzt sich aus VertreterInnen der Gewerkschaften, der Arbeitgeberorganisationen sowie von Verbänden (z.B. Behindertenorganisationen) zusammen. Der Ausschuss hat unter anderem die Aufgabe, finanzielle Sanktionen der Ombudsstelle zu prüfen und gegebenenfalls zu verfügen.

Ressourcen

Der Ombudsstelle stehen jährlich etwa 13 Millionen Franken zur Verfügung und sie beschäftigt insgesamt rund 90 Mitarbeitende (13 davon in der Abteilung Compliance Monitoring). Bei einer Einwohnerzahl Schwedens von 9,5 Millionen bedeutet dies, dass pro EinwohnerIn etwas weniger als 1.40 Franken jährlich für die Ombudsstelle aufgewendet werden. Welcher Anteil dafür für die Umsetzung der gesetzlichen Grundlagen im Bereich Lohngleichheit verwendet wird, ist nicht ersichtlich.

⁹⁸ Diskriminierungsombudsmannen (2009): Pay surveys – provisions and outcomes.

⁹⁹ Diskriminierungsombudsmannen (2009): Pay surveys – provisions and outcomes.

Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse

Gemäss dem Diskriminierungsgesetz müssen alle ArbeitgeberInnen, unabhängig von der Zahl der Beschäftigten, alle drei Jahre die Lohngleichheit zwischen Männern und Frauen erfassen und analysieren (Pay Surveys and Analysis – im Folgenden Lohnanalyse genannt). Dabei müssen Entgeltregelungen und Praxis der Entlohnung und der Beschäftigungsbedingungen transparent gemacht werden. Die Betriebe müssen prüfen, ob Frauen und Männer innerhalb ihres Unternehmens gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit erhalten.

Es müssen zum einen Lohnunterschiede zwischen Männern und Frauen, die die selben Aufgaben in einem Unternehmen ausführen (equal work), überprüft werden. Zum anderen ist ein Vergleich zwischen der Entlohnung von Tätigkeiten, die hauptsächlich von Frauen ausgeübt werden, mit der Entlohnung von Tätigkeiten, die nicht hauptsächlich von Frauen ausgeübt werden, jedoch einen gleichen Wert haben, herzustellen (work of equal value). Der Wert errechnet sich dabei aus Kenntnissen und Fähigkeiten, Verantwortung und Arbeitsbedingungen.

Betriebe mit mehr als 25 Mitarbeitenden müssen zudem alle drei Jahre einen Lohngleichheitsplan erstellen, welcher die Resultate der Lohnanalysen und Informationen zu möglichen Anpassungsmassnahmen enthält.¹⁰⁰ Dabei muss auch angegeben werden, welche Massnahmen für die nächsten Jahre vorgesehen sind, um Lohngleichheit zu erreichen. Ungerechtfertigte Lohndifferenzen müssen so schnell wie möglich und mindestens innerhalb von drei Jahren behoben werden. Die Lohngleichheitspläne sind in Zusammenarbeit mit den Mitarbeitenden beziehungsweise deren Vertretungen zu erstellen. Dabei müssen die Unternehmen alle Informationen zur Verfügung stellen, die zur Erstellung der Analysen und Pläne benötigt werden. Das Schwedische Modell schreibt den MitarbeiterInnenvertretungen eine wichtige Rolle bei der innerbetrieblichen Lohnanalyse zu – die Verantwortlichkeit zur Erstellung der Analysen und Pläne liegt aber letztlich bei den Unternehmen. In der Regel bleiben die Lohngleichheitspläne auch bei den Unternehmen und werden den Mitarbeitenden gezeigt, teilweise aber auch an Gewerkschaften weitergegeben.

Es gibt kein einheitliches Instrument zur Erstellung der Lohnanalysen und Lohngleichheitspläne und Lohnanalysen müssen zudem nicht schriftlich festgehalten werden. Teilweise nutzen die Unternehmen Vorlagen der Gewerkschaften oder der Ombudsstelle,¹⁰¹ teilweise werden private Beratungsunternehmen engagiert. Zur Überprüfung der Gleichwertigkeit von Arbeitsplätzen unterstützt die Ombudsstelle ein Instrument, wel-

¹⁰⁰ Bis 2009 mussten Unternehmen diese Pflichten bereits ab 10 Mitarbeitenden erfüllen. Die Vorschriften sind nun insofern gelockert worden, als Unternehmen erst ab 25 Mitarbeitenden Lohngleichheitspläne erstellen müssen und die Erstellung nicht mehr jährlich erfolgen muss. Diese Einschränkung wurde mit einer Verringerung des Verwaltungsaufwands und der -kosten für private Unternehmen begründet (vgl. Tondorf, K.; Jochmann-Döll, A. [2010]: Blick über die Grenzen: Regelungen zur Entgeltgleichheit in Schweden. Newsletter zur Entgeltgleichheit, Nr. 4). Von dieser Veränderung sind über 22'000 Unternehmen betroffen, die mehr als 300'000 Personen beschäftigen (vgl. Statistics Sweden. Enterprises and employees (FDB) by industrial classification, Unternehmen zwischen 10 und 19 Angestellten).

¹⁰¹ Eine englische Vorlage zur Erstellung der Lohnanalysen für kleine Unternehmen findet sich im Anhang des folgenden Dokuments: Jämställdhetsombudsmannen (2005): Survey, Analysis and Action Plan for Equal Pay. An in-depth analysis on effects of the regulations of 2001.

ches hilft, Arbeitsplätze anhand von Kenntnissen und Fähigkeiten, Verantwortung und Arbeitsbedingungen zu bewerten (HAC-System).¹⁰²

Diese Berichte und darin festgestellte Lohndiskriminierungen führen nicht zu Entschädigungsansprüchen der einzelnen Angestellten für zu geringe Löhne in der Vergangenheit. Wird hingegen aufgrund einer individuellen Beschwerde vor Gericht eine Lohndiskriminierung festgestellt, haben ArbeitgeberInnen die Lohndifferenz ab dem Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung zu bezahlen. Die Lohnanalysen und -gleichheitspläne können in individuellen Prozessen als Beweismittel verwendet werden.

Reichweite

Alle privaten und öffentlichen Unternehmen Schwedens sind vom Geltungsbereich des Diskriminierungsgesetzes betroffen. Lohngleichheitspläne sind nur von Unternehmen mit 25 und mehr Mitarbeitenden zu erstellen (etwa 7% aller ArbeitgeberInnen in Schweden bzw. 67% aller Angestellten).

Untersuchungskompetenzen

Die Mitarbeitenden der Ombudsstelle haben weit reichende Untersuchungskompetenzen. So sind ArbeitgeberInnen verpflichtet, Angaben über die Verhältnisse am Arbeitsort zu geben, welche für die Aufsichtsbefugnisse der Ombudsstelle von Bedeutung sein können. Die Ombudsstelle kann Lohnanalysen und Lohngleichheitspläne prüfen und Untersuchungen in den Betrieben durchführen. Für Letztere muss Untersuchenden Zutritt zu Arbeitsplätzen und anderen Arbeitsorten gewährt werden. Dies spielt jedoch für die Untersuchungen zur Lohngleichheit praktisch keine Rolle.

Durchsetzungskompetenzen

Die zentrale Aufgabe der Ombudsstelle liegt darin, die ArbeitgeberInnen anzuhalten, die Vorgaben des Diskriminierungsgesetzes freiwillig einzuhalten (und damit Verfügungen durch die Ombudsstelle oder Individualklagen zu vermeiden). Wenn Verdacht auf eine Verletzung der Lohngleichheit besteht, nimmt dabei der Ombudsmann in einem ersten Schritt Kontakt mit den ArbeitgeberInnen auf. Dabei haben Unternehmen die Pflicht zur Teilnahme an Gesprächen und Verhandlungen, was das Finden einvernehmlicher Lösungen erleichtern soll. Wenn ArbeitgeberInnen ihrer Pflicht zur Erstellung von Entgeltanalysen nicht nachkommen oder sie diese bei Verlangen nicht an die Ombudsstelle weitergeben, kann die Ombudsstelle beim Ausschuss gegen Diskriminierung das Verhängen einer bedingten¹⁰³ Busse beantragen. Die Ombudsstelle besitzt also keine eigene Bussenkompetenz. Die Höhe der Bussen ist abhängig von der Grösse des Unternehmens; bei kleineren Unternehmen beträgt sie mindestens 3'500 Franken, bei grossen Unternehmen sind auch bedingte Bussen von über 100'000 Franken möglich. Bussen beziehen sich folglich auf das Nichterfüllen der Deklarations- und Herausgabepflichten, nicht aber auf das Nichteinhalten der Lohngleichheit an sich.

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

¹⁰³ Bedingt bedeutet in diesem Fall, dass die Busse nur dann bezahlt werden muss, wenn Arbeitgebende ihrer Verpflichtung nicht in einem bestimmten Zeitraum ab Verhängung der bedingten Bussen nachkommen.

Wenn Geschädigte einer Lohndiskriminierung eine Beschwerde bei der Ombudsstelle vorbringen, sammelt diese Informationen und versucht, zunächst eine Schlichtung zwischen den Parteien zu erreichen. Falls keine einvernehmliche Lösung gefunden wird, kann die Ombudsstelle mit Zustimmung der betroffenen Person als Partei einen Diskriminierungsprozess vor dem Arbeitsgericht führen.

Andere oder weitere Befugnisse

Eine wichtige Befugnis der Ombudsstelle stellt die Möglichkeit dar, öffentlich zu machen, welche (durch die Ombudsstelle kontrollierten) ArbeitgeberInnen ihrer Pflicht hinsichtlich Lohngleichheit nicht nachkommen. So erweisen sich Prüfungen und Studien der Ombudsstelle als medienwirksam und führen dazu, dass Druck auf die ArbeitgeberInnen ausgeübt wird, Massnahmen durchzuführen. Insofern kommt dem Instrument auch eine Präventivwirkung zu. Eine zentrale Aufgabe, um ArbeitgeberInnen zu überzeugen, stellen Beratungsmassnahmen dar, welche das Wissen und das Verständnis der ArbeitgeberInnen, aber auch der SozialpartnerInnen verbessern sollen. Hierzu werden auch Trainings und eine Vielzahl an Publikationen angeboten, die auf der Webseite verfügbar sind.

Rolle der Geschädigten

Die wichtigste Anlaufstelle für Geschädigte von Lohndiskriminierung sind die Gewerkschaften, welche Geschädigte in einem Gerichtsverfahren vor dem Arbeitsgericht vertreten können. Hierzu ist auf den sehr hohen Organisationsgrad der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Schweden zu verweisen (75% aller Arbeitnehmenden gehören einer Gewerkschaft an).¹⁰⁴ Falls keine Gewerkschaft (oder kein Verband) den Fall in einem Gerichtsverfahren vertreten möchte oder der/die Geschädigte eine Vertretung durch die Gewerkschaft nicht wünscht, kann die Einzelperson nicht als Individualkläger vor Gericht, sondern muss die Beschwerde bei der Ombudsstelle vorbringen. Der Ombudsmann prüft die Beschwerde, berät die Person und kann mit deren Zustimmung Klage vor dem Arbeitsgericht führen. Es liegt nicht am Ombudsmann, zu entscheiden, ob eine Diskriminierung vorliegt oder nicht, auch kommt ihm keine Rolle als Gutachter vor Gericht zu.

Rechtsmittel gegen behördliche Anordnungen

ArbeitgeberInnen, aber auch Gewerkschaften haben die Möglichkeit, beim Ausschuss gegen Diskriminierung gegen Massnahmen der Ombudsstelle Beschwerde zu führen. Weiter kann der Ausschuss selbst aktiv werden, wenn er zum Schluss kommt, dass die Ombudsstelle das Gesetz zu restriktiv interpretiert, und Massnahmen der Ombudsstelle unterbinden.

4.3.2 OUTPUT

Anzahl Untersuchungen

Zwischen 2001 und 2008 wurden in Schweden mehrere Tausend Lohngleichheitsberichte erstellt, die ungefähr ein Viertel aller Beschäftigten des schwedischen Arbeitsmarktes umfassen.¹⁰⁵ Der allergrösste Teil der Berichte wird nicht von der Ombudsstelle geprüft. Insbesondere die Analysen und Berichte von Unternehmen mit weniger als 25

¹⁰⁴ Diskriminierungsombudsmannen (2009): Pay surveys – provisions and outcomes.

¹⁰⁵ Diskriminierungsombudsmannen (2009): Pay surveys – provisions and outcomes: 15.

Mitarbeitenden werden und wurden nur äusserst selten einer Prüfung unterzogen. Insgesamt wird die Anzahl der jährlich von der Ombudsstelle hinsichtlich Lohngleichheit geprüften Unternehmen auf 75 bis 100 geschätzt. Bei ihrer Auswahl konzentriert sich die Ombudsstelle aufgrund der begrenzten Ressourcen derzeit auf grössere ArbeitgeberInnen. Damit sollen positive Auswirkungen für möglichst viele ArbeitnehmerInnen ermöglicht werden.

Das bisher grösste Projekt zur systematischen Untersuchung der Lohngleichheit in Unternehmen wurde von 2006 bis 2008 durch die Ombudsstelle durchgeführt. Dabei wurden Lohnanalysen und Lohngleichheitspläne von 570 der grössten ArbeitgeberInnen Schwedens geprüft, welche gemeinsam 750'000 Personen beschäftigten. Die Untersuchung dieser 570 grössten Unternehmen hat bei 44 Prozent ungerechtfertigte Lohnunterschiede festgestellt, welche beseitigt werden mussten.

Pro Jahr werden nur etwa zwei individuelle Beschwerden wegen Lohndiskriminierung an den Ombudsmann getragen. Häufig werden Lösungen gefunden, bevor es zu einer Beschwerde vor dem Ombudsmann kommt. Dass Fälle vom Ombudsmann an das Arbeitsgericht getragen werden, kommt nur sehr selten vor, der letzte Fall liegt dabei einige Jahre zurück. Ein Grund für die Zurückhaltung von Seiten der Ombudsstelle liegt darin, dass Klagen von Arbeitnehmerseite in der Vergangenheit nicht erfolgreich waren, obwohl die Ombudsstelle die Chancen im Vorfeld als positiv beurteilt hatte.¹⁰⁶

Anzahl aufgedeckter Verstösse und Rechtsfolgen

In der Regel liefern die Unternehmen der Ombudsstelle die angeforderten Unterlagen, wenn sie für eine Prüfung ausgewählt werden. Die Qualität der Unterlagen wird vom Interviewpartner der Ombudsstelle aber als teilweise mangelhaft eingeschätzt.¹⁰⁷ Bei den letzten Kontrollen konnten nur zwei von 35 Unternehmen Analysen und Pläne vorlegen, die den Anforderungen des Gesetzes entsprachen. Wo Verstösse aufgedeckt werden, sind die Unternehmen in der Regel bereit, die Unterlagen nachzuliefern beziehungsweise Massnahmen zur Verbesserung zu veranlassen.

Im Rahmen einer Umfrage wurde im Jahr 2005 ein deutliches Vollzugsdefizit festgestellt. Von den 3'000 Unternehmen, die sich an der Umfrage beteiligten, hatten nur 34 Prozent einen Lohngleichheitsplan. Insbesondere kleinere Unternehmen kamen ihren Verpflichtungen nicht nach, auch im Hinblick auf die Erstellung der Lohnanalysen.¹⁰⁸ Der Interviewpartner hält die Annahme für realistisch, dass heute 70 Prozent der privaten Unternehmen und 30 Prozent der öffentlichen ArbeitgeberInnen ihren Verpflichtungen zur Erstellung der Analysen und Berichte nicht nachkommen.

¹⁰⁶ Hier ist vor allem auf eine Entscheidung des Arbeitsgerichtes aus dem Jahr 2001 zu verweisen, bei welcher das Arbeitsgericht keine Lohndiskriminierung zwischen Hebammen und Technikern gesehen hat, da sie Zweiteren einen höheren Wert auf dem Arbeitsmarkt (private gegenüber öffentlichen Arbeitgebenden) bescheinigt hat (European Industrial Relations Observatory [EIRO]: Comparative study on gender pay equity: The case of Sweden)

¹⁰⁷ 2012 wurden 40'000 Unternehmen vom Ombudsmann angeschrieben und auf ihre Pflichten hinsichtlich Lohngleichheit hingewiesen. Damit waren alle ArbeitgeberInnen mit 10 und mehr ArbeitnehmerInnen betroffen. Der Interviewpartner der Ombudsstelle hofft, dass die Information auch zu einer Qualitätsverbesserung der Analysen beitragen wird.

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

Die Möglichkeit des Ausschusses, auf Antrag der Ombudsstelle Bussen zu verfügen, wurde in Schweden in der Vergangenheit in nur sehr wenigen Fällen genutzt. So sind von 2001 bis 2005 nur 13 Anträge für Bussenverfahren an den Ausschuss gegen Diskriminierung weitergeleitet worden.¹⁰⁹

Dauer Kontrollprozess

Der Kontrollprozess durch die Ombudsstelle dauert teilweise recht lange (9 Monate bis ein Jahr), da die Qualität der Analysen und Berichte der ArbeitgeberInnen in vielen Fällen Nachbesserungen erfordert.

4.3.3 WIRKUNGEN IN DEN UNTERNEHMEN

Um die Effektivität des schwedischen Modells zur Bekämpfung der Lohndiskriminierung darzulegen, unterscheiden wir nachfolgend zwischen konkreten Anpassungen, welche die ArbeitgeberInnen leisten, sowie weiteren kaum messbaren Wirkungen in den Unternehmen.

Konkrete Anpassungen in den Unternehmen

Während das Vollzugsdefizit bei der Erstellung der innerbetrieblichen Analysen hoch ist, kommen die Unternehmen nach einer Prüfung durch die Ombudsstelle in der Regel ihren Verpflichtungen nach und nehmen auch Lohnanpassungen vor oder führen Massnahmen durch.

Für die 570 grossen Unternehmen, welche von 2006 bis 2008 geprüft wurden, beläuft sich die Summe der Gehaltsanpassungen auf rund 72 Millionen Schwedische Kronen (etwa 10,3 Mio. CHF) pro Jahr. Die Anpassungen betrafen mindestens 5'800 ArbeitnehmerInnen, 90 Prozent davon sind Frauen. Dies bedeutet, dass etwa 0,8 Prozent der Beschäftigten in den untersuchten Unternehmen eine Lohnerhöhung erhalten haben und diese bei etwa 140 Franken im Monat lag.

Ein Drittel der 2006 bis 2008 geprüften Unternehmen hat andere Massnahmen (als Lohnanpassungen) ergriffen, um Lohngleichheit herzustellen. Dazu gehören berufliche Entwicklungsprogramme, Trainings für Vorgesetzte hinsichtlich der Lohnfestsetzung, Erhöhung des Anteils von Frauen in gehobenen Positionen sowie das Einfrieren von Lohnerhöhungen für Männer, die ein höheres Entgelt in vergleichbarer Position erhalten.

Die Lohnanpassungen und andere Massnahmen von Arbeitgeberseite wurden teilweise bereits vor und teilweise erst nach der Prüfung durch die Ombudsstelle umgesetzt. Dies lässt darauf schliessen, dass das Gesetz zumindest teilweise auch bei Unternehmen zu Lohnanpassungen führt, die nicht aktiv durch die Ombudsstelle kontrolliert werden.

Die ArbeitgeberInnen haben maximal drei Jahre Zeit, um die Lohndiskriminierung aufzuheben. Der Ombudsmann hält die ArbeitgeberInnen aber dazu an, die Unterschiede so schnell wie möglich zu beseitigen. Dabei unterstützt er die ArbeitgeberInnen auch in der Entwicklung konkreter Massnahmen.

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

Weitere Wirkungen

Neben den konkreten Anpassungen in den Unternehmen weist die Ombudsstelle auf weitere Wirkungen in den Unternehmen hin, welche jedoch nicht direkt messbar sind. Für die Unternehmen habe die Arbeit mit den Lohnanalysen Vorteile hinsichtlich verschiedener Aspekte gebracht. So würden allgemeine Kriterien zur Lohnfestsetzung stringenter angewendet und dem Thema Gleichstellung der Geschlechter im Betrieb würde mehr Aufmerksamkeit gewidmet. Nicht nur die Aufmerksamkeit der ArbeitgeberInnen, auch das Bewusstsein der ArbeitnehmerInnen und der Gewerkschaften für Fragen der Lohngleichheit würden mit diesem Vorgehen geschärft. Als zentral wird dabei die Kombination aus Information und Beratung auf der einen Seite und der Inspektion auf der anderen Seite betrachtet. Die Ombudsstelle kommt daher zum Schluss, dass die Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse ein „valuable instrument for achieving equal pay at individual workplaces“¹¹⁰ darstellt. Die proaktiven Ansätze hätten sich bei individuellen Fällen zudem als wirksamer als Streitschlichtungen oder Gerichtsverfahren erwiesen.

Die InterviewpartnerInnen gehen davon aus, dass eine gewisse Präventivwirkung von den Durchsetzungskompetenzen der Ombudsstelle ausgeht. Es wird konstatiert, dass bei Kontrollen die Möglichkeit, dem Ausschuss gegen Diskriminierung Bericht zu erstatten, dazu führt, dass auch widerwillige ArbeitgeberInnen Entgeltanalysen erstellen. Insgesamt jedoch seien die Durchsetzungskompetenzen der Ombudsstelle (insbesondere aufgrund des bedingten Charakters von Bussen) zu gering, um eine grosse Präventivwirkung zu entfalten.

4.3.4 REDUKTION DER LOHNDISKRIMINIERUNG

Letztlich zielen die dargelegten Anstrengungen in Schweden darauf ab, die Lohndiskriminierung zwischen Männern und Frauen zu reduzieren. Der gesamte Lohnunterschied zwischen Frauen und Männern hat sich laut der Ombudsstelle jedoch seit Ende der 1980er Jahre nur wenig verändert und lag zwischen 16 und 18 Prozent.¹¹¹ Daten der letzten Jahre zeigen eine leichte Verringerung des Lohnunterschieds auf 15,8 Prozent im Jahr 2011 (durchschnittliche Bruttostundenverdienste von Voll- und Teilzeitbeschäftigten).¹¹² Berücksichtigt man Unterschiede hinsichtlich Beschäftigung, Ausbildung, Alter, Arbeitsstunden und Arbeitsplatz, so bleibt ein unerklärbarer Rest, das heisst eine Lohndiskriminierung von 5,9 Prozent für das Jahr 2011.¹¹³ Die Ombudsstelle wählt folgende vorsichtige Formulierung hinsichtlich der Faktoren, worauf dieser Unterschied zurückzuführen ist: „The remaining pay differential (...) cannot be explained with the aid of the information currently available in Sweden’s official statistics on wages and salaries. The possibility that it could be a manifestation of unjustified differences in pay and direct discrimination as defined in the Discrimination Act cannot

¹¹⁰ Diskriminierungsombudsmannen (2009): Pay surveys – provisions and outcomes.

¹¹¹ Diskriminierungsombudsmannen (2009): Pay surveys – provisions and outcomes.

¹¹² Eurostat: Gender Pay Gap in unadjusted form:

<<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=en&pcode=tsdsc340>>, Zugriff 30.4.13.

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

be ruled out.“¹¹⁴ Diese bereinigte Lohndifferenz hat sich jedoch in den letzten Jahren nur marginal verringert.¹¹⁵

Wie gross der Beitrag der Massnahmen der Ombudsstelle auf (die ohnehin geringen) Veränderungen des Lohnunterschieds ist, lässt sich nicht beziffern. Folgende Aspekte können aber als Gründe dafür aufgeführt werden, weshalb die Massnahmen der Ombudsstelle bisher nicht zu einer merklichen Reduktion der Lohndiskriminierung geführt haben:¹¹⁶

- Proaktive Massnahmen werden faktisch nur von Unternehmen mit mehr als 25 Arbeitnehmenden verlangt.
- Lohnvergleichspläne sind nicht standardisiert und müssen der Ombudsstelle nur auf Verlangen vorgelegt werden.
- Es werden nur wenige ArbeitgeberInnen durch die Ombudsstelle kontrolliert (pro Jahr 0,03%).
- Die Durchsetzungskompetenz der Ombudsstelle ist begrenzt, das heisst die Unternehmen haben bei einer Kontrolle keine Strafzahlungen befürchten, wenn sie bisher keine Massnahmen durchgeführt haben (Stichwort bedingte Bussen).

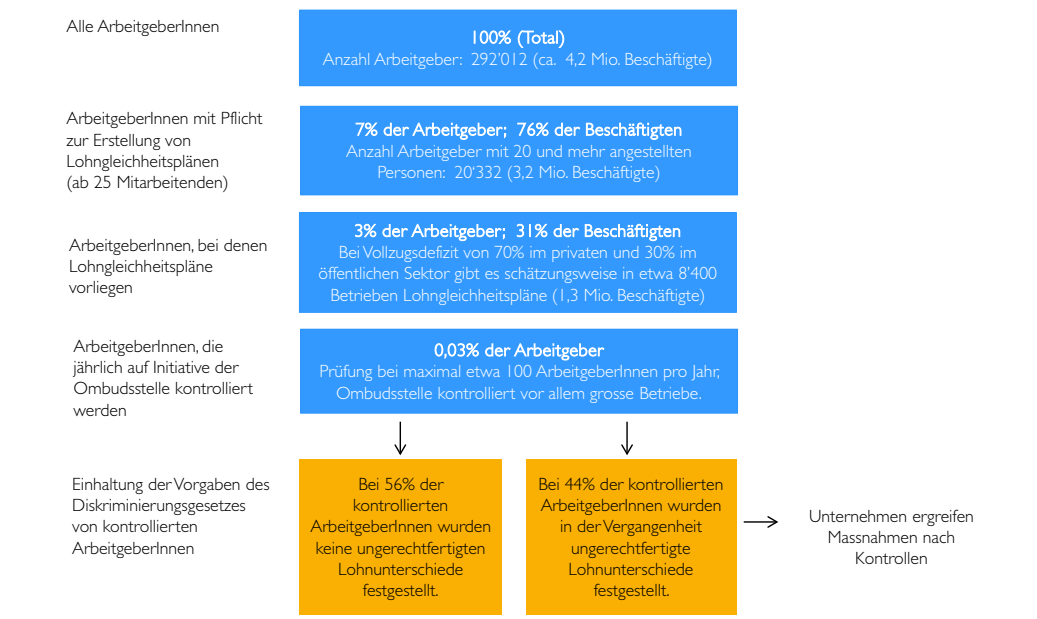
Abschliessend zeigen wir in einer Übersicht auf, wie viele Unternehmen in Schweden von der Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse sowie von der behördlichen Stichprobenkontrolle (schätzungsweise) erfasst werden.

¹¹⁴ Diskriminierungsombudsmannen (2009): Pay surveys – provisions and outcomes.

¹¹⁵ Vgl. hierzu auch Statistics Sweden (2013): Women and Men in Sweden. Facts and Figures 2012 und National Mediation Office Sweden (2009): Summary Annual Repoort for 2009.

¹¹⁶ Vgl. hierzu auch Lappalainen, P. et al. (2010): Active measures in Sweden – in theory and practice.

Darstellung 4.3: Übersicht über die Umsetzung der innerbetrieblichen Lohnanalyse und der behördlichen Stichprobenkontrolle: Schweden



Quelle: eigene Berechnungen auf Grundlage von Statistics Sweden (2013): Enterprises and employees (FDB) by industrial classification and size class. Year 2008 – 2012.

Dieses Kapitel beinhaltet eine Synthese der untersuchten Modelle. Abschnitt 5.1 liefert einen kurzen Überblick über die einzelnen Modelle und in Abschnitt 5.2 werden zusammenfassend die Aussagen zu den Kosten und dem Nutzen der untersuchten Modelle aufgeführt. In Abschnitt 5.3 werden, basierend auf den Fallanalysen, die verschiedenen konzeptionellen und in Abschnitt 5.4 die verschiedenen organisatorischen Elemente diskutiert. Dabei zeigen wir die Vor- und Nachteile auf. Ausgehend von diesen Ausführungen werden im abschliessenden Abschnitt 5.5 Empfehlungen für die Ausgestaltung eines Schweizer Modells zur Kontrolle und zur Durchsetzung der Lohngleichheit aufgeführt.

5.1 DIE UNTERSUCHTEN MODELLE IM ÜBERBLICK

Nachfolgend werden die in den vorangehenden Kapiteln untersuchten Modelle zusammengefasst.

Schweizerische Modelle im Überblick

Im *Modell Preisüberwacher* werden die bundesgesetzlichen Vorgaben durch eine Bundesbehörde vollzogen. Untersuchungen werden von Amtes wegen oder auf Mitteilung hin eröffnet. Die Behörde verfügt über weitreichende Untersuchungskompetenzen; Informationen werden über standardisierte Fragebogen erhoben. Wird keine einvernehmliche Lösung gefunden, kann die Behörde die Preissenkung beziehungsweise die Nichterhöhung verfügen. Der Rechtsweg führt an das Bundesverwaltungsgericht; legitimiert sind betroffene Firmen sowie die Konsumentenorganisationen. Es besteht kein Parallelismus von zivilrechtlichem und verwaltungsrechtlichem Verfahren. Zu Verfügungen kommt es aufgrund befürchteter Reputationsschäden äusserst selten. Das Modell hat generell, auch weil es mit aktiver Öffentlichkeitsarbeit verbunden ist und einvernehmliche Lösungen und Verfügungen publiziert werden, eine starke präventive Wirkung.

Auch im *Modell Spielbankenkommission* wird die Bundesgesetzgebung durch eine Bundesbehörde vollzogen, wobei die Untersuchungshandlungen teilweise durch die Kantone ausgeführt werden. Das Modell zielt auf die Kontrolle von konzessionierten Unternehmen; die Reichweite ist somit klein. Die Behörde verfügt über weitreichende (invasive) Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen. Es handelt sich um ein sehr engmaschiges, gesetzlich vergleichsweise detailliert geregeltes Kontrollsystem mit automatischen jährlichen Inspektionen und einer gesetzlich verankerten Deklarations- und Revisionspflicht durch spezialisierte Revisionsfirmen. Inspektionen können von der Bundesbehörde durchgeführt oder an kantonale Behörden delegiert werden. Die Durchsetzungskompetenzen der Kommissionen reichen von sachspezifischen Verfügungen (z.B. Änderung des Spielangebots) bis hin zum Entzug der Konzession. Durch Spielbanken geschädigte Private müssen ihre Ansprüche auf dem üblichen zivilgerichtlichen Weg einklagen. Das Modell ist aufgrund seiner flächendeckenden Kontrolle der betroffenen Firmen effektiv, aufgrund des engen Geltungsbereichs (21 Firmen) aber nur

beschränkt übertragbar auf andere Bereiche. Zudem verursacht es einen hohen Aufwand.

Im Modell *flankierende Massnahmen* zur Personenfreizügigkeit werden die Vorgaben zu Lohn- und Arbeitsbedingungen durch die kantonalen Ämter und die Sozialpartnerschaften vollzogen. Dabei geht es um die Einhaltung der in der Schweiz geltenden minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen. Für den Vollzug verwendet werden die üblichen Strukturen, die zur Kontrolle der Arbeitsverhältnisse auf kantonaler Ebene vorgesehen sind (vgl. Art. 7 EntsG). Hier kommt es zu einer Zweiteilung: Für die Branchen ohne ave-GAV sind die Tripartiten Kommissionen der Kantone zuständig. Für Branchen mit ave-GAV hingegen sind die Paritätischen Kommissionen zuständig. Die Durchführung der Kontrollen wird teilweise an Arbeitsmarktkontrollvereine mittels Leistungsvereinbarungen ausgelagert (z.B. im Kanton Basel Stadt der Verein Baustellenkontrolle Basel). Im Rahmen der Personenfreizügigkeit unterliegen die betroffenen Unternehmen einer Meldepflicht ihrer entsandten Arbeitnehmenden. Die Kontrollen erfolgen aufgrund dieser Meldungen. Kontrolliert wird anhand von Lohnabrechnungen, Verträgen und Lohnüberweisungsunterlagen sowie Inspektionen. Das SECO legt dabei jedes Jahr für jeden Kanton eine bestimmte Anzahl durchzuführender Kontrollen fest. Teilweise finden wir einen Dualismus von zivilrechtlichem und verwaltungsrechtlichem Verfahren: In Branchen mit ave-GAV können einzelne Angestellte die Einhaltung der Mindestlöhne vor Zivilgerichten erstreiten. Die SozialpartnerInnen haben überdies nach Artikel 11 EntsG ein Klagerecht auf Feststellung der Verletzung des Entsendegesetzes.

Im Modell *Geldwäschereibekämpfung* obliegen der FINMA die zentralen Aufgaben zum Vollzug der Bundesgesetzgebung. Dabei wird ein kleiner Teil der knapp 7'000 Finanzintermediäre direkt von der FINMA beaufsichtigt (z.B. Banken), der grosse Rest durch eine der zwölf von der FINMA anerkannten beziehungsweise genehmigten Selbstregulierungsorganisationen (SRO) (z.B. für Treuhänder, Anlageberater, Notare). Es handelt sich folglich um ein System gesetzlich und behördlich gelenkter Selbstregulierung. Die SRO konkretisieren in Reglementen die Pflichten ihrer Mitglieder, kontrollieren in der Regel jährlich die Einhaltung und sorgen für die Weiterbildung ihrer Mitglieder. Sowohl die mit einer Kontrolle beauftragten Personen wie die Revisionsstellen müssen die erforderlichen Fachkenntnisse aufweisen und von den zu prüfenden Finanzintermediären unabhängig sein. Die Finanzintermediäre unterliegen einer Prüfung durch zugelassene externe Prüfgesellschaften. Die SRO können Sanktionsverfahren eröffnen und Untersuchungsbeauftragte einsetzen. Zu den Sanktionen zählen Verweis, Geldstrafe oder Ausschluss des Finanzintermediärs; bei Streitigkeiten entscheidet in der Regel ein Schiedsgericht. Die SRO werden ihrerseits von der FINMA beaufsichtigt. FINMA und SRO erstatten der Meldestelle Geldwäscherei Mitteilung, wenn begründeter Verdacht auf einen Verstoß gegen die Geldwäschereistrafgesetzgebung vorliegt. Das System der Selbstregulierung zur Kontrolle der Einhaltung der Geldwäschereigesetzgebung ist bei den Finanzintermediären gut akzeptiert, unter anderem deshalb, weil die SRO auf branchenspezifische Besonderheiten eingestellt sind. Diese Lösung hat den Vorteil der Branchennähe; zudem sind die Kosten für die primäre Kontrolle externalisiert.

Die ausländischen Modelle im Überblick

In allen drei untersuchten ausländischen Fallstudien gilt der Grundsatz der Lohngleichheit für private wie für öffentlich-rechtliche ArbeitgeberInnen. In Österreich findet sich die Regulierung in verschiedenen Erlassen auf Bundes- und Länderebene. In Schweden und Ontario unterliegen die privaten Arbeitsverhältnisse und der öffentliche Sektor der gleichen gesetzlichen Grundlage. Im Fall von Österreich kontrollieren die Behörden nach Gleichbehandlungsgesetz nur den privaten Sektor. Die Bundesländer besitzen eigene Kommissionen zur Überwachung der Lohngleichheit in der Verwaltung und der Bund als Arbeitgeber untersteht dem Bundes-Gleichbehandlungsgesetz. Der Pay Equity Act in Ontario hingegen betrifft den privaten wie den öffentlichen Sektor gleichermaßen. Zum öffentlichen Sektor gehören die Provinz- und Gemeindeverwaltungen sowie unter anderem die öffentlichen Spitäler, Schulen und Universitäten. Auch in Schweden gilt das entsprechende Gesetz für private wie für öffentliche ArbeitgeberInnen. Hier müssen auch die öffentlichen ArbeitgeberInnen, namentlich auch die Gemeinden, die gesetzlich verlangten Lohnanalysen erstellen. Die Behörden in Ontario und in Schweden können sowohl private wie öffentliche ArbeitgeberInnen einer Kontrolle unterziehen.

Das *Modell in Ontario* kombiniert ein System von Self Compliance mit starken Durchsetzungsinstrumenten. Es enthält die Pflicht aller öffentlich-rechtlichen und privaten ArbeitgeberInnen zur Erstellung von Lohngleichheitsanalysen (ab 10 Mitarbeitenden) und von einmaligen Lohngleichheitsplänen (ab 100 Mitarbeitende), welche den Mitarbeitenden beziehungsweise den MitarbeiterInnenvertretungen vorzulegen sind. Die Behörden stellen Vorlagen und Tools zur Verfügung. Untersuchungen werden durch so genannte Review Officers des Pay Equity Office (PEO) aufgrund von Beschwerden oder von Amtes wegen eingeleitet und erfolgen anhand von Fragebogen und den Lohngleichheitsplänen; die Behörde kann in alle relevanten Dokumente Einsicht nehmen und die Angestellten und Arbeitgebenden befragen. Sofern keine einvernehmliche Lösung gefunden wird, können die Review Officers die Firmen zur Durchführung von Lohnanalysen, zur Erstellung von Lohngleichheitsplänen, zur künftigen Anpassung von Löhnen und zur retroaktiven Zahlung verpflichten. Anordnungen der Review Officers können an eine spezialisierte übergeordnete Behörde (Pay Equity Hearings Tribunal [PEHT]) weitergezogen werden. Die meisten Fälle werden einvernehmlich gelöst. Eine präventive Wirkung des Modells wird auf die Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse, die „Drohung einer Stichprobenkontrolle“ und die Gefahr hoher Nachzahlungen zurückgeführt. Historisch bedingt, aber nicht sachgerecht ist die Trennung in den Vollzug von Pay Equity und Pay Equality durch verschiedene Behörden.

Im *Modell in Österreich* sind die behördlichen Kompetenzen vergleichsweise schwach ausgestaltet und die Durchsetzung erfolgt im Wesentlichen über die Zivilgerichte. Auf Bundesebene sind die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) und die Gleichbehandlungskommission (GBK, Senat I) für den Bereich von Pay Equity und Pay Equality zuständig, wobei die BetriebsrätInnen beziehungsweise Gewerkschaften massgeblich in die Kontrolle einbezogen sind. Betriebe mit mehr als 150 Angestellten sind verpflichtet, alle zwei Jahre Einkommensberichte auf der Grundlage von Tools zu erstellen, die von Verwaltung und Gewerkschaften zur Verfügung gestellt werden. Da in Österreich 90 Prozent der Beschäftigten Tarifverträgen unterstehen, kann in den meisten Fällen für den Vergleich auf die in den Tarifverträgen definierten „Verwendungsgruppen“ zu-

rückgegriffen werden. Lohnunterschiede müssen analysiert werden. Die Einkommensberichte werden von den BetriebsrätInnen/MitarbeiterInnenvertretungen geprüft; in Betrieben ohne Vertretung werden die Berichte allgemein zugänglich gemacht. Bestehen diskriminierende Lohn Differenzen und kann keine betriebliche Einigung erzielt werden, können die Arbeitnehmenden die GAW anrufen, welche eine Untersuchung einleitet. Die GAW kann alle notwendigen Unterlagen einfordern, Inspektionen vor Ort durchführen und Personen befragen sowie bei den Sozialversicherungen die Einkommensdaten von Vergleichspersonen/-gruppen verlangen. Angestellte, BetriebsrätInnen und GAW können bei der GBK das Kommissionsverfahren einleiten, in welchem Einzelfallprüfungen erfolgen. Grundsätzlich könnte die Kommission von Amtes wegen Untersuchungen führen, dies wird aber in der Regel nur dann gemacht, wenn Fälle ohnehin von der Kommission aufgrund anderer Diskriminierungsgründe verhandelt werden (z.B. wegen sexueller Belästigung). Bei festgestellter Verletzung der Lohnungleichheit fordert die Kommission die Firma auf, innert zwei Monaten den rechtmässigen Zustand herzustellen. Geschieht dies nicht, können die Interessensvertretungen der Geschädigten (nicht aber die GAW und auch nicht die Geschädigten selbst) vor Zivilgericht klagen. Das Modell kombiniert somit die Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse mit einer Vermittlungslösung und der Beurteilung durch ein Sachverständigengremium (Kommission). Die eigentliche Durchsetzung von materiellen Ansprüchen erfolgt aber durch die Gewerkschaften vor Zivilgericht.

In Schweden finden wir ebenfalls einen hohen Grad an Kollektivarbeitsverträgen und einen weitreichenden gewerkschaftlichen Organisationsgrad. Das *Modell in Schweden* kombiniert die Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse, behördliche Kontroll- und Vermittlungsaufgaben sowie den Klageweg vor Zivilgerichten. Die behördliche Kontrolle erfolgt durch eine allgemeine Diskriminierungsombudsstelle und einen Ausschuss, die sich mit Geschlechtergleichstellung als einem unter verschiedenen Diskriminierungsaspekten befassen. Unabhängig von der Anzahl der Angestellten müssen alle ArbeitgeberInnen unter Einbezug der MitarbeiterInnenvertretungen alle drei Jahre die Löhne erfassen und analysieren. Betriebe mit mehr als 25 Angestellten müssen überdies alle drei Jahre einen Lohnungleichheitsplan erstellen, welcher die möglichen Anpassungsmassnahmen enthält. Diskriminierende Lohn Differenzen müssen so rasch als möglich, spätestens aber innerhalb von drei Jahren, behoben werden. Betroffene können mit Beschwerde/Mitteilung an die Ombudsstelle gelangen; überdies kann die Behörde von sich aus Stichprobenkontrollen durchführen. Die Ombudsstelle hat weitreichende Untersuchungsbefugnis; sie kann Einsicht in die relevanten Unterlagen der Firmen nehmen und bei einer Verletzung der Deklarations- und Mitwirkungspflichten beim Ausschuss gegen Diskriminierung eine Busse beantragen. Besteht der Verdacht auf Lohnungleichheitsverletzung, kann die Ombudsstelle die ArbeitgeberInnen zu Verhandlungen über eine gütliche Einigung aufbieten und Massnahmen für Lohnanpassungen vorschlagen. Kommt es zu keiner Einigung, kann die Ombudsstelle mit Einwilligung der betroffenen Person eine Zivilklage anhängig machen. Auch die Gewerkschaften können Geschädigte im Zivilverfahren vertreten. Die Namen fehlbarer ArbeitgeberInnen können von der Ombudsstelle öffentlich gemacht werden.

5.2 KOSTEN UND NUTZEN DER UNTERSUCHTEN MODELLE

Im Rahmen der vorliegenden Studie ist es nicht möglich, exakte Aussagen zu den Kosten und dem Nutzen der einzelnen Modelle zu machen. Die für eine solche Berechnung notwendigen Daten liegen entweder nicht vor (wurden also von den zuständigen Behörden entweder gar nicht oder nicht hinreichend spezifisch erhoben) oder sind nur mit sehr grossem Aufwand zu eruieren:

Die Angaben zu den *Kosten* umfassen häufig weitere Aufgabenbereiche der entsprechenden Behörde und geben daher nicht Auskunft über den Aufwand für die spezifischen Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente. Wie eingangs unter Abschnitt 2.2 erwähnt, liegen in den untersuchten Fallstudien kaum konkrete Angaben zur Wirksamkeit, das heisst zum Nutzen, der untersuchten Instrumente vor (Angaben zur Anzahl und Art der Anpassungen, z.B. Anhebung der Löhne, rückwirkende Zahlungen, welche die Unternehmen infolge der Kontrollmassnahmen ergriffen haben). Die vorliegende Analyse muss sich daher grösstenteils auf Schätzungen seitens der befragten Behördenvertreterinnen und Behördenvertreter stützen.

Insbesondere der *Nutzen* der Verpflichtung der Unternehmen, ihre Löhne hinsichtlich Lohndiskriminierung zu analysieren und darüber intern Bericht zu erstatten, kann zahlenmässig nicht belegt werden. Dies liegt daran, dass die Analysen in der Regel ein innerbetriebliches Instrument bleiben und nur bei Kontrollen an die Behörden ausgehändigt werden müssen. Die zuständigen Behördenvertreter und Behördenvertreterinnen sind sich jedoch einig, dass die proaktiven Massnahmen bei den Arbeitgebenden wie auch bei den Arbeitnehmenden klar zu einem besseren Bewusstsein und mehr Transparenz hinsichtlich des Themas Lohnungleichheit beitragen. Auch würden allgemeine Kriterien zur Lohnfestsetzung zunehmend stringenter angewendet. Als zentraler Erfolgsfaktor wird dabei die Kombination aus Information und Beratung auf der einen Seite und der behördlichen Stichprobenkontrolle auf der anderen Seite betrachtet.

Was die Kontrollen der Behörden betrifft, so zeigt die Fallstudie Schweden auf, dass damit in etwas weniger als der Hälfte der in regelmässigen Abständen kontrollierten Unternehmen eine Lohndiskriminierung festgestellt werden kann. Die Unternehmen verhalten sich in der Regel kooperativ und sind zu Massnahmen infolge der Kontrolle bereit. Wie eine Untersuchung der Kontrollen für die Jahre 2006 bis 2008 zeigt, belief sich die Summe der Gehaltsanpassungen in 570 grossen Unternehmen auf rund 72 Millionen Schwedische Kronen (etwa 10,3 Mio. CHF) pro Jahr. Die Anpassungen betrafen mindestens 5'800 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, 90 Prozent davon Frauen. Hinzu kommen weitere von den Unternehmen getroffene Massnahmen, wie berufliche Entwicklungsprogramme, Trainings für Vorgesetzte hinsichtlich der Lohnfestsetzung, Erhöhung des Anteils von Frauen in gehobenen Positionen sowie das Einfrieren von Lohnerhöhungen für Männer. In Ontario sind es rund 15 Prozent der kontrollierten Unternehmen, welche zu Lohnanpassungen und teilweise auch rückwirkend zu Lohnzahlungen verpflichtet wurden. In Österreich werden nur Kontrollen in Einzelfällen durchgeführt, welche nach Aussage der zuständigen Behörde durchaus zu Lohnanpassungen führen. Ein Blick in die Schweiz zeigt, dass bei den bereits eingeführten Kontrollen der Lohnungleichheit im öffentlichen Beschaffungswesen in 15 Prozent der

Fälle eine *signifikante* Lohndiskriminierung über 5 Prozent und nur etwa in 25 Prozent der Fälle keine Lohndiskriminierung festgestellt wurde. Die Anzahl der bisher abgeschlossenen Kontrollen ist jedoch gering. Zwischen 2006 und September 2013 wurden 28 Kontrollen durchgeführt und 20 abgeschlossen.¹¹⁷

5.3 VARIANTEN DER KONZEPTIONELLEN AUSRICHTUNG

Entlang der einzelnen möglichen Etappen auf dem Weg der staatlichen Kontrolle und Durchsetzung eines gesetzlichen Anspruchs werden in diesem Abschnitt, basierend auf der Analyse der Fallbeispiele im In- und Ausland, verschiedene Elemente beschrieben und beurteilt. Wir unterscheiden folgende Elemente: Vorgelagert zur eigentlichen staatlichen Kontrolle und Durchsetzung definieren wir den Aspekt der innerbetrieblichen Analyse (A), bei welcher die Unternehmen proaktive Massnahmen zu ergreifen haben. Als zweiten Aspekt betrachten wir die behördlichen Kontrollmassnahmen (B). Im Anschluss an die Kontrolle folgt der Aspekt der behördlichen Vermittlungsverhandlung und Empfehlung (C) und schliesslich der Aspekt der Durchsetzung (D).

Die Ausführungen basieren auf einer Synthese der untersuchten in- und ausländischen Modelle. Dabei gilt es bezüglich den ausländischen Fallstudien generell festzuhalten, dass alle drei untersuchten Länder nach wie vor mit dem Problem der Nichteinhaltung der Lohngleichheit zu kämpfen haben. Ein „Idealmodell“ zur Verwirklichung der Lohngleichheit lässt sich so nicht präsentieren. Jedoch liefern alle drei Modelle (bewährte) Aspekte, welche einen Beitrag dazu leisten könnten, Lohndiskriminierung auch in der Schweiz vorzubeugen, zu identifizieren und zu beseitigen. Interessante Aspekte zeigen auch die inländischen Fallstudien auf. Hier zeigt sich aber die Schwierigkeit, dass diese nur ansatzweise mit Modellen zur Durchsetzung der Lohngleichheit vergleichbar respektive auf solche übertragbar sind, da es mit Ausnahme der FlaM im ave-GAV-Bereich nicht um die Durchsetzung von Ansprüchen von geschädigten Privaten geht.

5.3.1 INNERBETRIEBLICHE ANALYSE UND PRÜFBERICHTE

Die untersuchten ausländischen Fallstudien, aber auch Studien¹¹⁸ zu weiteren ausländischen Modellen zeigen auf, dass in zahlreichen Ländern in den letzten Jahren eine gesetzliche Verpflichtung für Unternehmen eingeführt wurde, ihre Löhne in formalisierter Weise auf geschlechtsspezifische Lohndifferenzen hin zu prüfen und darüber Bericht zu erstatten. Teilweise beschränkt sich diese Pflicht auf Betriebe ab einer bestimmten Grösse. Die Schweiz kennt in verschiedenen, insbesondere technischen Bereichen wie beispielsweise der Lebensmittelkontrolle eine Selbstdeklarationspflicht von Unterneh-

¹¹⁷ Vgl. Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (2013): Kennzahlen. Kontrollen der Lohngleichheit im öffentlichen Beschaffungswesen (Bund), Bern. (unveröffentlicht)

¹¹⁸ Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung SIR (2013): Avis sur les mesures étatiques en matière de discrimination salariale hommes-femmes, Lausanne (noch nicht veröffentlicht); Schär Moser, M. und Strub, S. (2011): Massnahmen und Instrumente zur Bekämpfung der geschlechtsspezifischen Lohndiskriminierung. Die Schweiz im Spiegel des europäischen Auslands. SGB Dossier Nr. 79, Bern: Schweizerischer Gewerkschaftsbund; Bundesamt für Justiz (2008): Bericht über verschiedene Modelle von Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen im Bereich der Gleichstellung von Frauen und Männern im Erwerbsleben, Bern.

men. Aber auch im Finanz- und Bankensektor ist dieses Instrument verbreitet. Zu erwähnen ist zudem, dass AnbieterInnen im öffentlichen Beschaffungswesen seitens der Beschaffungskonferenz des Bundes empfohlen wird, eine Selbstdeklaration auszufüllen, welche bestätigt, dass sie die Arbeitsbedingungen, die Arbeitsschutzbestimmungen sowie die Lohngleichheit von Frau und Mann einhalten.¹¹⁹ In diesem Bereich sind teilweise auch die Kantone aktiv und haben je eigene Massnahmen ergriffen.¹²⁰

Es können grob folgende zwei Varianten unterschieden werden, wobei sich diese jeweils nach weiteren Kriterien differenzieren lassen:

A1	Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse durch Unternehmen (Variation nach inhaltlicher Ausprägung und Verwendung von Tools, Reichweite, Periodizität, Erstellung und Kontrolle ohne/mit Einbezug der ArbeitnehmerInnenvertretungen)	- Österreich - Schweden - Ontario
A2	Pflicht zur von Dritten (Revisionsstelle/Prüfungsgesellschaft) geprüften innerbetrieblichen Analyse (und Berichterstattungspflicht gegenüber Kontrollorgan)	- ESBK - FINMA

Variante A1: Innerbetriebliche Analyse durch Unternehmen

Die Variante A1 arbeitet mit der Verpflichtung von Unternehmen zur Erstellung von Analysen und Berichten. In allen drei untersuchten ausländischen Modellen nimmt diese Verpflichtung zur innerbetrieblichen Analyse einen prominenten Stellenwert ein. Konzeptionell kann zwischen Analysen einerseits und Lohngleichheitsplänen andererseits unterschieden werden. Die Analyse dient der Erhebung von diskriminierenden Lohnunterschieden. Zusätzlich zur Lohnanalyse existieren in zwei der untersuchten Ländern Lohngleichheitspläne. Diese legen die lohnpolitischen Massnahmen für die Zukunft fest. In Schweden etwa wird unterschieden zwischen den allgemeinen Lohnanalysen (die alle Unternehmen alle drei Jahre erstellen müssen) sowie den Lohngleichheitsplänen, die nur Unternehmen mit mehr als 25 Personen ebenfalls alle drei Jahre verfassen müssen. In Ontario sind alle Unternehmen mit mehr als zehn Mitarbeitenden verpflichtet, ihre Löhne hinsichtlich Pay Equity einmalig zu analysieren und gegebenenfalls Anpassungen vorzunehmen, für Arbeitgebende mit mehr als 100 Mitarbeitenden gilt zudem die einmalige Pflicht zur Erstellung von schriftlichen Pay Equity Plänen. In Österreich müssen (nach einer gestaffelten Einführung seit 2011) ab 2014 alle ArbeitgeberInnen mit mehr als 150 Mitarbeitenden alle zwei Jahre Einkommensberichte (Lohnanalysen) erstellen. In allen drei untersuchten Ländern betrifft die Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse sowohl öffentliche als auch private Unternehmen.

Wie die Analyse zeigt, kommt den Arbeitnehmenden in Staaten mit hohem Organisationsgrad der Arbeitnehmerschaft und fast flächendeckender Gesamtarbeitsvertragsituation (wie Schweden) sowie mit allgemeinen innerbetrieblichen ArbeitnehmerInnenvertretungen (Österreich) eine bedeutende Rolle hinsichtlich der Kontrolle, teilweise auch bezüglich der Erarbeitung von Lohnanalysen und von Plänen zu. In keinem der drei

¹¹⁹ Vgl. <<http://www.bbl.admin.ch/bkb/02617/02628/index.html?lang=de>>, Zugriff 10.7.13.

¹²⁰ Vgl. z.B. Kanton Bern: <[http://www.bve.be.ch/bve/de/index/direktion/ueber-die-](http://www.bve.be.ch/bve/de/index/direktion/ueber-die-direktion/dossiers/oeffentliches_beschaffungswesen/lohnungleichheit_fuermaennerundfrauen.html)

[direktion/dossiers/oeffentliches_beschaffungswesen/lohnungleichheit_fuermaennerundfrauen.html](http://www.bve.be.ch/bve/de/index/direktion/ueber-die-direktion/dossiers/oeffentliches_beschaffungswesen/lohnungleichheit_fuermaennerundfrauen.html)>, Zugriff 22.7.13.

untersuchten ausländischen Fallbeispiele werden die Ergebnisse automatisch an eine staatliche Behörde übergeben. Erst im Rahmen einer allfälligen Kontrolle werden die Ergebnisse der innerbetrieblichen Analyse an die zuständige Behörde übergeben. Die Ergebnisse müssen jedoch betriebsintern den Arbeitnehmenden respektive deren Vertretungen bekannt gegeben werden. Überlegung hinter diesem Ansatz ist, dass die Betriebe möglichst selber für Abhilfe sorgen sollen. Dabei soll sowohl Arbeitgebenden als auch Arbeitnehmenden ein Instrument gegeben werden, um Lohndiskriminierung zu erkennen. Die Sensibilisierung von Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden hinsichtlich möglicher Lohnunterschiede, die diesbezügliche Schaffung von Transparenz sowie die gemeinsame Suche nach einvernehmlichen Lösungen sind denn auch die zentralen Stärken der innerbetrieblichen Analyse. Zudem rückt mit diesem Instrument der Fokus auf die allgemeinen Lohnstrukturen eines Unternehmens und es wird nicht nur die Situation einzelner Fälle beleuchtet. Diese Wirkungsweise wird seitens der befragten Personen verschiedentlich beobachtet. Es liegen jedoch keine Daten vor, welche eine Quantifizierung dieser Wirkung erlauben würden.

Als generelle Schwäche der untersuchten Fallbeispiele muss genannt werden, dass das Vollzugsdefizit hinsichtlich der Erfüllung der Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse gross ist. Bis zu 70 Prozent der Unternehmen kommen ihrer Pflicht – wohl auch aufgrund des Aufwands – nicht nach. Dies dürfte aber auch darauf zurückzuführen sein, dass die Kontrolle und die Sanktionierung bei Missachtung der Deklarationspflicht in den untersuchten ausländischen Fallbeispielen zu wenig griffig ausgestaltet sind und die Unternehmen kaum mit negativen Konsequenzen rechnen müssen (Berichte können nachgereicht werden, ohne eine Sanktion befürchten zu müssen). Die Durchsetzung lastet in den untersuchten ausländischen Modellen in der Tendenz stark auf den Arbeitnehmenden, welchen die Sachkenntnisse zur Erfüllung dieser Aufgabe oft fehlen dürften.

Variante A2: Pflicht zur von Dritten (Revisionsstelle/Prüfgesellschaft) geprüften innerbetrieblichen Analyse (und Berichterstattungspflicht gegenüber Kontrollorgan)

In der Variante A2 wird die innerbetriebliche Analyse durch einen *obligatorischen, durch Externe erstellten Prüfbericht (Revisionsbericht)* ergänzt. Anders als im Modell A1 besteht in diesem Modell zudem eine generelle Pflicht, die Berichte an das jeweilige Kontrollorgan weiterzuleiten. So müssen etwa die 21 Unternehmen nach der Spielbankengesetzgebung über verschiedene Aspekte ihrer Tätigkeit zuhanden der ESBK Bericht erstatten. Die so genannten Erläuterungsberichte sind von einer spezialisierten, wirtschaftlich und rechtlich unabhängigen Revisionsstelle zu erstellen und müssen von den Spielbanken finanziert werden. Auch im Rahmen der Geldwäschereibekämpfung sind Prüfberichte durch externe Expertinnen/Experten zuhanden der Selbstregulierungsorganisationen zu erstellen. Die Finanzintermediäre unterliegen hinsichtlich der Einhaltung der Geldwäschereigesetzgebung einer Pflicht zur Prüfung durch zugelassene externe Prüfgesellschaften. Diese Modelle sind zweifellos wirksam und externalisieren die Kosten an Private: In der Praxis betreffen sie bestimmte Branchen, mithin eine begrenzte Anzahl von Firmen. Wie die Fallanalyse zeigt, schafft der Einbezug externer Revisions- respektive Prüfungsstellen eine hohe Verbindlichkeit. Vollzugsdefizite sind in diesen Fällen kaum festzustellen.

5.3.2 KONTROLLE

Unabhängig von der proaktiven innerbetrieblichen Analyse existieren in den untersuchten Fallbeispielen Massnahmen, mit welchen der Staat die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben in Betrieben kontrolliert. Zu den klassischen Kontrollkompetenzen zählt die Befugnis, Informationen und Unterlagen einzufordern respektive vor Ort eine Untersuchung vorzunehmen. In allen untersuchten Fällen unterstehen die Unternehmen einer Auskunft- und Mitwirkungspflicht. Generell lässt sich aufgrund der Fallbeispiele festhalten, dass in jenen Fällen, in welchen der Staat Unternehmen kontrolliert, die Kontrollen in der Regel auch wirksam sind. Das heisst, die Unternehmen verhalten sich häufig kooperativ und sind für die Verhandlung einvernehmlicher Lösungen grundsätzlich offen (vgl. Abschnitt 5.3.3).

Bezüglich der Ausrichtung der Kontrolle unterscheiden wir auf Basis der Analyse der Fallstudien drei Varianten. Die staatliche Interventionsstärke ist dabei von Variante zu Variante zunehmend.

B1	Delegation der Kontrolle an Branche (Selbstregulierungsorganisationen, Paritätische Kommissionen) – Behörde mit Aufsichtsfunktion gegenüber den SRO	- FINMA - FlaM (bei Unternehmen mit ave-GAV)
B2	Behördliche Kontrolle in Einzelfällen (auf Mitteilung, auf formalisierte Beschwerde hin oder von Amtes wegen)	- Österreich
B3	Behördliche Kontrolle bei einer Stichprobe (entweder zusätzlich zur Kontrolle auf Mitteilung oder formalisierte Beschwerde hin oder aber Kontrolle ausschliesslich in Stichprobenfällen)	- Schweden - Ontario - Preisüberwacher - FlaM (bei Unternehmen ohne ave-GAV) - ESBK (Vollerhebung)

Variante B1: Delegation der Kontrolle an Branche

In der Variante B1 übt die staatliche Behörde lediglich eine Aufsichtsfunktion aus, im Regelfall ohne selber zu kontrollieren. Das Modell der *Selbstregulierungsorganisationen* im Rahmen der Geldwäschereibekämpfung setzt auf Kontrolle durch die Branchen selber, wobei die SRO wiederum behördlicher Genehmigung und Kontrolle durch den Bund unterliegen. Im Rahmen der FlaM im Kanton Basel-Stadt sind für die Kontrollen bei Branchen mit einem allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag (ave-GAV) Paritätische (Berufs-)Kommissionen zuständig. Diese setzen sich zusammen aus VertreterInnen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite. Im Fall von Basel-Stadt lassen die Paritätischen Kommissionen die Kontrollen durch den Verein Baustellenkontrolle Basel durchführen. Der Vorteil dieser Delegation liegt sicherlich in der Unabhängigkeit des Vereins. Da die Paritätischen Kommissionen sehr heterogen sind und unterschiedlich stark mit Ressourcen ausgestattet sind, kann so ausserdem gewährleistet werden, dass die Kontrollen immer nach dem gleichen Muster und professionell durchgeführt werden. In anderen Kantonen finden die Kontrollen durch die Paritätischen Kommissionen – das heisst durch die Branchen selbst – statt. In diesen Fällen wie auch im Fall der Selbstregulierung im Rahmen der Geldwäschereibekämpfung ist nachteilig zu erwähnen, dass die Unabhängigkeit der Kontrollen eingeschränkt ist.

Variante B2: Behördliche Kontrolle in Einzelfällen

In der Variante B2 erfolgt die *behördliche Kontrolle lediglich im Einzelfall* – auf Mitteilung beziehungsweise formalisierte Beschwerde hin oder von Amtes wegen. In unseren Fallbeispielen entspricht Österreich diesem Modell. Wie in Abschnitt 5.3.1 erwähnt, kommt in Österreich der innerbetrieblichen Prüfung der Lohngleichheit durch die BetriebsrätInnen eine wichtige Rolle zu. Staatliche Stellen hingegen kontrollieren die Betriebe nur im Einzelfall auf Beschwerde der Arbeitnehmenden hin oder in seltenen Fällen von Amtes wegen. Während die Kontrollen im Einzelfall durchaus zu lohnwirksamen Ergebnissen führen, ist der Nachteil dieser Einzelverfahren, dass sie kaum zu einer präventiven Anpassung gesamter Lohnsysteme beitragen. In diesen Einzelfallkontrollen durch Verwaltungsbehörden können zudem Abgrenzungsschwierigkeiten zum zivilrechtlichen Klageweg entstehen.

Variante B3: Behördliche Kontrolle bei einer Stichprobe

Die Variante B3 sieht eine *Stichprobenkontrolle* vor. Diese kann mit der Kontrolle im Einzelfall (auf Beschwerde hin) kombiniert sein. In diesem Modell werden bei einer Auswahl von Unternehmen Kontrollen durchgeführt. Diese beziehen sich nicht nur auf die Löhne einzelner Betroffener (wie in den Einzelfallkontrollen, dazu vorstehend), sondern auf sämtliche Löhne in der jeweiligen Unternehmung. In fünf der sieben untersuchten Fälle kommt dieses Modell zum Einsatz, wobei der Umfang kontrollierter Unternehmen von Fall zu Fall stark variiert. In den ausländischen Modellen werden in Schweden jährlich rund 100 (vorwiegend grosse) Betriebe kontrolliert, während es in Ontario gegen 1'000 sind. In der Schweiz untersucht der Preisüberwacher jährlich zirka 30 Unternehmen. Im Rahmen der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit wurden im Kanton Basel-Stadt letztes Jahr gegen 530 Kontrollen bei Unternehmen ohne ave-GAV durchgeführt und im Fallbeispiel der ESBK finden in den 21 Spielbanken jährlich (in Zusammenarbeit mit den Kantonen) gegen 170 Kontrollen statt. Die Stichprobenkontrollen können sich in einem Untersuchungszyklus zum Beispiel auf bestimmte Branchen oder bestimmte Betriebsgrössen konzentrieren.

Stichprobenkontrollen von Amtes wegen haben den Vorteil, dass sie den Fokus über Einzelfälle hinaus auf die allgemeine Compliance hin ausdehnen. Die Stichprobenkontrollen in Schweden und Ontario führten in den betreffenden Fällen zu einvernehmlich vorgenommenen Lohnanpassungen und können daher als wirksam bezeichnet werden. Die „Kontrollandrohung“ dürfte zudem einen präventiven Effekt entfalten. Dieser wird verstärkt, wenn die Lohnnachzahlungen bei festgestellter Lohndiskriminierung sehr weit zurückreichen (Ontario) und/oder wenn die Behörde bei festgestellter Lohndiskriminierung über weiterführende Durchsetzungsinstrumente verfügt. Nachteilig kann festgehalten werden, dass breitere Kontrollen im Rahmen von Stichprobenkontrollen mit einem grösseren Aufwand verbunden sind als Einzelfalluntersuchungen. So haben die Behörden in den ausländischen Fallbeispielen Schweden und Ontario die Anzahl Kontrollen in den letzten Jahren aufgrund von Sparmassnahmen tendenziell senken müssen.

5.3.3 VERMITTLUNGSVERHANDLUNG UND EMPFEHLUNG

In allen drei ausländischen Fallbeispielen führt die behördliche Feststellung von diskriminierenden Lohnunterschieden zur Aufnahme von Vermittlungsverhandlungen, in

welchen nach einer einvernehmlichen Lösung gesucht wird. Dieses Vorgehen findet sich auch beim Preisüberwacher.

C1	Vermittlungsverhandlung	- Ontario - Schweden - Österreich - Preisüberwacher: bei privaten Unternehmen
C2	Empfehlung	- Österreich: für künftige Lohnanpassung (bzw. ab Zeitpunkt der Beschwerde) - Ontario: für künftige Lohnanpassung und rückwirkende Nachzahlung - Schweden - Preisüberwacher: bei politischen Behörden (ohne weitere Befugnisse) - FlaM: bei nicht ave-GAV

Variante C1: Vermittlungsverhandlung

In den drei untersuchten ausländischen Fallbeispielen im Bereich Lohngleichheit besteht der erste Schritt immer in einem Versuch der *Vermittlung* und der Erarbeitung einer einvernehmlichen Lösung. Wie insbesondere das Fallbeispiel Schweden zeigt, sind bei festgestellten Verstössen gegen die Lohngleichheit die Vermittlung in Kombination mit einvernehmlichen Lösungen, erarbeitet von Behörde und ArbeitgeberInnen sowie allenfalls betroffenen Personen und Gewerkschaften, im Ergebnis effizienter und wirksamer als Streitschlichtung und Gerichtsweg. Entsprechend dem schwedischen Beispiel empfiehlt es sich, die Teilnahme an Verhandlungen zur Erarbeitung einer einvernehmlichen Lösung im Rahmen der Mitwirkungspflicht obligatorisch zu erklären. Auch beim Preisüberwacher wird im Bereich der privaten Unternehmen eine einvernehmliche Regelung angestrebt, um eine Preissenkung, eine reduzierte Preiserhöhung oder eine zeitliche Verschiebung der Preiserhöhung zu erreichen. Erst wenn keine einvernehmliche Regelung zustande kommt, kann der Preisüberwacher als „ultima ratio“ per Verfügung die Preissenkung durchsetzen.

Die Vermittlungsverhandlung kann entweder unmittelbar auf die Beseitigung der Lohndiskriminierung zielen (Lohnnachzahlung und Festlegung der aktuellen Löhne) oder aber auf eher „weiche Massnahmen“, zum Beispiel auf die Festlegung von Lohngleichheitsplänen. Mit den Unternehmen vereinbarte Lohngleichheitspläne können zum Beispiel eine gestufte Anpassung der Löhne und weitere gleichstellungsrelevante Massnahmen im Betrieb vorsehen.

Variante C2: Empfehlung

Die Befugnis zur Formulierung von *Empfehlungen* ist vor allem zugeschnitten auf Modelle, in welchen die Behörde selber nicht verbindlich über Lohnfestsetzungen oder Nachzahlungen entscheiden kann. Im untersuchten Fallbeispiel Österreich wird der/die ArbeitgeberIn nach gescheiterter Vermittlung schriftlich aufgefordert, innert zwei Monaten die Lohndiskriminierung zu beenden. Die mit dieser Aufforderung verbundene Feststellung einer Lohndiskriminierung kann aber von der Behörde selber nicht durch-

gesetzt werden; faktisch handelt es sich daher um Empfehlungen im Sinne einer Sachverständigeneinschätzung. Diese kann der betroffenen Person helfen, zu entscheiden, ob sich der Klageweg an das Arbeitsgericht lohnt (Lohndifferenz einklagbar ab Beschwerdeeinreichung). Allerdings zeigt sich, dass vor allem bei bestehendem Arbeitsverhältnis die Betroffenen nur selten bereit sind, ein Kommissionsverfahren einzuleiten oder gegen ihren/ihre ArbeitgeberIn den Gerichtsweg zu beschreiten.

Von den untersuchten schweizerischen Fallstudien besitzt der Preisüberwacher die Möglichkeit, Empfehlungen an politische Behörden zu richten. Zu Empfehlungen kommt es auch bei den flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit im Rahmen der Verständigungsverfahren im nicht ave-GAV-Bereich. Weder der Preisüberwacher noch die Paritätischen Kommissionen können in diesen Fällen Bussen oder andere Sanktionen aussprechen.

Der Anreiz zu einvernehmlichen Lösungen beziehungsweise zur Befolgung von Empfehlungen wird deutlich erhöht, wenn die Behörde weiterführende Befugnisse besitzt, zum Beispiel die Verfügungskompetenz hinsichtlich des materiellen Rechtsverhältnisses und Publizität (wie der Preisüberwacher oder die Behörde in Ontario nach gescheiterter Verhandlung) beziehungsweise ein Behördenklagerecht, wie die Ombudsstelle in Schweden bei nicht befolgter Empfehlung (vgl. Abschnitt 5.3.4). In Ontario wirkt überdies die Verpflichtung zur Nachzahlung von Löhnen über einen längeren Zeitraum hinweg als Anreiz für Vermittlungslösungen und zur Befolgung von Empfehlungen.

5.3.4 DURCHSETZUNG

Dieser Abschnitt widmet sich den Durchsetzungsmassnahmen. Hier zeigt sich, dass die untersuchten schweizerischen Durchsetzungsmodelle nur teilweise auf den Lohngleichheitsbereich übertragbar sind. Vorauszuschicken ist, dass in den untersuchten ausländischen Fallbeispielen oft eine einvernehmliche Lösung gefunden wird und eigentliche Durchsetzungsmassnahmen und Verwaltungszwang selten zur Anwendung kommen. Nachfolgend werden verschiedene Varianten unterschieden, wobei die staatliche Interventionsstärke von Variante zu Variante zunimmt.

D1	Behördliche Durchsetzung beim Selbstregulierungsmodell	- FINMA
D2	Durchsetzung der innerbetrieblichen Analyse-, Herausgabe- und Mitwirkungspflichten (ohne weitergehende Durchsetzungsbefugnisse)	- Österreich - FlaM (bei Unternehmen ohne ave-GAV)
D3	Behördliches Klagerecht an ein Zivilgericht (zusätzlich zur Durchsetzung der innerbetrieblichen Analyse-, Herausgabe- und Mitwirkungspflichten) - nur in Beschwerdefällen - nur in Stichprobenfällen - in beiden Konstellationen	- Schweden
D4	Weiterreichende Durchsetzungskompetenzen der Behörde: Verwaltungssanktionen bei Nichteinhalten der Lohnungleichheit	- Preisüberwacher: Verfügung hinsichtlich von Preissenkungen - FlaM: Durchsetzung bei Unternehmen mit ave-GAV hinsichtlich der Einhaltung des GAV (Sanktionenregime) - ESBK: Durchsetzung hinsichtlich der materiellen Vorgaben der Spielbankengesetzgebung; Verwaltungssanktionen
D5	Maximale behördliche Durchsetzungskompetenzen: Verfügung über materielle Ansprüche von Geschädigten (Lohnnachzahlung und Lohnfestsetzung)	- Ontario: Verfügung hinsichtlich der Beseitigung von Lohndiskriminierung und der Leistung von Lohnnachzahlungen

Variante D1: Behördliche Durchsetzung beim Selbstregulierungsmodell

In der Variante D1 beschränkt sich die Behörde darauf, die *Selbstregulierungssysteme* zu überwachen, an welche die Kontrolle und Durchsetzung delegiert ist (Selbstregulierungsorganisationen, SRO). Dies geschieht zum Beispiel im Fallbeispiel FINMA auf einer ersten Stufe durch die behördliche Genehmigung der Organisation und der Reglemente der SRO. Zudem unterliegen die SRO einer Meldepflicht an die FINMA, wenn sie ein Sanktionsverfahren auf Verweis, Geldstrafe oder Ausschluss gegen ein Mitglied eröffnen und Untersuchungsbeauftragte einsetzen. Die FINMA kann einer SRO die Anerkennung entziehen und die Aufsicht über Branchenmitglieder selber übernehmen. Diese Variante ist aus der Sicht der Behörde kostengünstig, weil die eigentliche Durchsetzung durch die Branchen selber erfolgt. Nachteilig gilt es aber anzumerken, dass die Sanktionsmöglichkeiten eines Branchenverbandes relativ beschränkt sind. (Zu den weiteren Vor- und Nachteilen der Selbstregulierung vgl. Abschnitt 5.3.2 und 5.4.3).

Variante D2: Durchsetzung der innerbetrieblichen Analyse-, Herausgabe- und Mitwirkungspflichten

In der Variante D2 kann die Behörde die *Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse, sowie die Herausgabe- und Mitwirkungspflichten im Rahmen der Kontrolle und der Vermittlungsverhandlungen der Behörde* mit Verfügung und allenfalls Verwaltungsanktionen durchsetzen. Befugnisse dieser Natur dienen zum Beispiel dazu, die korrekte Erstellung von Lohnanalysen sowie die Herausgabe von Unterlagen und die Teilnahme an Vermittlungsverhandlungen durchzusetzen (exemplarisch Ontario und Schweden). Kompetenzen zur Durchsetzung von Mitwirkungs- und Herausgabepflichten besitzen die Behörden in allen Fallbeispielen.

Die Durchsetzungskompetenzen sind in dieser Variante D2 auf den oben genannten Bereich beschränkt. Die Behörde kann also weder Verwaltungsanktionen wegen Verletzung des Lohnleichheitsgrundsatzes erlassen, noch haben ihre Entscheide eine Auswirkung auf Ansprüche geschädigter Privater. Über die Durchsetzung des Lohnleichheitsanspruchs, das heisst die Lohnanpassung für die Zukunft sowie Ansprüche auf Entschädigung/Nachzahlung, entscheidet in dieser Variante weiterhin ein Gericht. Das Verwaltungsverfahren mit Kontrolle der Deklarationspflicht, Untersuchung, Vermittlung und Empfehlung ist dem zivilrechtlichen Klageweg, welcher von der geschädigten Person (respektive deren Vertretung oder von den Gewerkschaften) beschritten werden muss, vorgelagert. So müssen im Fallbeispiel Österreich die Gewerkschaften klagen, wenn der/die ArbeitgeberIn die Aufforderung der Behörde zur Beseitigung der Lohn-diskriminierung nicht befolgt. In diesem Sinne ebenfalls beschränkt auf die Durchsetzung von Mitwirkungspflichten und auf Untersuchungshandlungen sind im schweizerischen Fallbeispiel der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit die Kompetenzen der kantonalen Behörden im nicht ave-GAV-Bereich. Sie können Untersuchungen bei den Branchen zur Erhebung der Löhne durchführen und Unterlagen einfordern, besitzen aber keine weiterführenden Durchsetzungskompetenzen. Der Nachteil einer solchen Variante ohne weitere Befugnisse der Behörde besteht darin, dass die Durchsetzung der Ansprüche letztlich auf den Diskriminierungsbetroffenen lastet und in der Regel einzelfallbezogen bleibt.

Variante D3: Behördliches Klagerecht an ein Zivilgericht

In der Variante D3 kann die *Behörde selber vor den Zivilgerichten klagen*, wenn keine einvernehmliche Lösung gefunden werden konnte. Diese Variante finden wir im Fallbeispiel Schweden (Klagebefugnis in den Einzel-/Beschwerdefällen mit Einverständnis der betroffenen Arbeitnehmenden). Die Entscheidung über die Höhe von Entschädigungen beziehungsweise Nachzahlungen wird zwar nicht durch die Verwaltungsbehörde, sondern durch die Zivilgerichte getroffen, doch müssen die Unternehmen die „Drohung“ einer Behördenklage gewärtigen. Ein Klagerecht kann allerdings nicht nur in den klassischen Einzel-/Beschwerdefällen eingeräumt werden; besondere Bedeutung besitzt es in der Folge von Stichprobenkontrollen, welche die Lohnstruktur eines ganzen Unternehmens untersuchen.

Diese Variante hat zwei Vorteile: Erstens erhöht das Behördenklagerecht in Stichprobenfällen bei den Unternehmen die Motivation für die vorgängige Suche nach einer einvernehmlichen Lösung. Zweitens verstärkt es die Durchsetzung auf breiterer Ebene und ergänzt so in idealer Weise die einzelfallbezogenen Klagen von Geschädigten.

Das Behördenklagerecht vor Zivilgerichten ist im schweizerischen Rechtssystem selten, kommt aber vor. So enthält Artikel 10 Absatz 3 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)¹²¹ ein Klagerecht des Bundes gegen unlauteren Wettbewerb, zum Beispiel wenn die Interessen mehrerer Personen oder einer Gruppe von Angehörigen einer Branche betroffen sind.¹²² Die Erweiterung des Klagerechts des Bundes trat 2012 in Kraft. In der Botschaft von 2009 begründete der Bundesrat die Ausdehnung damit, dass die Kollektivinteressen, das heisst die Interessen bestimmter Personengruppen, bestimmter Branchen und der Allgemeinheit, besser wahrgenommen werden müssten. Zudem gehe es auch um den „Schutz der Institution des lauten Wettbewerbs, dem mit einem blossen Abstellen auf Individualklagen zu wenig Rechnung getragen wird“.¹²³ Ein Behördenklagerecht für den Lohngleichheitsbereich wurde auch in parlamentarischen Eingaben gefordert.¹²⁴ Ähnlich wie im Zusammenhang mit dem unlauteren Wettbewerb lässt sich bei der Lohngleichheit argumentieren, dass angesichts der bestehenden Defizite ein erhebliches öffentliches Interesse daran besteht, die Durchsetzung der Ansprüche auf Lohngleichheit durch ein Klageinstrument in Stichprobenfällen zu verstärken.

Variante D4: Weiterreichende Durchsetzungskompetenzen der Behörde
In dieser Variante kann die Behörde bei festgestellten Verletzungen des Lohngleichheitsgebots oder anderer gesetzlicher Vorschriften – je nach Fallbeispiel – *Verwaltungs-sanktionen* aussprechen oder anderweitige Massnahmen zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes verfügen. Materielle Ansprüche von Geschädigten müssen hingegen vor Zivilgericht eingefordert werden. Keines der ausländischen Fallbeispiele zur Lohngleichheit folgt dieser Variante.

Weit gehen etwa die Durchsetzungskompetenzen der ESBK: So sind sichernde Massnahmen, Beschlagnahmen, sachspezifische Verfügungen (Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, Änderung des Spielangebots), die Auferlegung von Bussen und der Entzug der Konzession möglich. Das Spielbankengesetz als typischer Erlass des öffentlichen Rechts regelt die Aufsicht über die Spielbanken in einem weiten Sinne. Der wesentliche Unterschied zum Lohngleichheitsbereich besteht auch hier darin, dass im Spielbankengesetz keine materiellen Entschädigungsansprüche von Privaten gegen die Spielbanken verankert sind, auch wenn das Gesetz natürlich auch den Interessen der Spielerinnen und Spieler dient.¹²⁵ Auch der Preisüberwacher besitzt weitreichende Durchsetzungskompetenzen. Er verfügt nach gescheiterter Verhandlungslösung die Preissenkung, die dann auch zwischen den Privaten, das heisst zwischen dem konkreten Anbieter und der Gruppe der KonsumentInnen, wirkt; Zuwiderhandlungen gegen eine

¹²¹ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19.12.1986, SR 241 (Behördenklage in dieser Fassung in Kraft seit 1.4.2012).

¹²² Art. 1 Verordnung über das Klagerecht des Bundes im Rahmen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 12.10.2011, SR 241.3. Gemäss Verordnung über das Klagerecht des Bundes im Rahmen des UWG wird der Bund durch das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO vertreten.

¹²³ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2.9.2009, BBl 2009 6151, S. 6162 f. sowie 6180 ff.

¹²⁴ Pl Carlo Sommaruga 11.445 vom 9.6.2011.

¹²⁵ Für die Durchsetzung von Ansprüchen sind private Geschädigte auf die zivilrechtliche Anspruchsdurchsetzung verwiesen (bzw. adhäsionsweise im Strafverfahren).

Preissenkungsverfügung werden mit Busse bestraft. Das Fallbeispiel unterscheidet sich allerdings wesentlich vom Modell der Lohngleichheitsdurchsetzung in Ontario, weil die Entscheidungen des Preisüberwachers keine Auswirkungen auf finanzielle Ansprüche allfällig geschädigter Einzelpersonen haben. Sein Handeln dient dem öffentlichen Interesse an einem Schutz vor missbräuchlichen Preisen. Er entscheidet nicht über unmittelbare finanzielle Streitigkeiten (z.B. Rückforderungsansprüche von einzelnen KonsumentInnen).

Am besten entspricht dem Modell von verwaltungsverfahrenrechtlicher Sanktionierung parallel zu zivilrechtlicher Durchsetzung der individuellen Ansprüche das Fallbeispiel der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, soweit es um die Durchsetzung der Mindestlöhne in Branchen mit ave-GAV oder kantonalen beziehungsweise bundesrechtlichen Normalarbeitsverträgen geht. Hier kann die zuständige Behörde bei Verletzung der Mindestlohnbestimmungen Verwaltungssanktionen aussprechen. Zudem kann sie Bussen verhängen, sofern systematisch und in gewinnsüchtiger Absicht gegen Mindestlohnbestimmungen in Normalarbeitsverträgen (NAV) verstossen wird. Die Behörde kann hingegen nicht selber Lohnnachzahlungen verfügen, sondern diese müssen vor Zivilgericht beziehungsweise entsprechend den gesamtarbeitsvertraglich vereinbarten Mechanismen erstritten werden. Geleistete Nachzahlungen werden aber von der Busse abgezogen. Ein Unterschied zwischen der Durchsetzung von Mindestlöhnen im Bereich von Normalarbeitsverträgen/ave-GAV und jener von Lohngleichheit besteht in der Transparenz der Ansprüche für die Verpflichteten und Berechtigten, die sich im Fall der GAV/NAV gestützt auf die vertraglichen Grundlagen hinreichend klar und einfach bestimmen lassen.

Ausserhalb der von uns untersuchten Fallbeispiele finden wir diese Komplementarität zwischen zivilrechtlicher Anspruchsdurchsetzung und verwaltungsrechtlichen Durchsetzungshandlungen in besonders ausgeprägter Form im schweizerischen Kartellrecht. So enthält das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) sowohl das Instrument der zivilrechtlichen Klage der Geschädigten als auch behördliche Durchsetzungsmassnahmen durch die Wettbewerbskommission, die über Untersuchungs- und Kontrollbefugnisse hinausreichen. Die Wettbewerbsbehörden untersuchen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder Anzeige von Dritten Wettbewerbsbeschränkungen. Sie können den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung vorschlagen. Erstinstanzlich endet das Verfahren entweder mit der Genehmigung der einvernehmlichen Lösung durch die Wettbewerbskommission oder durch Verfügung über die zu treffenden Massnahmen (Art. 30 KG); der Rechtsmittelweg führt an das Bundesverwaltungsgericht. Beteiligte (z.B. mutmassliche Geschädigte) können sich als Dritte an der Untersuchung beteiligen (Art. 43 KG). Parallel können Geschädigte bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen im zivilrechtlichen Verfahren auf Beseitigung, Unterlassung, Schadenersatz und Herausgabe entgangenen Gewinns klagen (Art. 12 KG). Die zivilrechtlichen Verfahren sind allerdings selten.¹²⁶ Bindeglied zu den behördlichen Kontroll- und Durchsetzungsinstrumen-

¹²⁶ Im Kartellrechtsbereich gilt die Dispositions- und Eventualmaxime, wodurch sich das Risiko bei den Klagenden akzentuiert. Beweisprobleme sowie das Gerichts- und Parteikostenrisiko führen zum Primat des öffentlich-rechtlichen Verfahrenswegs. Vgl. dazu EVD (2008): Evaluation gemäss Art. 59a KG. Zivilrechtliche Kartellverfahren – Statistik. Projektbericht P7, S. 9 f.; EVD (2008): Evaluation gemäss Art. 59a KG. Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz, S. 83.

ten ist Artikel 15 KG: Ist im zivilrechtlichen Verfahren die *Zulässigkeit* einer Wettbewerbsbeschränkung umstritten, so wird bei der Wettbewerbskommission ein Gutachten eingeholt. Vorlagepflicht besteht namentlich, wenn sich aus der Praxis der Wettbewerbsbehörden keine Klärung der Frage ergibt. Das Kartellgesetz durchläuft zurzeit eine Revision, unter anderem, weil die Bussenkompetenz bereits erstinstanzlich bei einem unabhängigen Gericht liegen soll. Der Parallelismus von Zivil- und Verwaltungsverfahren soll aber erhalten bleiben.¹²⁷

Die Logik im Fall des Kartellgesetzes und der flankierenden Massnahmen (bei ave-GAV) liegt darin, dass über das Interesse der einzelnen klagenden Geschädigten hinaus ein „öffentliches“ Interesse an wirksamem Wettbewerb beziehungsweise an der Einhaltung der Mindestlöhne besteht. Ähnlich liesse sich auch im Fall der Lohngleichheit mit einem öffentlichen Interesse an wirksamem Diskriminierungsschutz argumentieren.

Variante D5: Maximale behördliche Durchsetzungskompetenzen

In einer Variante mit maximalen Durchsetzungskompetenzen verfügt die Verwaltungsbehörde oder Verwaltungskommission die Lohnanpassung und entscheidet über Lohnnachzahlungen. Materielle Forderungen von Geschädigten müssen nicht zivilgerichtlich durchgesetzt werden. So erlässt die Behörde in Ontario nach gescheiterter Vermittlung eine Verfügung über die Anpassung der Löhne (für die Zukunft) und über die Höhe der Nachzahlung. Der Rechtsmittelweg führt von der verfügenden Behörde (PEO) an die übergeordnete Spezialbehörde (PEHT) und dann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an den Ontario Sup. Court. Parallel können Geschädigte auch den Zivilweg beschreiten, was nach Aussage der Interviewperson in Ontario (theoretisch) zu komplexen Parallelsituationen führen könnte. In der Praxis wählen Betroffene den Weg an die Verwaltungsbehörde beziehungsweise das Tribunal, sofern es in einer Streitigkeit nur um Lohngleichheit geht.

Der Rechtsanspruch auf Lohn(nach)zahlung beziehungsweise Entschädigung ist nach schweizerischem Verständnis ein typisch zivilrechtlicher Anspruch zwischen zwei privaten Parteien, der durch Zivilgerichte (Arbeitsgerichte) entschieden wird. Daher stellt eine solche Variante zumindest in der Schweiz für die Durchsetzung individueller Lohnforderungen eine Systemwidrigkeit dar. Dies gilt besonders für die Variante Ontario, in welcher die Behörde nicht nur eine Feststellungsverfügung über das Bestehen einer Lohndiskriminierung und allenfalls eine Bussenverfügung erlässt, sondern mit Verfügung über rückwirkende Ansprüche beziehungsweise Lohnnachzahlungen entscheidet. Problematisch erscheinen an dieser Variante überdies die Zerteilung der Streitsache und die Abgrenzung zum Zivilverfahren, wenn es in einer Streitigkeit nicht nur um Lohndiskriminierung, sondern auch um andere arbeitsrechtliche oder gleichstellungsrechtliche Aspekte geht (wie sexuelle Belästigung oder diskriminierende Kündigung).

¹²⁷ Mit dieser wird unter anderem beabsichtigt, die zivilrechtliche Klagelegitimation zu erweitern, die Wettbewerbskommission in ein behördliches Fachgremium umzugliessen („Wettbewerbsbehörde“) und die erstinstanzlichen Entscheide einer neuen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts zu übertragen (auf Antrag der Kommission). Als Grund für Letzteres wird angegeben, dass Entscheide über die in der Regel hohen Zahlungen bzw. Sanktionen bereits erstinstanzlich durch ein unabhängiges Gericht zu fällen seien. Schweizerischer Bundesrat (2012): Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22.2.2012, BBl 2012, S. 3906 f.

5.4 ORGANISATIONSMODELLE

Neben der unterschiedlichen konzeptionellen Ausgestaltung der untersuchten Fallbeispiele lassen sich auch unterschiedliche Organisationsformen feststellen. Wir unterscheiden grob drei Organisationsmodelle: Die Einsetzung einer Verwaltungsbehörde mit oder ohne Kommission sowie das Modell der Selbstregulierung.

5.4.1 VERWALTUNGSBEHÖRDE MIT KOMMISSION

In fünf der sieben in- und ausländischen Fallbeispielen ist die Kontrolle und Durchsetzung im Rahmen eines Kommissionsmodells organisiert. Es handelt sich dabei um eine Kommission, welche als Entscheidungsgremium fungiert. Zur Seite steht der Kommission in der Regel ein ständiges Sekretariat, welches die Kontrollfunktion ausübt und die Entscheide der Kommission vollzieht. Ein solches Modell findet sich sowohl auf Bundes- wie auch auf Kantonsebene. Von den untersuchten Fallbeispielen entsprechen Österreich, Ontario, Schweden, die ESBK sowie die flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit im Kanton Basel-Stadt diesem Modell:

- Die Gleichbehandlungskommission in Österreich ist beim Bundeskanzleramt eingerichtet. Ihre zentrale Aufgabe ist die Überprüfung von Fragen von Diskriminierung aufgrund des GIBG. Sie hat drei Senate, wobei Senat I für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt zuständig ist. Der Senat I setzt sich aus der Vorsitzenden und elf weiteren Mitgliedern zusammen. Diese üben ihre Arbeit ehrenamtlich aus und werden von den Sozialpartnern (Bundeskammer für Arbeit und Angestellte, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Wirtschaftskammer Österreichs, Vereinigung der österreichischen Industrie) sowie vom Bundeskanzleramt und zwei Ministerien entsendet. Ein Sekretariat unterstützt die Arbeit der Kommission. Ebenfalls beim Bundeskanzleramt ist die GAW eingerichtet. Hauptaufgabe der Anwältinnen ist es, Personen zu beraten und zu unterstützen, welche sich diskriminiert fühlen. Die GAW ist in der Ausübung ihrer Tätigkeit weisungsfrei, selbstständig und unabhängig. Die Beratung erfolgt für die betroffenen Privatpersonen kostenlos.
- Die Pay Equity Commission (PEC) in Ontario setzt sich aus zwei Spezialbehörden zusammen: dem Pay Equity Office (PEO) und dem Pay Equity Hearings Tribunal (PEHT). Der PEC steht eine Kommissarin vor, die vom Lieutenant Governor der Provinz ernannt wird und das PEO leitet. Das PEO ist für die Kontrolle der Unternehmen sowie für die Beratung und Öffentlichkeitsarbeit zuständig. Das PEHT ist dafür verantwortlich, über rechtliche Fragen hinsichtlich des Pay Equity Acts zu entscheiden. Zu einem Hearing kommt es insbesondere dann, wenn Parteien mit Entscheidungen des PEO nicht einverstanden sind. Das Tribunal wird tripartit (aus ExpertInnen, VertreterInnen von ArbeitgeberInnen, VertreterInnen von Arbeitnehmenden) mit neun Mitgliedern besetzt, die ebenfalls vom Lieutenant Governor ernannt werden.
- In Schweden wurde eine Diskriminierungsombudsstelle geschaffen, deren Leiterin oder Leiter von der Regierung ernannt wird. Die zentrale Aufgabe der Ombudsstelle ist es, die Umsetzung des Diskriminierungsgesetzes zu überwachen und zu unterstützen. Dabei fällt die Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, Ethnie, Religion, Behinderung, sexueller Orientierung und Alter in den

Aufgabenbereich der Stelle. Anders als in den beiden übrigen untersuchten Fallbeispielen ist folglich im schwedischen Modell die betreffende Behörde in eine breiter angelegte Diskriminierungsstelle integriert. Neben der Ombudsstelle gibt es den Ausschuss gegen Diskriminierung (Nämnden mot diskriminering). Dieser ist eine selbstständige Verwaltungsbehörde, umfasst 13 Personen und setzt sich paritätisch zusammen. Der Ausschuss hat unter anderem die Aufgabe, finanzielle Sanktionen der Ombudsstelle zu prüfen und gegebenenfalls zu verfügen.

- Bei der Eidgenössischen Spielbankenkommission ESBK handelt es sich um eine Milizkommission, deren Mitglieder (unabhängige Sachverständige) vom Bundesrat gewählt werden. Der Kommission steht ein ständiges Sekretariat zur Seite. Es übt die unmittelbare Aufsicht über die Spielbanken aus, instruiert die Straffälle und erlässt Verfügungen und Entscheide, soweit diese Kompetenz von der Kommission an das Sekretariat delegiert wurde. Ausserdem bereitet es die Geschäfte der Kommission vor, stellt ihr Anträge und vollzieht deren Entscheide. Die Kantone stellen der ESBK Personen aus der jeweiligen Kantonsverwaltung zur Unterstützung der Aufsichtstätigkeit zur Verfügung.
- Im Kanton Basel-Stadt ist im Rahmen der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit für die Branchen ohne ave-GAV eine Tripartite Kommission (TPK) zuständig. Diese besteht aus neun Mitgliedern, die sich aus je drei Vertreterinnen und Vertretern der Organisationen der Arbeitnehmenden und der Arbeitgebenden sowie des Kantons zusammensetzen. Sie werden vom Regierungsrat gewählt. Das Sekretariat der Kommission wird vom AWA geführt. Nach der vom AWA durchgeführten Kontrolle entscheidet die TPK aufgrund des gelieferten Berichts, ob die Löhne orts- und branchenüblich sind oder nicht. Für Branchen mit ave-GAV hingegen sind die Paritätischen Kommissionen zuständig. Eine Paritätische (Berufs-)Kommission (PK) setzt sich zusammen aus VertreterInnen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite. Die Kontrolltätigkeit wird von den PK per Leistungsauftrag an Dritte delegiert. Festgestellte Verstösse werden an das AWA gemeldet, welches die Befugnis hat, Verwaltungssanktionen auszusprechen.

Die Aufgabenteilung zwischen der Kommission und dem Sekretariat bringt verschiedene Vorteile mit sich. Gerade in Bereichen, wo über materielles Recht verfügt wird und es unter Umständen um hohe Geldbeträge geht, wird die Legitimität der Entscheide durch eine Kommission (respektive Ausschuss), welche sich aus Fachpersonen aus unterschiedlichen Bereichen respektive paritätisch zusammensetzt, begünstigt. Ausser bei der ESBK, bei welcher es sich um eine Sachverständigenkommission handelt, sind in allen übrigen Kommissionsmodellen die SozialpartnerInnen vertreten.

5.4.2 VERWALTUNGSBEHÖRDE OHNE KOMMISSION

Bei diesem Organisationsmodell wird eine neue oder bereits bestehende Verwaltungsstelle mit alleinigen Kontroll- und Durchsetzungskompetenzen ausgestattet. Der Verwaltungsstelle steht keine Kommission zur Seite. In den von uns untersuchten Fallbeispielen liegt dieses Modell lediglich beim Preisüberwacher vor.

Die Preisüberwachung ist eine Verwaltungsstelle des WBF. Administrativ ist sie dem Generalsekretariat des WBF angegliedert. In allen inhaltlichen Belangen ist sie komplett unabhängig vom Departement, da sie eigenständig kontrollieren und verfügen kann.

Dem Preisüberwacher wird des Weiteren eine wichtige Funktion als Ombudsmann für die Konsumentinnen und Konsumenten zugeschrieben, indem mit der Meldestelle ein niederschwelliges Angebot zur Verfügung steht. Die Ombudsmannfunktion kann besonders gut wahrgenommen werden durch eine Einzelperson (der personifizierte Preisüberwacher), die über einen gewissen Bekanntheitsgrad verfügt. Dies wäre bei einer Kommission weniger gut möglich. Die Preisüberwachung ist von der Organisation her vergleichbar mit jener im Bereich des Datenschutzes. Auch die oder der eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte ist ein unabhängiges, staatliches Organ, das die Einhaltung des Datenschutzgesetzes überwacht und von sich aus oder auf Meldung Dritter hin Sachverhalte abklärt. Im Weiteren kann es Empfehlungen abgeben und bei Nichtbefolgung Beschwerde erheben.¹²⁸

5.4.3 SELBSTREGULIERUNGSMODELLE

Wie bereits verschiedentlich erwähnt, wird im Rahmen von Selbstregulierungsmodellen die Kontrolle und Durchsetzung öffentlicher Aufgaben seitens des Staats an Dritte ausgelagert. Der Staat übernimmt lediglich eine Aufsichtsfunktion. In unseren Fallbeispielen findet sich dieses Modell im Bereich der FINMA. Das Geldwäschereigesetz sieht für alle Finanzintermediäre entweder eine direkte Aufsicht durch die FINMA oder aber eine Kontrolle durch Selbstregulierungsorganisationen (SRO) vor. Innerhalb der FINMA übernimmt die Abteilung Geldwäscherei und Analyse Märkte die Aufsicht der SRO. Es obliegt dieser Abteilung, die SRO anzuerkennen oder ihnen die Anerkennung zu entziehen, die von ihnen erlassenen Reglemente zu genehmigen und dafür zu sorgen, dass die SRO ihre Reglemente durchsetzen.

Selbstregulierende Kontroll- und Durchsetzungsmodelle bieten sich insbesondere branchenspezifisch an. Die Selbstregulierung beruht auf dem Gedanken, dass die Branchenteilnehmenden am besten in der Lage sind, die sich stellenden Probleme zu lösen.¹²⁹ Dies ist vor allem im hoch spezialisierten Finanz- und Bankensektor oder in stark technikbezogenen Wirtschaftsbereichen der Fall. Zu den Stärken der Selbstregulierung zählt dann auch, dass sie Fachwissen mobilisiert, weil die betroffenen Branchenteilnehmenden ihr Wissen direkt in die Regulierung einfließen lassen können. Dies erhöht auch die Akzeptanz der betroffenen Unternehmen. Ein besonderes Problem jeder Selbstregulierung betrifft den Aspekt der Sanktionierung, weil es an staatlich gewährleisteten Durchsetzungsmöglichkeiten fehlt, das heisst die Sanktionsmöglichkeiten eines Branchenverbandes sind relativ beschränkt (Konventionalstrafen und andere verbandsrechtliche Massnahmen).¹³⁰

¹²⁸ Vgl. Bundesamt für Justiz (2008): Bericht über verschiedene Modelle von Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen im Bereich der Gleichstellung von Frauen und Männern im Erwerbsleben, Bern. S. 12.

¹²⁹ Vgl. Weber, R. H. et al. (2006): Integrierte Finanzmarktaufsicht. Rechtliche und ökonomische Beurteilung des FINMA-Projekts. Zürich, S. 129.

¹³⁰ Vgl. Weber, R. H. et al. (2006): Integrierte Finanzmarktaufsicht. Rechtliche und ökonomische Beurteilung des FINMA-Projekts. Zürich, S. 131.

5.5 VORSCHLÄGE ZUR STAATLICHEN KONTROLLE UND DURCHSETZUNG DER LOHNGLEICHHEIT IN DER SCHWEIZ

In diesem abschliessenden Abschnitt legen wir die heute in der Schweiz geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen sowie das Vollzugssystem im Bereich der Lohngleichheit dar (Abschnitt 5.5.1). Ausgehend von diesen Rahmenbedingungen sowie den Ergebnissen zu den untersuchten Fallbeispielen formulieren wir schliesslich Empfehlungen für die Ausgestaltung eines Schweizer Modells zur Kontrolle und Durchsetzung der Lohngleichheit (Abschnitt 5.5.2).

5.5.1 AUSGANGSLAGE

Lohnleichheitsgrundsatz

Der Grundsatz der Lohnleichheit nach Artikel 8 Absatz 3 BV sowie Artikel 3 GlG gilt zwingend und ohne Einschränkung für alle unselbstständigen Arbeitsverhältnisse. In die Pflicht genommen sind sämtliche ArbeitgeberInnen des öffentlichen und des privaten Rechts. Der individualrechtliche Anspruch entsteht mit der Begründung des Arbeitsverhältnisses und umfasst gleichen Lohn für inhaltlich gleiche Arbeit sowie gleichen Lohn für inhaltlich verschiedene, aber gleichwertige Arbeit.

In beiden Fällen sind sowohl direkte wie indirekte Lohndiskriminierungen untersagt. Eine Lohndiskriminierung liegt vereinfacht gesagt vor, wenn ein Unterschied in der Bemessung vorliegt, welcher sich nicht sachbezogen mit der Arbeit selber beziehungsweise der Qualifikation begründen lässt.¹³¹ Vergleiche beziehen sich immer auf Verhältnisse innerhalb einer Firma beziehungsweise innerhalb einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft (Einreihung des Personals innerhalb einer Gemeinde, Einreihung des Personals innerhalb eines Kantons). Die bundesgerichtliche Praxis anerkennt zwei Analysemethoden zur Feststellung von diskriminierenden Lohndifferenzen, die analytische Arbeitsbewertung sowie die statistische Lohnanalyse beziehungsweise Regressionsanalyse.¹³² Sowohl die Erhärtung der Vergleichbarkeit zweier Tätigkeiten beziehungsweise Berufsgruppen und damit zusammenhängend die Arbeitsbewertung und die diesbezüglichen Analysemethoden als auch die rechtliche Feststellung einer direkten und insbesondere jene einer indirekten Diskriminierung sind komplex; in aller Regel sind gerichtliche Expertisen notwendig.¹³³ Ansprüche müssen von den Arbeitnehmerinnen gerichtlich durchgesetzt werden (Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG). Durchsetzbar sind Lohnforderungen rückwirkend für die ganze Dauer des Arbeitsverhältnisses, während welchem ein diskriminierender Lohn bezahlt wurde, soweit nicht eine Verjährungseinrede von der Beklagten vorgebracht wird und die Forderungen tatsächlich verjährt sind.¹³⁴

¹³¹ Vgl. dazu Freivogel, E. (2009): Art. 3, in: Kaufmann, C.; Steiger-Sackmann S. (Hrsg.): Kommentar zum Gleichstellungsgesetz (GSG), Basel, Rz. 95 ff.; Aubry Girardin, F. (2011): Discrimination Salariale: Art. 3 Leg, dans: Aubert, G.; Lempen K. (Hrsg.): Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève, S. 67–96, S. 77 ff.

¹³² Freivogel, a.a.O., Rz. 119 ff.; Schmid, S. R. (2011): Méthodes d'évaluation: Art. 3 Leg, dans: Aubert, G.; Lempen K. (Hrsg.): Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève, S. 91–96, S. 93 ff.

¹³³ Aubry Girardin, a.a.O., S. 79; Schmid, a.a.O., S. 96 ff.

¹³⁴ Freivogel, a.a.O., Rz. 78 ff.; Aubry Girardin, a.a.O., S. 74.

Heutiges Vollzugssystem

Das heutige Gleichstellungsgesetz enthält keine behördlichen Untersuchungs-, Durchsetzungs- oder Klagerechte. Auch tripartite Elemente, die die Arbeitgeberseite einbinden würden (wie etwa in der Arbeitsmarktkontrolle), sind nicht gesetzlich vorgesehen.

Pflicht zur wirksamen Umsetzung des Verfassungsauftrags

Artikel 8 Absatz 3 BV verankert einerseits den justiziablen Grundsatz der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann. Dieser wirkt unmittelbar auch in privaten Arbeitsverhältnissen. Andererseits enthält Artikel 8 Absatz 3 BV die Aufforderung an den Gesetzgeber, für rechtliche und tatsächliche Gleichstellung zu sorgen, namentlich in den Bereichen Familie, Ausbildung und Arbeit. Dieser Gesetzgebungsauftrag bezieht sich auch auf die Verwirklichung der Lohngleichheit und konkretisiert die allgemeinere Regel in Artikel 35 Absatz 3 BV. Dieser verpflichtet den Staat, dafür zu sorgen, dass Grundrechte auch zwischen Privaten wirksam sind, sofern sie dazu geeignet sind.

Heute hängt die Durchsetzung der Lohngleichheit von der Bereitschaft der Geschädigten beziehungsweise der Verbände ab, den Prozessweg zu beschreiten. Zwar haben sich einige „Pilotprozesse“ positiv ausgewirkt, doch wurden diese überwiegend gegen öffentlich-rechtliche ArbeitgeberInnen geführt. Auch zeigen sich beträchtliche Unterschiede zwischen den Kantonen, sowohl was die Klagehäufigkeit als auch was die Ausgestaltung des Schlichtungsverfahrens anbelangt. Das heutige System wird trotz Kündigungsschutz, Beweislast erleichterung und Untersuchungsmaxime insbesondere im Bereich Lohndiskriminierung durch private ArbeitgeberInnen als nicht ausreichend bezeichnet.¹³⁵ Der Präventiveffekt auf die Privatwirtschaft ist gering; die Unternehmen haben zu wenig Anreiz, ihre Lohnstruktur diskriminierungsfrei auszugestalten. Die Statistik zeigt, dass sich die diskriminierungsbedingten Lohnunterschiede auch in den letzten Jahren nur wenig verringert haben. Zudem lastet die Durchsetzung auf den Schultern der Geschädigten, die oftmals von einer Klage absehen. Dies gilt besonders für Arbeitnehmerinnen während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses; der Gang vor Gericht birgt die Gefahr, dass das Vertrauen im Arbeitsverhältnis bleibend geschädigt wird.

Die Durchsetzung von Gesetzesvorschriften den betroffenen Personen und dem Klageweg zu überlassen, macht in jenen Bereichen Sinn, in welchen grundsätzlich Compliance vorliegt und der Gerichtsweg dazu dient, punktuell Fehlverhalten von Privatpersonen in Einzelfällen zu korrigieren und zu entschädigen. Als nicht hinreichend kann sich ein solches System hingegen erweisen, wenn weitverbreitet und über eine längere Zeitdauer hinweg Non-compliance festgestellt werden muss. Dies kann auf systemische Mängel hindeuten, zum Beispiel dass die Gesetzgebung die Pflichten nicht hinreichend umschreibt, sich die AdressatInnen ihres Fehlverhaltens nicht (ohne weiteres) bewusst sind oder dass Anreize zur Einhaltung fehlen beziehungsweise zu wenig stark wirken oder die Kontroll- und Sanktionssysteme mangelhaft sind.

Aus der zu wenig wirksamen heutigen Regelung lässt sich ein öffentliches Interesse an einer verstärkten, auf behördliches Handeln fokussierten Vollzugskontrolle herleiten.

¹³⁵ Vgl. z.B. Stutz H. et al. (2005): Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Synthesebericht, im Auftrag des Bundesamts für Justiz, Bern.

Es besteht namentlich ein Interesse die allgemeine Compliance im Sinne einer Breitenwirkung zu verbessern. Auch der Synthesebericht zur Evaluation des GlG kommt zum Schluss, dass die fehlenden Kompetenzen staatlicher Behörden die effiziente Durchsetzung auf breiter Ebene behinderten.¹³⁶ Modelle für eine behördliche Stärkung des Diskriminierungsschutzes erwähnt ferner der Bericht des Bundesamtes für Justiz von 2008.¹³⁷

Ausgehend von den bestehenden gesetzlichen Rahmenbedingungen sowie den Erkenntnissen aus den untersuchten Fallstudien, formulieren wir im nachfolgenden Abschnitt Empfehlungen zur staatlichen Kontrolle und Durchsetzung der Lohnungleichheit in der Schweiz.

5.5.2 EMPFEHLUNGEN

Mit einer verstärkten behördlichen Kontrolle oder Durchsetzung würde der Bereich Lohnungleichheit aus dem üblichen Mechanismus des Gleichstellungsgesetzes (Schlichtungsstelle → Gerichtsweg in Einzelfällen) herausgelöst. Rechtfertigen lässt sich ein Sonderregime damit, dass die Verfassung die Lohnungleichheit als besonders wichtiges Element der Geschlechtergleichstellung gesondert die aufführt und die Lohndiskriminierung oft verdeckt (unerkannt) bleibt. Gleichzeitig muss aus Praktikabilitätsgründen darauf geachtet werden, dass sich ein neuer Mechanismus möglichst in das bestehende System einfügen lässt. Grundsätzlich erachten wir es daher als sinnvoll, die Befugnisse der Verwaltungsbehörde bezüglich Kontrolle, Vermittlung und Durchsetzung auf *Stichprobenfälle* zu beschränken und nicht auf die Behandlung von Beschwerden von Einzelpersonen zu erstrecken. Auf diese Weise kann eine Überschneidung mit dem zivilrechtlichen Klageweg, welchen die Geschädigten beschreiten, und dem vorgelagerten Schlichtungsverfahren vermieden werden. Der Stichproben-Ansatz erlaubt es zudem, über den diskriminierten Einzelfall hinaus zur Aufdeckung und Behebung struktureller Probleme beizutragen.

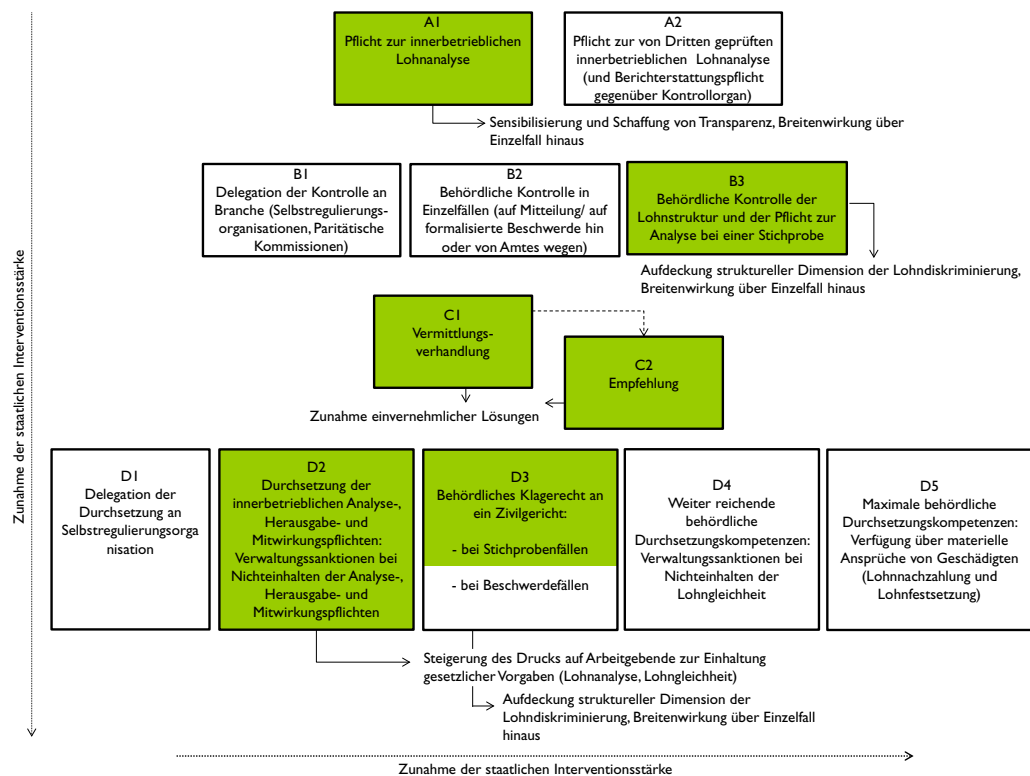
In der Darstellung 5.1 sind die im Abschnitt 5.3 diskutierten konzeptionellen Varianten als Übersicht aufgeführt. Grün markiert sind – entlang der einzelnen Elemente – jene Varianten, welche wir für ein Schweizer Modell zur Kontrolle und Durchsetzung der Lohnungleichheit empfehlen. Die Pfeile verweisen auf die erwartete Wirkungsweise. Die einzelnen Empfehlungen bauen aufeinander auf. Zu empfehlen sind aufgrund der Analyse Massnahmen, welche das Problem der Lohndiskriminierung überhaupt erst bewusst und transparent machen (=> Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse) und Lohndiskriminierung über den Einzelfall hinaus als strukturelles Problem angehen (=> Stichprobenkontrolle). In einem nächsten Schritt sollen mit den kontrollierten Unternehmen, in welchen Lohndiskriminierung vorliegt, einvernehmliche Lösungen gesucht werden (=> Vermittlungsverhandlung und Empfehlung). Um die eigentliche Durchsetzung des zivilrechtlichen Lohnanspruchs zu verbessern – und die Last der Durchsetzung nicht allein den Arbeitnehmenden zu überlassen – sollte der Behörde ein Klage-

¹³⁶ Stutz H. et al. (2005): Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Synthesebericht, im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Bern, S. 124 f.; zusammengefasst im Bericht des Bundesrates vom 15.02.2006 über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes in Erfüllung der Motion Vreni Hubmann 02.3142 (überwiesen als Postulat), BBl 2006 3161, S. 3181 ff.

¹³⁷ Bundesamt für Justiz (2008): Bericht über verschiedene Modelle von Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen im Bereich der Gleichstellung von Frauen und Männern im Erwerbsleben, Bern, S. 4.

recht in den Stichprobenfällen eingeräumt werden ($\Rightarrow$ behördliches Klagerecht). Grundsätzlich wäre es aber auch möglich, einzelne empfohlene Varianten wegzulassen. Entsprechend würde die erwartete Wirkungsweise geschmälert. Die Empfehlungen werden nachfolgend einzeln erläutert.

Darstellung 5.1: Konzeptionelle Varianten im Überblick



Grün: empfohlene Varianten, Pfeile: erwartete Wirkungsweise

Empfehlung 1: Einführung einer Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse (A1)

Die Zahlen zum durchschnittlichen Lohnunterschied zwischen Frau und Mann legen nahe, dass sich sowohl ArbeitnehmerInnen wie ArbeitgeberInnen oftmals nicht bewusst sein dürften, dass eine Lohndiskriminierung vorliegt. Unter diesem Blickwinkel scheint die Einführung einer Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse (in Ergänzung zu griffigen Kontroll- und Durchsetzungsinstrumenten) eine wichtige Voraussetzung für die Sensibilisierung der Betriebe und die Schaffung von Transparenz. Die Unternehmen müssten verpflichtet werden, basierend auf klaren gesetzlichen Bestimmungen (vgl. Empfehlung 6) ihre Löhne in regelmässigen Abständen zu überprüfen, darüber intern Bericht zu erstatten und falls nötig entsprechende Massnahmen zur Gewährleistung der Lohnungleichheit zu ergreifen.

Bisher wurden die ArbeitgeberInnen im Bereich der Lohnungleichheit nur auf freiwilliger Basis einbezogen. Wie bereits unter Abschnitt 5.3.1 erwähnt, existiert im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens eine Empfehlung zur Selbstdeklaration durch die AnbieterInnen. 2009 wurde zudem seitens des Bundes ein Lohnungleichheitsdialog initiiert,

mit dem Ziel, innerhalb von fünf Jahren 100 Unternehmen auf freiwilliger Basis zu überzeugen, ihre Löhne mit einem anerkannten Analysetool auf Lohnungleichheit hin zu überprüfen.¹³⁸ Die bisherige freiwillige Beteiligung der Unternehmen ist gering. Bis Oktober 2013 haben lediglich 16 Unternehmen den Dialog abgeschlossen, bei 24 läuft er. Die Einführung einer Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse würde daher der Empfehlung für einen stärkeren Einbezug der Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden, wie dies beispielsweise bereits in der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes formuliert wurde, Rechnung tragen.¹³⁹

Bei der Ausgestaltung der Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse gilt es, bestimmte Aspekte zu beachten:

- Die Beschränkung auf Firmen mit einer gewissen Grösse erscheint sachgerecht. Zum einen, weil nur bei diesen eine angemessene Vergleichszahl zur Lohnanalyse gleicher respektive gleichwertiger Arbeit vorliegt, zum anderen, weil sie über eigentliche Personalabteilungen verfügen. Wir empfehlen, die Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse bei Unternehmen ab 50 Mitarbeitenden (und einem angemessenen Anteil des unterrepräsentierten Geschlechts) einzuführen.¹⁴⁰ Dadurch wären schweizweit rund 7'400 Unternehmen (zirka 53% der Beschäftigten) betroffen.¹⁴¹ Sinnvoll wäre auch, die Einführung der Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse gestaffelt zu vollziehen, wie dies im Modell Österreich der Fall ist.
- Die innerbetriebliche Analyse müsste nicht jährlich erfolgen, sollte aber in gewissen Zeitabständen aktualisiert werden müssen (z.B. alle 3 Jahre).
- Die Analyse von Lohndiskriminierung ist komplex, erfordert Know-how und ist entsprechend auch mit einem Aufwand für die Unternehmen (insbesondere bei der erstmaligen Analyse) verbunden. So weit wie möglich müssen rechtlich verlässliche und praktikable Analysetools zur Verfügung stehen. Möglich ist ein System behördlich vorgegebener, standardisierter Tools oder eine Auswahl von behördlich zertifizierten Tools, die von Privaten (z.B. Gewerkschaften) bereitgestellt werden. In der Schweiz wurden entsprechende Analysetools bereits entwickelt.¹⁴² Ob sich diese Instrumente bei einer verbindlichen Einführung der Pflicht zur innerbetriebli-

¹³⁸ Vgl. <<http://www.lohnungleichheitsdialog.ch>>, Zugriff 23.09.2013.

¹³⁹ Stutz H. et al. (2005): Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Synthesebericht, im Auftrag des Bundesamts für Justiz, Bern.

¹⁴⁰ Ab dieser Grösse lassen sich auch Lohnanalysen mit dem Instrument Logib durchführen.

¹⁴¹ Vgl. Bundesamt für Statistik (2008): Betriebszählung 2008. Marktwirtschaftliche Unternehmen und Beschäftigte nach Grössenklassen, Neuenburg.

¹⁴² Mit der Software Logib wird den Arbeitgebenden mit mehr als 50 Mitarbeitenden seitens des EBG ein Instrument zur Verfügung gestellt, das ihnen erlaubt, eine einfache Standortbestimmung vorzunehmen und zu überprüfen, ob die Lohnungleichheit zwischen Mann und Frau in ihrem Unternehmen eingehalten wird. Vgl. <<http://www.logib.ch>> oder <<http://www.logib-schritt-für-schritt.ch>>, Zugriff 15.07.13. Mit Hilfe der arbeitswissenschaftlichen Arbeitsbewertung lässt sich zudem der Arbeitswert einer Funktion erfassen und so die Frage der Gleichwertigkeit der Arbeit klären. Vgl. z.B. das hierfür entwickelte Instrument Abakaba: <<http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00072/00077/index.html>>, Zugriff 15.07.13. Eine umfassende Darstellung von Instrumenten zur Analyse von Lohnunterschieden liefert: Schär Moser M. und Baillod, J. (2006): Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung. Orientierungshilfe für die juristische Praxis, Bern. Das Bundesgericht hat die Verlässlichkeit dieser Instrumente verschiedentlich in seinen Entscheiden bestätigt.

chen Analyse eignen würden oder ob es allenfalls angepasster Instrumente bedürfte, kann im Rahmen dieser Studie nicht beantwortet werden.

- Den Unternehmen sollte die Wahl gelassen werden, ob sie die innerbetriebliche Analyse eigenständig vornehmen oder ob sie sich extern deklarieren respektive prüfen lassen. Möglich wäre auch ein Modell, in welchem Unternehmen, die sich extern von einer vom Bund anerkannten Stelle haben deklarieren lassen, von der behördlichen Kontrolle befreit sind.¹⁴³
- Unerlässlich ist auch ein hinreichendes Angebot an Beratung, Information und allenfalls Schulung.

Das Vollzugsdefizit in den untersuchten Modellen hinsichtlich der Umsetzung der innerbetrieblichen Analyse zeigt, dass eine wirksame Kontrolle und die Sanktionierung bei Missachtung der Deklarationspflicht unerlässlich sind. Der Organisationsgrad der Arbeitnehmenden in der Schweiz ist im Vergleich mit dem europäischen Ausland deutlich geringer. In der Schweiz besteht oft keine ArbeitnehmerInnenvertretung in den Betrieben, auch wenn das Mitwirkungsgesetz¹⁴⁴ diese Möglichkeit grundsätzlich enthält.¹⁴⁵ Daher erscheint eine weitgehende Übertragung der Kontrolle der innerbetrieblichen Analyse an die MitarbeiterInnenvertretungen wie beispielsweise im Fall von Österreich wenig praktikabel. Zudem würde dadurch die Last der Durchsetzung, wie weiter oben bereits erwähnt, weiterhin zu stark bei den Arbeitnehmenden liegen. Stattdessen müsste die Kontrolle der Einhaltung der innerbetrieblichen Analyse behördlich mittels Stichprobenkontrollen erfolgen (vgl. Empfehlung 2). Die Verantwortung für die Erstellung der Analysen und für die allfällige Anpassung der Löhne entsprechend den Ergebnissen der Analyse soll primär bei den Betrieben selber liegen. Zu diskutieren wäre in diesem Zusammenhang eine Berichterstattungspflicht gegenüber der kontrollierenden Behörde. Diese würde wohl ein Vollzugsdefizit bei den Unternehmen weiter verringern, erscheint angesichts der hohen Zahl von Betrieben aber wenig praktikabel.

Empfehlung 2: Einführung einer behördlichen Stichprobenkontrolle (B3)
Wie aufgezeigt wurde, existieren in der Schweiz in verschiedenen Bereichen Modelle zur Kontrolle unternehmerischer Tätigkeiten. Bezüglich Lohngleichheit überprüft das EBG im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens mittels Stichprobenkontrollen die Einhaltung des Lohngleichheitsgrundsatzes und unterstützt Arbeitgebende bei der Umsetzung der Lohngleichheit.¹⁴⁶ Dabei arbeitet das EBG eng mit der Beschaffungskommission des Bundes zusammen und vermittelt Fachleute. Weiterführende behördliche Kontrollinstrumente sind in der Schweiz im Bereich der Lohngleichheit nicht vorhanden. In den letzten Jahren wurden Vorstösse, welche stärkere gesetzliche Regelungen im GIG oder die verbindliche Überprüfung der Lohngleichheit forderten, so etwa die Einführung einer „Behörde mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen“ oder die Einführung von LohngleichheitsinspektorInnen in Zusammenarbeit mit paritätischen

¹⁴³ Z.B. Zertifizierung equal-salary: <<http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00072/00381/index.html?lang=de>>, Zugriff 15.07.13.

¹⁴⁴ Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz vom 17.12.1993, SR 822.14.

¹⁴⁵ Das Mitwirkungsgesetz sieht die Information/Konsultation hinsichtlich von Arbeitssicherheit, Arbeitnehmerschutz, Übergang von Betrieben und bei Massenentlassungen vor.

¹⁴⁶ Art. 8 Abs. 1 lit. c BöB (Bundesebene), teilweise auch auf kantonaler Ebene, vgl. Art. 24 Abs. 1 lit. f ÖBV Kt. BE.

schen Organen der Tarifparteien, abgelehnt oder sistiert.¹⁴⁷ Gemäss Artikel 8 Absatz 3 BV muss die Lohnleichheit zwischen Frau und Mann von allen Unternehmen in der Schweiz befolgt werden – die Gesetzgebung betrifft folglich nicht nur eine (kleine) Auswahl an Firmen oder bestimmte Branchen. Aus dieser Perspektive erscheint eine behördliche Stichprobenkontrolle sachgerecht, bei welcher die gesamte Lohnstruktur der untersuchten Unternehmung einer Kontrolle unterworfen wird. Wie einleitend dargestellt, empfehlen wir, die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde hinsichtlich der Kontrolle von Unternehmen auf diese Stichproben zu beschränken und sie nicht auf Untersuchungen in Einzelfällen/„Beschwerdefällen“ auszudehnen. Die Fallstudien haben aufgezeigt, dass die Kooperationsbereitschaft der Unternehmen bei behördlichen Kontrollen – insbesondere wenn weiterführende Durchsetzungsinstrumente bestehen – hoch ist und dazu führt, dass die Betriebe in der Folge häufig selber Massnahmen ergreifen, um den gesetzlichen Verpflichtungen nachzukommen. Mit dem Stichproben-Ansatz wird zudem der Fokus weg vom diskriminierten Einzelfall hin zur Aufdeckung struktureller Probleme, welche eine Diskriminierung zur Folge haben, verschoben. Analog der Preisüberwachung könnte sich die entsprechende mit der Kontrolle betraute staatliche Stelle jährlich bestimmte Branchen vornehmen, deren Lohnstruktur sie näher untersuchen will.

Die Stichprobenkontrolle sollte sich auf die Einhaltung der Pflicht zur Erstellung der innerbetrieblichen Lohnanalysen und die Einhaltung der Lohnleichheit beziehen. Die entsprechenden Herausgabe- und Mitwirkungspflichten der Unternehmen und die Untersuchungsbefugnisse der Behörde müssen gesetzlich verankert werden (vgl. Empfehlung 6). Der Behörde sollte die Befugnis eingeräumt werden, die Nichteinhaltung der Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse zu sanktionieren.

Empfehlung 3: Fokus auf Beratung/Vermittlung (CI)

Entsprechend dem schwedischen Beispiel sollte die Behörde die Aufgabe/Befugnis haben, Firmen und Angestellte zu beraten und in den Stichprobenfällen bei festgestellter Lohndiskriminierung eine einvernehmliche Lösung zur Beseitigung der Lohndiskriminierung zu suchen. Noch weiterführend wäre ein Mandat der Behörde, in den Stichprobenfällen Verhandlungen auch hinsichtlich von *Lohnnachzahlungen* zu führen; auf diese Weise wäre das Verhandlungsmandat der Behörde mit dem zivilrechtlichen Anspruch auf Lohnleichheit, welcher bis zu fünf Jahre zurück durchgesetzt werden kann, kongruent.. Die Teilnahme an diesen Vermittlungsverhandlungen sollte obligatorisch erklärt werden.

Die Variante, wonach eine Vermittlung zu einer Erarbeitung von Lohnleichheitsplänen in den Unternehmen führen könnte, ist hingegen nicht zu empfehlen. Hier würden sich gegenüber den Ansprüchen einzelner Geschädigter Abgrenzungsprobleme ergeben, weil die Arbeitnehmenden bei festgestellter Lohndiskriminierung grundsätzlich einen unmittelbaren Anspruch auf Beseitigung und Entschädigung haben. Die Möglichkeit einer gestuften Anpassung der Löhne dürfte mit diesem Anspruch nicht vereinbar sein.

¹⁴⁷ Vgl. <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20063033> und <http://www.parlament.ch/afs/data/d/bericht/2006/d_bericht_n_k10_0_20060451_0_20070904.htm>, Zugriff 22.7.13.

Empfehlung 4: Behördliche Empfehlung (C2) und Behördenklagerecht (D3), in Ergänzung zur Durchsetzung der Analyse- und Mitwirkungspflicht (D2)

Für den Fall, dass keine im Rahmen der Vermittlungsverhandlung einvernehmliche Lösung gefunden wird, kann der Behörde in einem ersten Schritt die Befugnis eingeräumt werden, eine Empfehlung an die Unternehmen zur Beseitigung der Lohndiskriminierung zu richten. Analog zum vorstehend erwähnten Vorschlag betreffend Beratung/Vermittlung könnte sich diese Empfehlung auch auf die Lohnnachzahlung für einen Zeitraum von max. fünf Jahren erstrecken. Damit würde Gegenstand der Empfehlung, was Geschädigte auch zivilgerichtlich maximal fordern können. Besteht in einer Firma eine ArbeitnehmerInnenvertretung gemäss Mitwirkungsgesetz, ist die Empfehlung in den Stichprobenfällen auch dieser Vertretung zur Kenntnis zu bringen.

Um die eigentliche Durchsetzung des Lohnanspruchs auf struktureller Ebene zu verbessern, sollte die Behörde weitere Befugnisse erhalten, wenn ihre Empfehlungen nicht befolgt werden: Wir empfehlen für die Stichprobenfälle ein Behördenklagerecht wie im Fallbeispiel Schweden und ähnlich der Konzeption im schweizerischen Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Wie die untersuchten Fallbeispiele zeigen, erhöht die Möglichkeit einer Behördenklage in den Stichprobenfällen den Anreiz für einvernehmliche Lösungen und verbessert die Motivation zur Befolgung der Empfehlungen. Folglich regen wir an, in den Stichprobenfällen ein Behördenklagerecht zu verankern. Dieses Behördenklagerecht würde die heute bereits bestehenden Klagebefugnisse von Geschädigten und Organisationen/Gewerkschaften nicht ersetzen, sondern *ergänzen*: Weiterhin stünde den Geschädigten von Lohndiskriminierung die Klage nach Art. 5 GlG offen. Ferner könnten auch die Organisationen/Gewerkschaften weiterhin im eigenen Namen gerichtlich feststellen lassen, dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn der Ausgang des Verfahrens sich voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken wird (vgl. Art. 7 GlG).

Noch weiterführend wäre ein Modell, nach welchem die Behörde bei Verletzung des Lohngleichheitsgrundsatzes gegen fehlbare Unternehmen finanzielle Sanktionen in angemessener Höhe aussprechen kann. In einem Modell mit Parallelismus zwischen Verwaltungsverfahren (Sanktionierung von Lohndiskriminierung) und Zivilverfahren (Entschädigungsforderung) müssten die Kompetenzen ähnlich wie im Kartellrecht abgegrenzt werden. Dies wäre zweifellos das Modell mit den stärksten Durchsetzungsstrukturen. Für den Bereich der Lohngleichheit zeigen sich jedoch gewisse Schwächen. Da die Untersuchung und Sanktionierung im Bereich Lohngleichheit ausserhalb eines Bewilligungs- oder Konzessionsregimes stattfindet, kommt einzig eine finanzielle Sanktion in Frage. Damit diese präventiv wirken könnte, müsste sie eine angemessene Höhe aufweisen. Ein Modell, in welchem eine Administrativbehörde entsprechende finanzielle Sanktionen gegen Unternehmen ausspricht, ist allerdings umstritten (vgl. die laufende Kartellgesetzrevision). Ein Sanktionssystem müsste wohl ähnlich der Regelung im Rahmen der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit bei ave-GAV voraussetzen, dass die Lohndiskriminierung klar belegt ist (z.B. anhand der Lohnanalysen oder weiterer Untersuchungsergebnisse) und im Fall einer verwaltungsstrafrechtlichen Busse qualifizierende Merkmale wie Mutwilligkeit oder Gewinnabsicht vorliegen. Im Vergleich ist ein Modell mit Behördenklagerecht vorzuziehen.

Von vornherein nicht für eine Übertragung auf schweizerische Verhältnisse geeignet ist die Durchsetzung der Lohnansprüche von Geschädigten durch Verfügung (wie im Modell Ontario). Da es sich bei Lohnforderungen und Lohnnachzahlungen grundsätzlich um zivilrechtliche Ansprüche zwischen privaten Parteien handelt, ist die Verfügung allfälliger Lohnnachzahlungen durch eine Verwaltungsbehörde im schweizerischen Recht systemwidrig und daher nicht zu empfehlen.

Empfehlung 5: Verankerung eines Kommissionsmodells auf Bundesebene
Da gerade grössere Firmen in der Schweiz über die Kantons Grenzen hinaus Geschäftsniederlassungen besitzen, empfehlen wir für eine Stichprobenkontrolle die Einrichtung einer Behörde auf Bundesebene. Für eine Bündelung der Kompetenzen beim Bund spricht auch die Einheitlichkeit des Vollzugs im Rahmen dieser Stichprobenverfahren. Eine praktikable und pragmatische Lösung könnte darin liegen, das Sekretariat in eine bestehende Behörde, zum Beispiel das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, einzugliedern und dieser Behörde eine Kommission zur Seite zu stellen. Hier sind grundsätzlich zwei Modelle denkbar: So ist eine Vertretung der SozialpartnerInnen in der Kommission möglich. Das Modell mit Sozialpartnerkommission finden wir in allen drei von uns untersuchten ausländischen Fallstudien sowie bei kantonalen Schlichtungsstellen nach Gleichstellungsgesetz. Allerdings muss beachtet werden, dass bei der individuellen Lohndiskriminierung sachliche Aspekte im Vordergrund stehen und es weniger um einen politisch verhandelbaren Gegenstand geht. Dies würde wiederum eher für die Etablierung einer Kommission sprechen, welche sich aus nicht sozialpartnerschaftlich gebundenen Expertinnen und Experten (Sachverständigen) zusammensetzt.

Empfehlung 6: Ergänzung der gesetzlichen Grundlage
Sowohl die Einführung einer Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse als auch die erweiterten Behördenbefugnisse bedürfen einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn. Zu empfehlen sind entsprechende Ergänzungen der gesetzlichen Grundlagen, namentlich des Gleichstellungsgesetzes:

- die Regelung der Organisation der Behörde;
- die Verpflichtung der Unternehmen (ab einer bestimmten festzulegenden Grösse) zur periodischen Erstellung von standardisierten Lohnvergleichsanalysen;
- die Pflicht der Unternehmen, die Löhne (innerhalb einer gesetzlich festzulegenden Frist) anhand der Ergebnisse der innerbetrieblichen Lohnanalyse anzupassen und Lohnnachzahlungen zu leisten;
- die Befugnis der Behörde, Kontrollen im Rahmen einer Stichprobenkontrolle vorzunehmen, die sich sowohl auf die Einhaltung der Pflicht zur Erstellung der Lohnanalysen wie die Einhaltung der Lohngleichheit beziehen;
- die Regelung des Verfahrens auf einvernehmliche Lösung unter Mitwirkungspflicht der Unternehmen sowie die Modalitäten der behördlichen Empfehlung;
- die Mitwirkungspflichten der Unternehmen im Rahmen dieser Verfahren;
- die Regelung der Behördenklage vor Zivilgerichten in den Stichprobenfällen.

IMPRESSUM

WEITERE INFORMATIONEN

INTERFACE

Politikstudien Forschung Beratung

Seidenhofstr. 12

CH-6003 Luzern

Tel +41 (0)41 226 04 26

www.interface-politikstudien.ch

PROJEKTFERENZ

Luzern, 24. Oktober 2013

Projektnummer: P13-13

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

Rapport établi à l'intention de l'Office fédéral de la justice (OFJ) et du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG)

Lucerne, le 24 octobre 2013

Interface Politikstudien Forschung Beratung

Franziska Müller (direction du projet)

mueller@interface-politikstudien.ch

Ariane Itin

itin@interface-politikstudien.ch

Christof Schwenkel

schwenkel@interface-politikstudien.ch

Universität de Berne

Judith Wyttenbach, professeure (expertises juridiques)

judith.wyttenbach@oefre.unibe.ch

Adrian Ritz, professeur (expertises relatives à la gestion du personnel)

adrian.ritz@kpm.unibe.ch

SOMMAIRE

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

CONDENSÉ

Situation de départ

L'écart moyen de salaire entre hommes et femmes s'élève à 23,6 pourcent dans le secteur privé (en 2010),¹ dont 37,6 pourcent ne peuvent être expliqués de manière objective et sont donc discriminatoires. La discrimination salariale se monte par conséquent à 8,7 pourcent en moyenne. La différence salariale incriminée ne s'est que peu réduite au cours des dernières années.

Le principe qui veut que les femmes et les hommes aient droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale est inscrit dans la Constitution depuis 1981. La loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg), entrée en vigueur en 1996, entend faciliter la concrétisation du droit à un salaire égal (art. 5 LEg). A l'heure actuelle, la réalisation de l'égalité des salaires dépend de la disposition des victimes, respectivement des associations de travailleurs, à intenter une action en justice. Certes, quelques « procès pilote » ont eu des résultats positifs, mais ils ont pour la plupart été menés à l'encontre d'employeurs publics. Malgré une protection contre les licenciements, l'allègement du fardeau de la preuve et la maxime inquisitoire, le système actuel est considéré comme insuffisant, notamment lorsque la discrimination salariale est le fait d'employeurs privés. L'effet préventif sur l'économie privée est faible, les entreprises sont trop peu incitées à structurer leurs salaires de manière non discriminatoire. La réalisation de l'égalité des salaires repose entièrement sur les lésés, qui renoncent souvent à intenter une action. Hormis dans le domaine des marchés publics, aucune autorité en Suisse ne dispose de compétences de contrôle et de mise en application en matière d'égalité des salaires.

La présente étude met en évidence les instruments étatiques de contrôle et de mise en application qui pourraient être utilisés en Suisse en vue de réaliser l'égalité des salaires. Conformément au mandat reçu, l'étude s'est concentrée sur les rapports de travail relevant du droit privé. La question de savoir sous quelle forme les mesures proposées peuvent être transposées dans le secteur public (Confédération, cantons et communes) devrait faire l'objet d'une analyse complémentaire approfondie.

Pour effectuer la présente analyse, nous avons tout d'abord réuni des informations relatives aux instruments d'application suisses dans des domaines autres que celui de l'égalité des salaires. Les quatre cas étudiés concernent la Surveillance des prix, la Commission fédérale des maisons de jeu, l'exécution des mesures d'accompagnement à la liberté de circulation des personnes et la lutte contre le blanchiment d'argent. Ensuite, nous avons examiné les instruments étatiques de réalisation de l'égalité des salaires existant en Suède, en Autriche et dans la province de l'Ontario. Outre l'analyse des documents à notre disposition, nous avons complété notre enquête par des entretiens avec des experts, afin, dans la mesure du possible, d'exprimer l'efficacité des modèles étudiés au moyen d'indicateurs quantifiables (indications du nombre et du type d'adaptations que les entreprises ont effectuées à la suite des contrôles). Mais nous ne

¹ Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (2013) : Vers l'égalité des salaires ! Faits et tendances. Berne

dispositions que partiellement de telles indications quantitatives, raison pour laquelle, en règle générale, nous avons dû nous fier aux estimations des experts interrogés, respectivement à leur évaluation qualitative. Finalement, nous avons établi une synthèse des résultats obtenus et élaboré des variantes d'un contrôle et d'une mise en application de l'égalité des salaires entre femmes et hommes en Suisse dans le cadre de rapports de travail relevant du droit privé.

Cas étudiés en Suisse

Il existe en Suisse des modèles de contrôle et de mise en application étatiques dans plusieurs domaines. Quatre d'entre eux ont fait l'objet d'un examen approfondi pour les besoins de la présente étude. Il s'agit de la Surveillance des prix, de la Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ), de l'exécution des mesures d'accompagnement à la liberté de circulation des personnes et de la lutte contre le blanchiment d'argent.

Dans deux modèles, l'exécution des dispositions de droit fédéral est appliquée par une autorité fédérale (Surveillant des prix, CFMJ). Dans le modèle des mesures d'accompagnement l'exécution incombe aux offices cantonaux et aux partenaires sociaux. En ce qui concerne la lutte contre le blanchiment d'argent, il s'agit en grande partie d'un système d'autorégulation sous l'égide de la loi et de l'administration, dans lequel le contrôle de la majorité des entreprises est assuré par l'un des organismes d'autorégulation reconnus (p. ex. surveillance des sociétés fiduciaires, conseillers en placement, notaires), respectivement agréés par la FINMA.

Dans les modèles du Surveillant des prix et de la CFMJ comme dans celui des mesures d'accompagnement, les investigations et les contrôles sont effectués d'office ou sur communication. Le Surveillant des prix et les autorités chargées des mesures d'accompagnement procèdent à des contrôles par sondage. Dans le deuxième cas, l'exécution est divisée en deux : les commissions tripartites cantonales sont compétentes pour les contrôles dans les branches sans convention collective de travail déclarée de force obligatoire (CCT non DFO) et, pour les branches disposant d'une convention collective de travail déclarée de force obligatoire (CCT DFO), cette compétence est assumée par les commissions paritaires. L'exécution des contrôles est en partie confiée à des associations de contrôle du marché du travail sur la base de conventions de prestations. Comparé à d'autres modèles, la CFMJ se caractérise par un contrôle strict, fortement réglementé par la loi, qui prévoit des inspections annuelles automatiques (dans certains cas avec le concours d'organes cantonaux) dans *toutes* les maisons de jeu et qui impose une obligation de déclarer ainsi que le recours à des sociétés d'audit spécialisées pour la révision des comptes. Le modèle des organismes d'autorégulation (OAR), instauré dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent, table sur une surveillance assurée par les branches elles-mêmes. Ils sont toutefois à leur tour soumis à un contrôle administratif et à une autorisation de la Confédération. Les règlements des OAR précisent de quelle manière leurs membres doivent répondre à leurs obligations et en contrôlent en général chaque année l'observation. Les intermédiaires financiers sont en outre soumis à un contrôle annuel effectué par une société d'audit externe agréée.

Dans les modèles du Surveillant des prix, de la CFMJ et des mesures d'accompagnement dans les domaines des CCT DFO, les autorités disposent de larges

compétences de contrôle et d'application. Si aucun accord amiable n'est atteint, le Surveillant des prix peut imposer la réduction ou le report de l'augmentation de prix par voie de décision. La voie de recours mène au Tribunal administratif fédéral (TAF). Ont qualité pour agir les entreprises touchées et les organisations de consommateurs. Par crainte de nuire à leur réputation, les entreprises ne laissent que très rarement la situation aboutir à une décision. D'une manière générale, on reconnaît à ce modèle un effet préventif important du fait qu'il est assorti de relations publiques actives et que les solutions amiables ainsi que les décisions sont publiées. Quant à la CFMJ, ses compétences d'application s'étendent des décisions spécifiques (p. ex. modification de l'offre de jeu) jusqu'au retrait de la concession. Compte tenu du contrôle de l'ensemble des entreprises concernées, ce modèle est efficace mais son champ d'application restreint (21 maisons de jeu) le rend toutefois peu transposable dans d'autres domaines. Il génère par ailleurs une charge de travail importante. Les mesures d'accompagnement présentent, dans les branches avec CCT DFO, une coexistence de procédures de droit civil et de droit administratif, puisque l'autorité compétente peut prononcer des sanctions administratives en cas de violation des dispositions sur les salaires minimaux. Elle n'est en revanche pas habilitée à rendre une décision sur des rattrapages de salaire, qui doivent faire l'objet d'une action auprès d'un tribunal civil, respectivement être revendiqués conformément aux mécanismes prévus dans la CCT. Dans le domaine des CCT non DFO, l'autorité ne dispose par contre que de compétences d'application restreintes. Elle n'a que le pouvoir d'enjoindre l'entreprise à respecter les conditions salariales usuelles dans la branche et la région. Dans la lutte contre le blanchiment d'argent, les OAR peuvent engager une procédure de sanction et avoir recours aux services d'un chargé d'enquête. Les sanctions consistent en un avertissement, une peine pécuniaire ou l'exclusion de l'intermédiaire financier. Les litiges sont d'ordinaire tranchés par un tribunal arbitral. Les OAR sont eux-mêmes soumis à la surveillance de la FINMA. Ces deux organes avisent le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent s'il existe des raisons de soupçonner une infraction à la législation sur le blanchiment d'argent. Le système d'autorégulation visant à assurer le contrôle du respect de la législation en matière de blanchiment d'argent est bien accepté par les intermédiaires financiers, entre autres parce que les OAR sont adaptés aux spécificités de la branche. Cette solution a l'avantage de garantir la proximité avec les marchés. En outre, les coûts primaires des contrôles sont externalisés.

Cas étrangers étudiés

L'Ontario, l'Autriche et la Suède ont été examinés car ils disposent d'instruments étatiques destinés à réaliser l'égalité des salaires entre les hommes et les femmes. Tandis qu'en Suède et en Autriche il s'agit à la fois de salaire égal pour un travail égal ou de même valeur (quoique la notion de travail de même valeur soit appliquée différemment), nous nous sommes concentrés dans le cas de l'Ontario sur la notion de travail de même valeur en raison de la différence historique entre *equal pay* et *pay equity*.

Ces modèles ont tous en commun qu'ils imposent à une partie des employeurs (généralement en fonction du nombre de personnes employées) d'analyser leurs salaires sous l'angle des différences discriminatoires existant entre les femmes et les hommes et d'établir un rapport (obligation d'analyse interne à l'entreprise). Cette transparence est un élément fondamental pour permettre de constater dans quelle mesure les femmes reçoivent moins de salaire au sein d'une organisation donnée et dans quelle proportion

cette différence est à mettre sur le compte du sexe. En Ontario et en Suède, un organe étatique (*Pay Equity Office*, bureau de la médiation) est en outre chargé de procéder à des contrôles d'office auprès des entreprises et de vérifier à cette occasion si elles se plient à leurs obligations légales. Il en découle un effet préventif non des moindres, qui dépend toutefois fortement de l'intensité de la mise en œuvre par les organes étatiques et des potentielles sanctions que les employeurs ont à craindre.

Dans l'ensemble, les organes étatiques de l'Ontario disposent des bases légales et de la mise en œuvre la plus marquée. Leurs compétences vont, contrairement à celles observées en Suède et en l'Autriche, au-delà de l'application de l'obligation de déclarer et des obligations de transmettre et de collaborer. L'autorité peut en effet prononcer des décisions afin de faire appliquer l'égalité des salaires, respectivement d'éliminer la discrimination salariale. La Suède se situe à mi-chemin. Outre des compétences d'application en matière d'obligation de procéder à une analyse interne à l'entreprise et de collaborer lors des contrôles, l'autorité peut, avec le consentement de la personne lésée, intenter elle-même une action devant le tribunal du travail lorsqu'aucune solution amiable n'a pu être trouvée. L'Autriche peut être considérée comme le modèle le moins progressiste. Les syndicats doivent intenter une action lorsque les employeurs ne suivent pas les injonctions de l'autorité les engageant à éliminer la discrimination salariale. L'inconvénient de ce système réside dans le fait que l'obtention des prétentions incombe finalement aux victimes de la discrimination et qu'elle reste généralement limitée aux cas individuels. A cet égard, il ressort du modèle de l'Ontario qu'il est le plus efficace pour éliminer les différences de salaire entre les femmes et les hommes. Mais même dans ce cas, il n'est pas non plus possible de déterminer clairement dans quelle mesure les instruments d'application étatiques ont contribué à la réduction de la différence de salaire.

Hormis les obligations proactives des employeurs et les compétences de contrôle et d'application administratives, des facteurs mous contribuent dans les trois cas étudiés à réduire la discrimination salariale fondée sur le sexe. On peut citer la collaboration constructive entre les travailleurs et organes étatiques d'un côté et les employeurs de l'autre. De plus, la sensibilisation au thème de l'égalité des salaires, qui découle aussi bien des mesures proactives que des activités complémentaires (information et conseils, développement d'outils et de guides d'analyse des salaires) peut être considérée comme un facteur de succès dans ces trois pays.

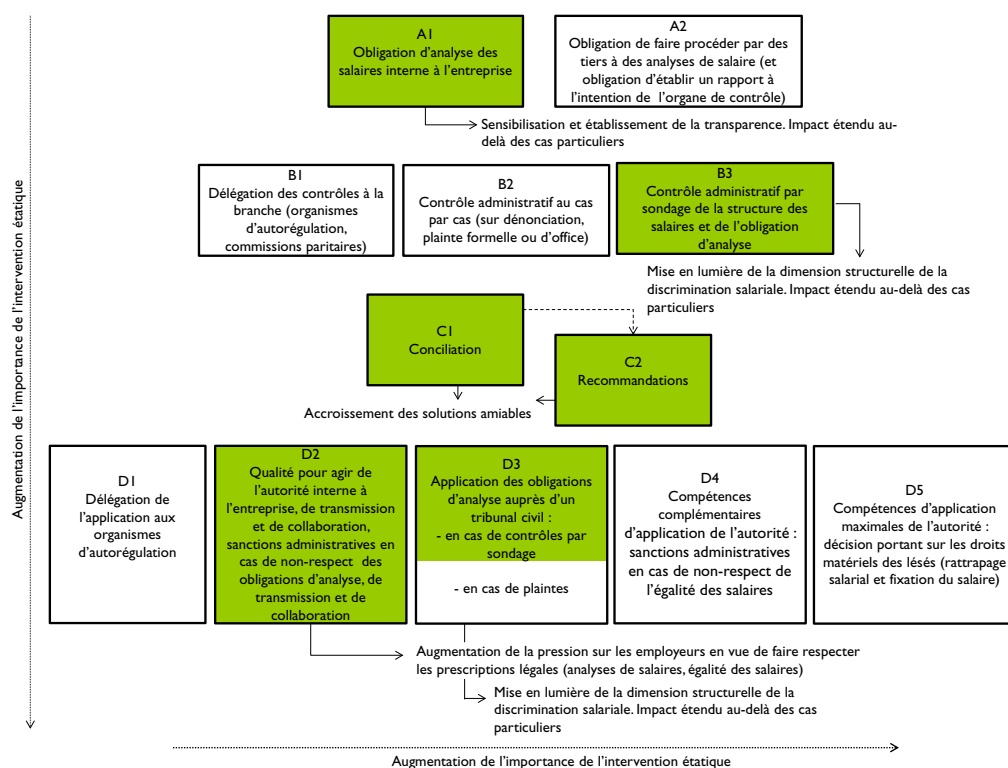
Synthèse et recommandations

Les cas suisses et étrangers étudiés ont fait l'objet d'une synthèse. Il importe de constater que les trois pays examinés continuent à être confrontés au problème du non-respect de l'égalité des salaires. Dans ces conditions, il n'est pas possible de présenter un « modèle idéal » qui permettrait la réalisation de l'égalité des salaires. En revanche, les trois modèles présentent des aspects (ayant fait leurs preuves) susceptibles de contribuer à prévenir, à identifier et à éliminer la discrimination salariale en Suisse. Les études de cas suisses présentent aussi des aspects intéressants. Elles ne peuvent toutefois que partiellement être comparées et transposées aux modèles d'application de l'égalité des salaires, puisque, à l'exception du régime de sanctions des mesures d'accompagnement dans le domaine des CCT DFO, il ne s'agit pas de faire valoir les droits de victimes privées.

Pour effectuer la synthèse, nous avons distingué plusieurs étapes du contrôle étatique et de l'application de l'égalité des salaires : en amont du contrôle et de l'application étatiques, nous définissons l'analyse interne à l'entreprise (A) qui exige des entreprises qu'elles prennent des mesures proactives. Nous prenons en considération en deuxième lieu les mesures de contrôle administratives (B). Après les contrôles, intervient la phase de la conciliation et des recommandations (C) et, finalement, la phase de l'application (D).

Ces différentes variantes sont représentées dans le tableau ci-après. Celles que nous recommandons sont marquées en vert, y compris l'impact qui en est attendu (flèches).

Aperçu des variantes conceptuelles



En vert : variantes recommandées ; flèches : impact attendu.

Les cas étudiés et les conditions légales prévalant en Suisse nous ont amenés à formuler *six recommandations* concernant la forme que pourrait revêtir un modèle suisse de contrôle et d'application de l'égalité des salaires. Cependant, il est envisageable de ne mettre en œuvre que certaines de ces variantes. L'impact attendu en serait toutefois amoindri.

Nous recommandons à titre principal de restreindre la compétence de l'autorité administrative en ce qui concerne les contrôles, la conciliation et la mise en œuvre à des *contrôles par sondage* et à ne pas l'étendre au traitement des plaintes individuelles. Cette mesure permettrait à l'autorité administrative de contrôler certaines branches et d'examiner, au moyen des analyses de salaires à établir par les entreprises, la structure des salaires globale de l'entreprise considérée. On pourrait ainsi éviter un recouplement

avec les actions de droit civil engagées par des lésés et avec la procédure de conciliation qui la précède. La solution des contrôles par sondage permet en outre de contribuer, au-delà du cas de discrimination considéré, à mettre en lumière et à éliminer des problèmes structurels à l'origine d'une discrimination.

Conformément au mandat reçu, les recommandations concernent en outre avant tout la réalisation de l'égalité des salaires dans les entreprises privées. Une transposition dans le secteur public devrait faire l'objet d'une analyse complémentaire approfondie.

- 1 *Introduction d'une obligation d'analyse interne des salaires de l'entreprise*: les chiffres relatifs à l'écart discriminatoire des salaires entre femmes et hommes, qui ne s'est que très peu réduit depuis des années, suggèrent que les travailleurs autant que les employeurs ne sont souvent pas conscients de l'existence d'une discrimination salariale. Considérée sous cet angle, l'introduction d'une obligation d'analyse des salaires interne à l'entreprise semble constituer une condition majeure pour sensibiliser les entreprises et assurer la transparence (variante A1 dans le tableau ci-avant). Cet élément est la force motrice de ces mesures proactives. L'application observée dans les cas étrangers présente pourtant de grandes lacunes dans ce domaine, ce qui implique que l'introduction d'une obligation d'analyse interne à l'entreprise doit impérativement être accompagnée de mesures de contrôle (cf. recommandation 2) et de sanctions en cas de violation de l'obligation d'analyse. Sur la base de dispositions légales claires (cf. recommandation 6), les entreprises comptant au minimum 50 collaborateurs devraient être tenues de vérifier leurs salaires à intervalles réguliers (p. ex. tous les trois ans) et d'établir un rapport interne ainsi que, en cas de besoin, de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'égalité des salaires.
- 2 *Introduction d'un contrôle administratif par sondage*: au vu des bases légales existantes, l'égalité des salaires entre femmes et hommes doit être appliquée dans toutes les entreprises de Suisse. La législation ne concerne par conséquent pas qu'une sélection (restreinte) d'entreprises ou de branches. Sous cet angle, il apparaît pertinent de mettre en place un contrôle administratif par sondage (variante B3 dans le tableau ci-avant). Les cas étudiés ont révélé que les entreprises sont largement disposées à coopérer lors des contrôles administratifs – notamment lorsque des instruments d'application complémentaires existent – et que, par conséquent, elles prennent fréquemment elles-mêmes des mesures pour satisfaire aux obligations légales. Le contrôle par sondage devrait se limiter au respect de l'obligation d'établir une analyse des salaires et à celle d'observer l'égalité des salaires. Les obligations de collaborer des entreprises et les compétences de contrôle de l'autorité qui en sont les corrélatifs doivent être fixées dans la loi. L'autorité devrait avoir le pouvoir de sanctionner le non-respect de l'obligation de déclarer.
- 3 *Conseils et conciliation*: l'analyse de la situation sur le plan de l'égalité des salaires, notamment des cas étrangers, a révélé qu'on pouvait dans de nombreuses occasions parvenir à une solution amiable entre les parties (soit entre les employeurs et les travailleurs soit entre les employeurs et l'autorité administrative) et qu'on en arrivait rarement à de réelles mesures d'exécution ou à une contrainte imposée par l'administration. L'autorité devrait dès lors avoir la tâche et la compétence de conseiller les entreprises et de chercher, dans le cadre des contrôles par

sondage et avec les employeurs, une solution amiable qui permette d'éliminer la discrimination salariale (variante C1 dans le tableau ci-avant). Habilitier l'autorité à négocier des *rattrapages de salaire* dans le cadre des contrôles par sondage serait encore plus utile. La participation des employeurs à ces séances de conciliation devrait être déclarée obligatoire.

- 4 *Recommandations administratives et qualité pour agir donnée à l'autorité* : si les parties ne parvenaient pas à trouver une solution à l'amiable dans le cadre de la conciliation, l'autorité pourrait, dans un premier temps, être dotée de la *compétence d'adresser une recommandation à l'entreprise en vue d'éliminer la discrimination salariale* (variante C2 dans le tableau ci-avant). De la même manière que la proposition faite ci-avant en matière de conseils et de conciliation, cette recommandation pourrait s'étendre au paiement d'un rattrapage salarial pouvant remonter jusqu'à cinq ans au maximum. De cette façon, l'objet de la recommandation correspondrait à la prétention maximale que les lésés peuvent faire valoir devant les tribunaux civils. Si la firme dispose d'une représentation des travailleurs, la recommandation doit aussi lui être communiquée.

Pour améliorer la concrétisation du droit au salaire sur un plan plus large, l'autorité devrait être dotée de compétences complémentaires. Dans la mesure où les demandes salariales et les rattrapages de salaire sont en principe des prétentions de droit civil entre parties privées, la voie purement administrative voulant qu'une décision portant sur d'éventuels rattrapages de salaire soit rendue par une autorité administrative (comme c'est le cas en Ontario) est incompatible avec le droit suisse. Il y a lieu d'y préférer, pour les contrôles par sondages, la solution prévoyant la dotation à l'autorité de la qualité pour agir, comme dans le cas suédois et de manière analogue à la conception de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (variante D3 dans le tableau ci-avant). Comme le montrent les cas étudiés, l'éventualité d'une action intentée par l'autorité incite plus fortement les entreprises à rechercher des solutions à l'amiable et accroît leur motivation à suivre les recommandations. C'est pourquoi nous suggérons d'inscrire dans la loi un droit de l'autorité à intenter une action qui ne remplacerait pas les compétences d'ester en justice préexistantes des lésés, des organisations et des syndicats, mais qui les *compléterait*. Les victimes de discrimination salariale auraient toujours la possibilité d'intenter une action conformément à l'article 5 LEg. Par ailleurs, les organisations et les syndicats continueraient à disposer de la qualité pour agir en leur propre nom en vue de faire constater une discrimination, lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail (cf. art. 7 LEg).

- 5 *Instauration d'un modèle d'autorité avec commission sur le plan fédéral* : le fait que, en Suisse, de grandes firmes possèdent des filiales au-delà des frontières cantonales nous amène à recommander la mise en place d'une autorité sur le plan fédéral pour effectuer les contrôles par sondage. L'harmonisation de l'exécution de ces investigations parle aussi en faveur d'une concentration au niveau fédéral. Une solution réalisable et pragmatique pourrait être d'intégrer le secrétariat à une autorité existante telle que le Bureau de l'égalité entre femmes et hommes et de lui rattacher une commission. Deux modèles sont envisageables : une représentation des partenaires sociaux siège dans la commission. Nous trouvons ce modèle de

commission comprenant des partenaires sociaux dans les trois cas étrangers examinés ainsi que dans les offices cantonaux de conciliation au sens de la loi sur l'égalité. Il importe toutefois d'observer que, lorsqu'on est en présence d'une discrimination salariale individuelle, les aspects objectifs priment et qu'il est moins question d'un objet à négocier sur le plan politique. Cet argument serait plutôt favorable à l'établissement d'une commission composée d'experts indépendants des partenaires sociaux.

- 6 *Adjonctions aux bases légales* : l'introduction d'une obligation d'analyse interne à l'entreprise aussi bien que celle de compétences élargies de l'autorité nécessitent une base légale formelle. Nous recommandons de procéder aux adjonctions nécessaires dans les bases légales, en particulier dans la loi sur l'égalité.

I INTRODUCTION

L'écart moyen de salaire entre hommes et femmes s'élève à 23,6 pourcent dans le secteur privé (2010),² dont 37,6 pourcent ne peuvent être expliqués de manière objective et sont donc discriminatoires. La discrimination salariale se monte par conséquent à 8,7 pourcent en moyenne. La différence des salaires incriminée ne s'est que peu réduite au cours des dernières années.

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

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

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

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

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

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

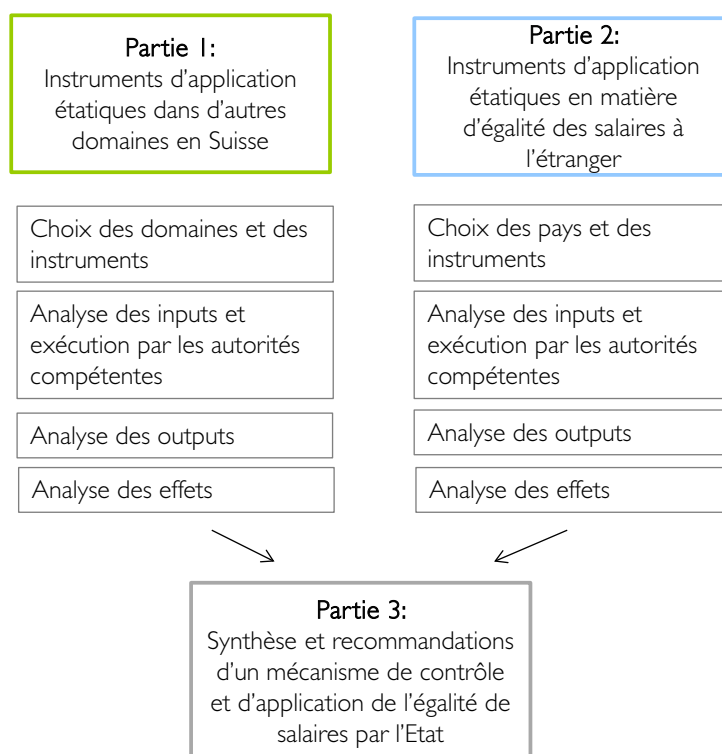
La présente étude entend mettre en évidence les instruments étatiques de contrôle et de mise en application étatiques qui pourraient être utilisés en Suisse en vue de réaliser l'égalité des salaires. Conformément au mandat reçu, l'étude s'est concentrée sur les instruments de contrôle et de mise en application concernant les employeurs privés. La question de savoir sous quelle forme les mesures proposées peuvent être transposées dans le secteur public (Confédération, cantons et communes) devrait faire l'objet d'une analyse complémentaire approfondie.

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

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

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

Tableau 2.1: Aperçu des différentes parties de l'étude



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

2.1 OBJETS DE L'ENQUÊTE

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2 MÉTHODOLOGIE

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

Sélection des cas

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

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

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

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

Analyse des documents

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

Personnes interrogées

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

Tableau 2.3 : Personnes interviewées – études de cas suisses

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

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

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

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

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

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

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

Limites de l'enquête

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

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

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

2.3 PORTÉE DE L'ENQUÊTE

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

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

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

3.1 SURVEILLANCE DES PRIX

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

3.1.1 CONCEPT ET MISE EN OEUVRE

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

Portée

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

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

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

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

Compétence d'exécution

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

Organisation des autorités

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

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

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

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

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

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

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

Ressources

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

Obligation de déclarer et d'annoncer

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

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

Compétences d'investigation

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

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

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

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

Exécution

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

Autres compétences

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

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

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

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

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

Position des lésés et des tiers

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

Voies de droit ouvertes contre les décisions des autorités

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

3.1.2 OUTPUT

Nombre d'enquêtes

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

Nombre d'infractions et conséquences juridiques

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

Durée de la procédure de contrôle

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

3.1.3 EFFETS

Adaptations concrètes dans les entreprises

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

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

Autres effets

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

Effets sur la société

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

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

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

3.2 COMMISSION FÉDÉRALE DES MAISONS DE JEU

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

3.2.1 CONCEPT ET MISE EN ŒUVRE

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

Portée

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

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

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

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

Compétence d'exécution

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

Organisation des autorités

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

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

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

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

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

Ressources

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

Obligations de déclarer

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

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

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

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

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

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

Investigations et exécution

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

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

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

Dispositions pénales

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

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

Autres compétences

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

Voies de droit

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

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

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

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

3.2.2 OUTPUT

Nombre d'inspections

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

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

Nombre d'infractions décelées et conséquences juridiques

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

Durée du processus de contrôle

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

3.2.3 EFFETS

Adaptations concrètes dans les entreprises

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

Autres effets

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

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

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

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

Effets sur la société

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

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

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

3.3.1 CONCEPT ET MISE EN ŒUVRE

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

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

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

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

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

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

Portée

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

Compétence d'exécution et organisation des autorités

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

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

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

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

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

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

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

Ressources

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

Obligations de déclarer

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

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

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

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

Compétences d'investigation

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

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

Exécution et dispositions pénales

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

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

⁴⁰ Baustellenkontrolle Basel (2011) : Jahresbericht 2010

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

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

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

Voies de droit ouvertes contre les décisions administratives

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

3.3.2 OUTPUT

Nombre d'investigations

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

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

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

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

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

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

Nombre d'infractions décelées et conséquences juridiques

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

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

Durée de la procédure de contrôle

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

3.3.3 EFFETS

Adaptations concrètes au sein des entreprises

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

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

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

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

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

Autres effets

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

Effets sur la société

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

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

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

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

3.4.1 CONCEPT ET MISE EN ŒUVRE

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

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

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

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

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

Portée dans le domaine de l'autorégulation

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

Compétence d'exécution

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

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

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

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

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

⁴⁸ FINMA (2013) : Rapport annuel 2012

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

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

Organisation de l'autorité et des OAR

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

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

Ressources

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

Obligations de déclarer et révision spéciale

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

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

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

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

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

Compétences d'investigation

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

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

Compétences d'exécution

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

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

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

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

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

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

Autres compétences

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

3.4.2 OUTPUT

Nombre d'investigations

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

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

Nombre d'infractions décelées et conséquences juridiques

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

3.4.3 EFFETS

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

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

⁵⁶ FINMA (2013) : Rapport annuel 2012

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

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

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

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

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

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

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

4.1 CANADA (ONTARIO)

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

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

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

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

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

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

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

4.1.1 CONCEPT ET MISE EN ŒUVRE

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

Compétence d'exécution

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

Organisation des autorités

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

Ressources

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

Obligation de procéder à une analyse interne à l'entreprise

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

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

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

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

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

s'agit tout d'abord d'identifier les catégories professionnelles dominées principalement par les hommes ou par les femmes.⁶⁷ L'étape suivante consiste à établir la valeur de chaque catégorie professionnelle en se basant sur un système de comparaison neutre du point de vue du genre. Cette valeur se fonde sur les aptitudes, responsabilités, exigences et conditions de travail. Le système autorise par exemple à attribuer la même valeur à une secrétaire (qui déploie peu d'activité physique) qu'à un concierge (qui a peu de responsabilité) de manière à pouvoir les comparer. Ensuite, on recherche les catégories professionnelles dominées par les hommes ou par les femmes de valeur comparable. Lorsque des groupes comparables ont été déterminés, chaque catégorie féminine doit pouvoir obtenir le même salaire que la catégorie équivalente masculine.⁶⁸

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

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

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

Portée

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

Compétences d'investigation

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

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

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

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

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

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

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

Compétences d'exécution

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

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

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

Autres compétences

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

Rôle des victimes

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

Voies de droit ouvertes contre les décisions administratives

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

4.1.2 OUTPUT

Nombre d'investigations

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

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

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

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

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

Nombre d'infractions et conséquences juridiques

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

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

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

Durée de la procédure de contrôle

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

4.1.3 EFFETS DANS LES ENTREPRISES

Adaptations concrètes dans les entreprises

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

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

Autres effets

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

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

4.1.4 RÉDUCTION DE LA DISCRIMINATION SALARIALE

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

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

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

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

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

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

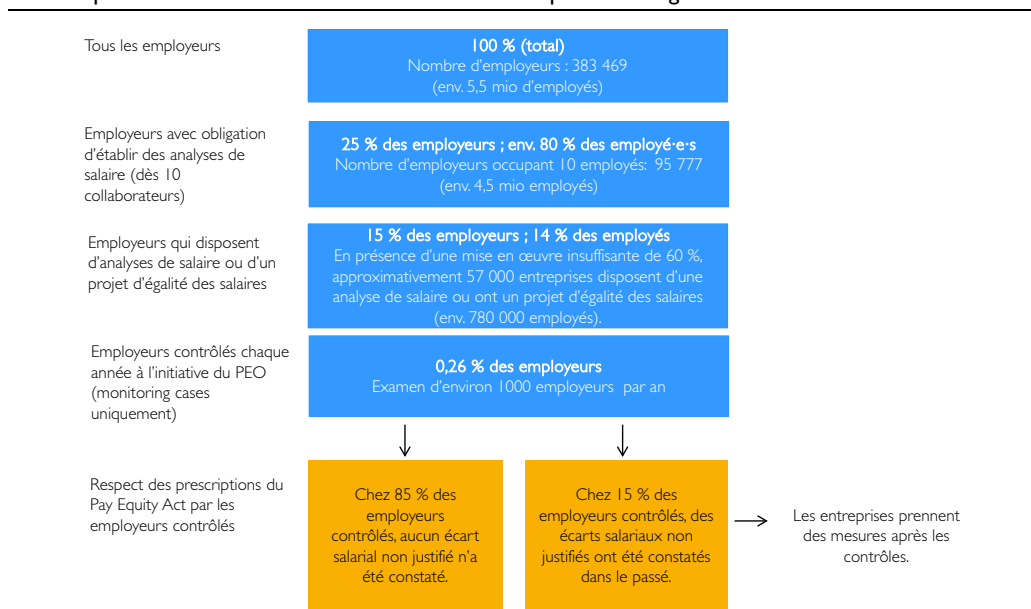
⁷⁸ Gunderson, M. (2006) : Male-Female Wage Differentials : How Can that Be ? Dans : Canadian Journal of Economics, vol. 39, N° 1, 1–21

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

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

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

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



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

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

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

4.2 AUTRICHE

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

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

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

4.2.1 CONCEPT ET MISE EN ŒUVRE

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

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

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

⁸³ Eurostat : Gender Pay Gap in unadjusted form :

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

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

Compétence d'exécution

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

Organisation des autorités

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

Ressources

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

Obligation d'analyse interne à l'entreprise

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contrôles internes à l'entreprise

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

Compétences d'investigation

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

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

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

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

Portée

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

Compétences d'exécution

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

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

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

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

Autres compétences

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

Rôle des victimes

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

Voies de droit ouvertes contre les décisions administratives

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

4.2.2 OUTPUT

Nombre d'investigations

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

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

Nombre d'infractions décelées et conséquences juridiques

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

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

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

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

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

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

Durée de la procédure de contrôle

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

4.2.3 EFFETS DANS LES ENTREPRISES

Adaptations concrètes dans les entreprises

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

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

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

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

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

Autres effets

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

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

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

4.2.4 RÉDUCTION DE LA DISCRIMINATION SALARIALE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.3 SUÈDE

En 1980, la Suède a vu l'entrée en force de la loi *Equal Opportunities Act* qui interdit la discrimination salariale fondée sur le sexe. Depuis 1994, des prescriptions proactives demandent aux employeurs de présenter des rapports sur l'égalité des salaires, ce qui fait de la Suède le pays d'Europe qui détient la plus longue expérience en matière d'obligation d'analyse des salaires interne aux entreprises.⁹⁵ En 2009, la législation en vigueur a été remplacée par une nouvelle loi sur la discrimination. Alors que la présente étude de cas expose le système suédois sur la base de la loi sur la discrimination

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

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

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

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

4.3.1 CONCEPT ET MISE EN OEUVRE

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

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

Compétence d'exécution

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

Organisation des autorités

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

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

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

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

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

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

Ressources

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

Obligation de procéder à une analyse interne à l'entreprise

Selon la loi sur la discrimination, tous les employeurs doivent, indépendamment du nombre d'employés, relever et analyser tous les trois ans l'égalité des salaires entre hommes et femmes (*pay surveys and analysis* ; ci-après : analyse des salaires). Les normes d'indemnisation, la pratique de rémunération ainsi que les conditions d'engagement doivent être présentées de manière transparente. Les entreprises sont tenues de vérifier que les femmes et les hommes qu'elles emploient obtiennent la même rémunération pour un même travail ou un travail de même valeur.

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

Les entreprises comptant plus de 25 collaborateurs doivent en outre établir tous les trois ans un programme d'égalité des salaires qui inclut les résultats des analyses des salaires et des informations concernant les mesures d'adaptation envisageables.¹⁰⁰ Il y a aussi lieu d'indiquer les mesures qui sont prévues pour les prochaines années en vue d'atteindre l'égalité salariale. Les écarts de salaire non justifiés doivent être éliminés au plus vite, mais au plus tard dans un délai de trois ans. Les entreprises doivent établir les programmes d'égalité des salaires avec le concours des collaborateurs, respectivement de leurs représentations. Elles sont tenues de mettre à disposition toutes les informations nécessaires à l'établissement des analyses et des programmes. Le modèle suédois attribue aux représentants des collaborateurs un rôle important dans le cadre de l'analyse des salaires interne à l'entreprise. Cependant, la responsabilité d'établir les

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

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

Il n'existe pas d'instrument uniformisé pour établir les analyses de salaires et les programmes d'égalité des salaires. En outre, les analyses de salaire ne doivent pas impérativement être consignées par écrit. Une partie des entreprises utilise les modèles proposés par les syndicats ou le bureau de la médiation,¹⁰¹ une autre partie engage des entreprises de consultation privées. Pour contrôler l'équivalence des postes de travail, le bureau de la médiation promeut un instrument qui aide à évaluer les postes de travail en se basant sur les connaissances et les aptitudes, la responsabilité ainsi que les conditions de travail (système HAC).¹⁰²

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

Portée

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

Compétences d'investigation

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

Compétences d'exécution

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

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

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

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

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

Autres compétences

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

Rôle des victimes

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

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

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

Voies de droit ouvertes contre les décisions administratives

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

4.3.2 OUTPUT

Nombre d'enquêtes

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

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

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

Nombre d'infractions décelées et conséquences juridiques

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

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

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

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

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

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

Durée de la procédure de contrôle

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

4.3.3 EFFETS DANS LES ENTREPRISES

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

Adaptations concrètes dans les entreprises

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Autres effets

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

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

4.3.4 RÉDUCTION DE LA DISCRIMINATION SALARIALE

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

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

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

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

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

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

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

¹¹² Eurostat: Gender Pay Gap in unadjusted form :

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

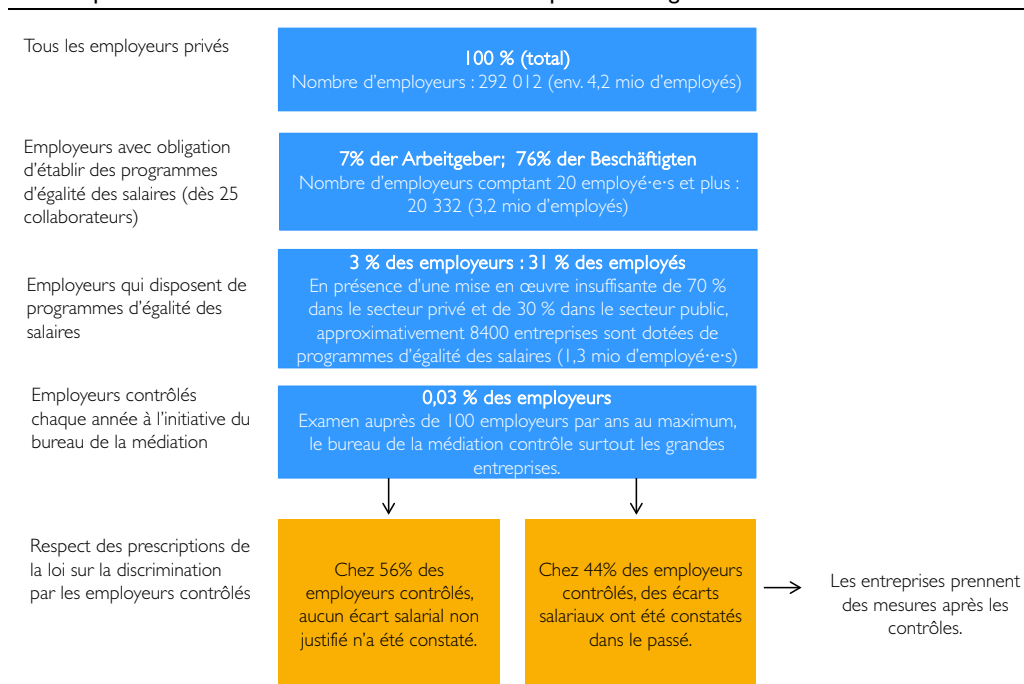
¹¹³ Cf. National Mediation Office Sweden (2012) : Summary Annual Report for 2012

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

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

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

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



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

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

5.1 APERÇU DES MODÈLES ÉTUDIÉS

Nous résumons ci-après les modèles étudiés.

Aperçu des modèles suisses

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

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

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

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

Aperçu des modèles étrangers

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

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

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

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

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

5.2 COÛTS ET PROFIT DES MODÈLES ÉTUDIÉS

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

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

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

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

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

5.3 VARIANTES DANS LA CONCEPTION DES SYSTÈMES

En fonction des possibles étapes du contrôle étatique et de l'application d'une exigence légale, ce chapitre se fonde sur l'observation des cas suisses et étrangers choisis comme exemple pour présenter une description et une analyse de plusieurs éléments. Nous distinguons les éléments suivants : en amont du contrôle et de la mise en application étatiques, nous définissons la phase de l'analyse interne à l'entreprise (A) qui exige des entreprises la prise de mesures proactives. Nous prenons en considération en deuxième lieu les mesures de contrôle administratives (B). Après les contrôles, intervient la phase de la conciliation et des recommandations (C) et, finalement, la phase de l'application (D).

Les réflexions émises se basent sur une synthèse des modèles suisses et étrangers étudiés. En ce qui concerne les études de cas étrangers, il importe de constater que les trois pays examinés continuent à être confrontés au problème du non-respect de l'égalité des salaires. Dans ces conditions, il n'est pas possible de présenter un « modèle idéal » qui permettrait la réalisation de l'égalité des salaires. En revanche, les trois modèles présentent des aspects (confirmés par l'expérience) susceptibles de contribuer à prévenir la discrimination salariale en Suisse, à l'identifier et à l'éliminer. Les études de cas suisses présentent aussi des aspects intéressants. Mais la difficulté dans ce cas est qu'elles ne sont que partiellement comparables avec les modèles d'application de l'égalité des salaires, respectivement seulement en partie transposables puisque, à l'exception des mesures d'accompagnement dans le domaine des CCT DFO, il ne s'agit pas de faire valoir les droits de particuliers.

5.3.1 ANALYSE INTERNE À L'ENTREPRISE ET RAPPORTS

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

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

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

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

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

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

Variante A1 : analyse interne effectuée par l'entreprise

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3.2 CONTRÔLES

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

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

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

Variante B1 : délégation du contrôle à la branche

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

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

Variante B2 : contrôle administratif individuel

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

Variante B3 : contrôle administratif par sondage

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

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

5.3.3 CONCILIATION ET RECOMMANDATION

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

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

Variante C1 : conciliation

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

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

Variante C2 : recommandations

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

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

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

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

5.3.4 APPLICATION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²⁴ IP Carlo Sommaruga I 1.445 du 9.6.2011

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.4 MODÈLES D'ORGANISATION

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

5.4.1 AUTORITÉ ADMINISTRATIVE AVEC COMMISSION

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

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

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

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

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

5.4.2 AUTORITÉ ADMINISTRATIVE SANS COMMISSION

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

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

5.4.3 MODÈLES D'AUTORÉGULATION

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

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

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

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

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

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

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

5.5.1 SITUATION ACTUELLE

Principe de l'égalité des salaires

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

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

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

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

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

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

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

Système d'application actuel

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

Devoir de mise en œuvre efficace du mandat constitutionnel

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

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

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

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

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

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

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

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

5.5.2 RECOMMANDATIONS

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

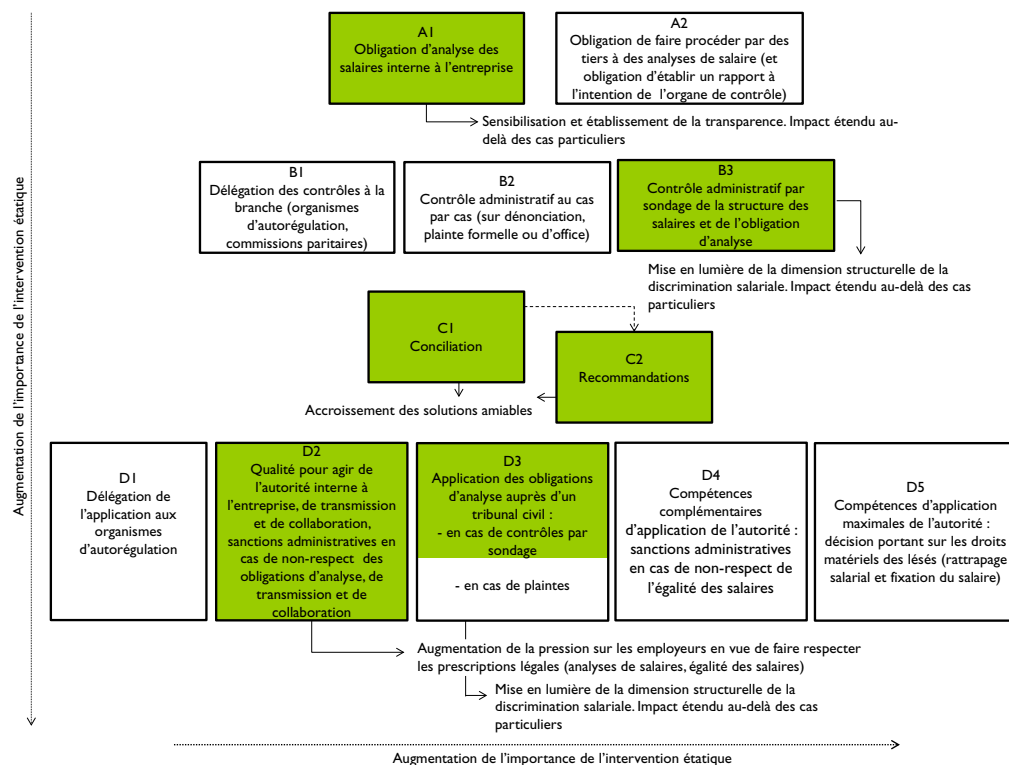
Le Tableau 5.1 résume les variantes conceptuelles évoquées au chapitre 5.3 sous forme d'aperçu. Les variantes que nous recommandons pour la mise en place d'un modèle suisse de contrôle et de mise en application de l'égalité des salaires sont marquées en vert (en fonction des éléments qu'elles comportent).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

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

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

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

Tableau 5.1 : aperçu des variantes conceptuelles



En vert : variantes recommandées, flèches : impact attendu.

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

Les chiffres relatifs à l'écart moyen des salaires entre hommes et femmes suggèrent que les travailleurs autant que les employeurs ne sont souvent pas conscients de l'existence d'une discrimination salariale. Considérée sous cet angle, l'introduction d'une obligation d'analyse des salaires interne à l'entreprise (en complément à des instruments de contrôle et d'application efficaces) semble constituer une condition majeure pour sensibiliser les entreprises et assurer la transparence. Sur la base de dispositions légales claires (cf. recommandation 6), les entreprises devraient être tenues de vérifier leurs salaires régulièrement, d'établir un rapport interne et, le cas échéant, de prendre les mesures nécessaires à la réalisation de l'égalité des salaires.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Si les parties ne parvenaient pas à trouver une solution à l'amiable dans le cadre de la conciliation, l'autorité pourrait, dans un premier temps, être dotée de la compétence d'adresser une recommandation à l'entreprise en vue d'éliminer la discrimination de salaire. De la même manière que la proposition faite ci-avant en matière de conseils et de conciliation, cette recommandation pourrait s'étendre au paiement d'un rattrapage salarial pouvant remonter jusqu'à cinq ans au maximum. De cette façon, l'objet de la recommandation correspondrait à la prétention maximale que les lésés peuvent faire valoir devant les tribunaux civils. Si la firme dispose d'une représentation des travailleurs conformément à la loi sur la participation, la recommandation issue de contrôles par sondage doit aussi lui être communiquée.

Pour améliorer l'application proprement dite du droit au salaire sur le plan structurel, l'autorité devrait être dotée de compétences complémentaires au cas où ses recommandations ne seraient pas suivies. En ce qui concerne les contrôles par sondage, nous recommandons de donner à l'autorité la qualité pour agir, comme dans le cas suédois et de manière analogue à la conception de la LCD. Comme le montrent les cas étudiés, l'éventualité d'une action intentée par l'autorité dans le cas des contrôles par sondage incite plus fortement les entreprises à rechercher des solutions à l'amiable et accroît leur motivation à suivre les recommandations. Par conséquent, nous suggérons d'inscrire dans la loi un droit de l'autorité à intenter une action qui ne remplacerait pas les compétences d'ester en justice préexistantes des lésés et des organisations ou syndicats, mais qui les *compléterait*. Les victimes de discrimination salariale auraient toujours la possibilité d'intenter une action conformément à l'article 5 LEg. Par ailleurs, les organisations et syndicats continueraient à disposer de la qualité pour agir en leur propre nom en vue de faire constater une discrimination, lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail (cf. art. 7 LEg).

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

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

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

Recommandation 5 : instauration d'un modèle d'autorité avec commission sur le plan fédéral

Le fait que, en Suisse, de grandes firmes possèdent des filiales au-delà des frontières cantonales nous amène à recommander la mise en place d'une autorité sur le plan fédéral pour les contrôles par sondage. La cohérence de l'exécution de ces investigations parle aussi en faveur d'une concentration au niveau fédéral. Une solution réalisable et pragmatique pourrait être d'intégrer le secrétariat à une autorité existante, telle que le Bureau de l'égalité entre femmes et hommes, et de lui rattacher une commission. Deux modèles sont alors envisageables : une représentation des partenaires sociaux siégeant dans la commission est possible. Nous rencontrons ce modèle d'autorité avec commission comprenant des partenaires sociaux dans les trois cas étrangers examinés ainsi que dans les offices cantonaux de conciliation au sens de la loi sur l'égalité. Il importe toutefois d'observer que, lorsqu'il y a une discrimination salariale individuelle, les aspects objectifs priment et qu'il est moins question d'un objet à négocier sur le plan politique. Cet argument serait plutôt favorable à l'établissement d'une commission composée d'experts indépendants des partenaires sociaux.

Recommandation 6 : adjonctions aux bases légales

L'introduction d'une obligation d'analyse interne à l'entreprise aussi bien que celle de compétences élargies de l'autorité nécessitent une base légale formelle. Les adjonctions aux bases légales, notamment à la loi sur l'égalité, nécessaires à cet effet sont :

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

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

IMPRESSUM

INFORMATIONS COMPLÉMENTAIRES

INTERFACE

Politikstudien Forschung Beratung

Seidenhofstr. 12

CH-6003 Lucerne

Tél. +41 (0)41 226 04 26

www.interface-politikstudien.ch

RÉFÉRENCES DU PROJET

Lucerne, le 24 octobre 2013

Numéro de projet : P13-13