

Berne, le 7 juillet 2008

Office fédéral des constructions et de la logistique
Secrétariat de la Commission des achats de la Confédération
Holzikofenweg 36
3003 Berne

Procédure de consultation concernant la loi fédérale sur les marchés publics (LMP)

Madame, Monsieur,

Nous profitons de la possibilité de participer à la procédure de consultation et nous vous communiquons ci-après notre avis sur le projet de loi fédérale sur les marchés publics. Nous avons centré notre examen sur *le respect du principe d'égalité de salaire entre femmes et hommes* par les entreprises qui obtiennent des mandats publics.

Le droit à l'égalité de salaire pour un travail de valeur égale est inscrit dans la Constitution fédérale depuis 1981. A cette disposition constitutionnelle s'est ajoutée la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, entrée en vigueur il y a plus de dix ans déjà. Or en 2006 et malgré ces dispositifs, les femmes gagnaient, dans l'économie privée, en moyenne 18,9% de moins que les hommes. 40 % de cet écart ne trouvent pas d'explication dans des facteurs objectifs, mais uniquement dans la composante « sexe »¹.

Malgré la loi sur l'égalité, la discrimination salariale fondée sur le sexe n'a enregistré qu'un faible recul ces dernières années. L'évaluation de cette loi – publiée en 2006² - a montré que les salariées ne font que rarement valoir le droit à l'égalité de salaire devant un tribunal, et cela par crainte de conséquences négatives. Elle a aussi permis de constater que les entreprises agissent peu de leur propre chef. C'est pourquoi la Conférence suisse des déléguées à l'égalité (CSDE) estime que la possibilité d'opérer des contrôles de l'égalité de salaire dans le domaine des marchés publics est un instrument important et efficace pour faire progresser la réalisation du principe de l'égalité de salaire.

Les réactions des entreprises lors de colloques, groupes de travail ou contrôles ont montré que la combinaison entre niveau d'information plus élevé concernant les exigences légales et possibilité de faire l'objet d'un contrôle rend les entreprises plus conscientes de leur devoir de respecter l'égalité de salaires et les amène à prendre davantage de mesures.

¹ Office fédéral de la statistique (2007), Enquête suisse sur la structure des salaires

² 2 a) Office fédéral de la justice (Ed., 2005), Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité - Rapport de synthèse

2 b) Rapport du Conseil fédéral (FF 2006 3061) No art. ff2006.12.03061.f

Respect de l'égalité de salaire

La CSDE approuve expressément l'inscription dans le projet de loi le respect du principe de l'égalité salariale, ainsi que d'autres principes relevant du droit du travail ou de la protection de l'environnement (art. 25 al.1 lit. c AP LMP). Toute entreprise qui ne satisfait pas à une ou plusieurs de ces exigences sera désormais exclue ou sanctionnée. Ceci implique en comparaison avec la formulation potestative actuelle une clarification de la situation juridique. La CSDE part de l'hypothèse que les motifs d'exclusion selon le chapitre 3 section 3 valent également pour les procédures sans appels d'offre selon le chapitre 4 AP LMP. Si ce n'est pas le cas, il faut le prévoir.

Selon l'Avant projet, la Confédération, les cantons (et ainsi les communes) sont tenus de n'acheter des biens et des services qu'auprès d'entreprises qui respectent les lois. De plus, cet engagement évite d'éventuelles distorsions de la concurrence en faveur d'entreprises aux pratiques discriminatoires, ce qui est dans l'intérêt de toutes les entreprises.

Comme mentionné dans le Rapport explicatif, une marge de tolérance de 5% est actuellement appliquée dans le domaine des contrôles portant sur le respect de l'égalité salariale. Il se peut que le contrôle standardisé ne prenne pas en compte tous les facteurs pertinents dans une entreprise en matière de salaire. La marge de tolérance tient compte de cet état de fait; on veut ainsi éviter qu'une entreprise soit injustement sanctionnée.

Compétence en matière de contrôle

La CSDE déplore que la question de l'instance compétente pour le contrôle du respect de l'égalité salariale n'ait pas été suffisamment approfondie dans l'Avant-projet. Cela se comprend dans la mesure où le présent projet est une loi-cadre qui doit être applicable à la Confédération comme aux cantons. La mise en œuvre des dispositions légales ou le contrôle de leur respect est une tâche de l'Etat qui doit être réglée de manière claire. Ceci concerne également le respect de l'égalité salariale dans le cadre de la loi fédérale sur les marchés publics.

Sur le plan fédéral, le BFEG est l'office spécialisé pour les questions d'égalité entre femmes et hommes, notamment pour l'égalité salariale.

Le BFEG et le Secrétariat de la Commission fédérale des achats publics ont développé ensemble les instruments statistiques³ qui servent de base aux contrôles dans le cadre des marchés publics. Le BFEG procède aujourd'hui déjà, sur la base de l'art. 6 al.4 de l'OMP, à des contrôles en étroite collaboration avec le Secrétariat de ladite Commission. Cette manière d'opérer a fait ses preuves et elle décharge en même temps les adjudicateurs de ce travail. De plus, le BFEG veille à ce que les contrôles soient faits selon des critères uniformes et qu'ils soient d'un haut niveau qualitatif.

³ Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (Ed., 2005): Approche méthodologique relative au contrôle de l'égalité salariale entre femmes et hommes dans les marchés publics de la Confédération - Instructions pour procéder au contrôle standardisé;

Logib – autocontrôle de l'égalité salariale (www.logib.ch)

La CSDE propose donc que sur le plan fédéral, le BFEG continue à procéder à ces contrôles et obtienne pour ce faire la base légale nécessaire. Au plan cantonal et communal des solutions analogues doivent être trouvées. Là où n'existent pas de services spécialisés dans les questions d'égalité, il convient de chercher des formes de collaboration avec les services existants (par exemple au moyen de contrats de prestations).

Au minimum, et à titre alternatif, le Rapport explicatif doit être complété (voir Rapport explicatif art. 25 al. 1, p. 43) :

...« Outre les compétences de surveillance déjà existantes et définies dans des lois spécifiques, il est possible de déléguer ce droit à des tiers, p. ex. à des organes paritaires liés aux conventions collectives de travail ou à des services spécialisés dans les questions d'égalité ».

Ressources

Bien que le respect du principe de l'égalité salariale soit aujourd'hui déjà inscrit dans la LMP, aucunes ressources supplémentaires n'ont été dégagées pour l'application de la loi. Cela peut se comprendre dans la mesure où, dans un premier temps, on ne disposait d'aucun instrument technique de contrôle. La CSDE attend de la Confédération et des cantons qu'ils mettent maintenant à disposition les ressources nécessaires en vue d'une application efficace et crédible de la LMP dans le domaine du respect du principe de l'égalité salariale.

Peine conventionnelle

La CSDE est satisfaite de voir que le rapport explicatif mentionne la peine conventionnelle à titre de sanction possible. Les contrôles portant sur le respect du principe de l'égalité salariale prennent un certain temps (et représentent une charge pour les entreprises), raison pour laquelle ils ne peuvent généralement pas être faits avant la conclusion du contrat. Il convient de ne pas allonger inutilement la procédure d'achats publics : la peine conventionnelle est donc une sanction centrale dans le contexte de l'égalité salariale. Du point de vue de la CSDE, il serait très souhaitable d'inscrire la peine conventionnelle dans la loi. Au minimum, la formulation du rapport explicatif relative à la peine conventionnelle devrait être renforcée (cf. rapport explicatif, p. 68, art. 56, al. 2). Proposition :

« ...La convention de peines conventionnelles sévères en cas de non-respect des exigences légales ou de critères de qualification ~~pourrait être utile~~ est un dispositif d'application indispensable. »

Le montant de la peine conventionnelle doit en outre être en adéquation avec la discrimination salariale constatée. Le montant maximal actuel de 100 000 francs doit être augmenté de façon significative. Il est trop bas comparé aux possibles « économies » réalisées par le biais de discriminations salariales ou, en d'autres termes, il pourrait « valoir la peine » d'encourir cette sanction. Un exemple : Si, dans une entreprise, 450 femmes touchent 9% ou 2600 francs de salaire en moins par an que leurs collègues masculins pour la seule raison de leur sexe, cela se traduit par une « économie » totale de 1,17 millions de francs par an.

Listes « noires »

L'Avant-projet de LMP ne précise malheureusement pas comment seront gérées les informations relatives aux entreprises qui ne respectent pas les dispositions légales sur l'égalité salariale ou d'autres exigences. Aux termes du rapport explicatif (art. 26 AP LMP), tout adjudicateur peut tenir une « liste noire ». Mais cette manière de faire n'offre aucune garantie que tous les adjudicateurs de la Confédération ou des cantons adoptent un comportement uniforme face à des entreprises fautives. Il serait très choquant qu'une entreprise qui viole l'égalité salariale continue à obtenir des mandats publics pour la simple raison que les adjudicateurs ne disposent pas tous des mêmes informations.

La CSDE suggère donc que la nouvelle LMP règle aussi la gestion des « listes noires », par analogie avec la règle applicable aux listes permanentes (art. 49 AP LMP). Les listes doivent être gérées et administrées de manière centralisée et uniforme pour tous les adjudicateurs de la Confédération et des cantons.

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à nos propositions. Vous recevrez la version digitale de cette prise de position à l'adresse électronique bkb@bbl.admin.ch.

Veillez agréer, Madame, Monsieur, nos meilleures salutations.

Pour la Conférence suisse des déléguées à l'égalité



Stefanie Brander, Présidente

Bureau de l'égalité de la ville de Berne