

## KURT PÄRLI ET ANNE MEIER Université de Bâle\*

\* Les auteurs remercient Géraldine Delia Völlmin, étudiante en droit, pour son assistance.

<sup>1</sup> Communiqué aux médias du Tribunal fédéral, p. 1.

<sup>2</sup> Arrêt du 21 juillet 2017 2C\_774/2014 E. 7.4. N 159.

<sup>3</sup> Communiqué aux médias du Tribunal fédéral, p. 2.

<sup>4</sup> Arrêt du 21 juillet 2017 2C\_774/2014 E. 5.6.6. N 140.

<sup>5</sup> Communiqué aux médias du Tribunal fédéral, p. 2.

### I. SALAIRE MINIMUM (ARRÊTS DU TRIBUNAL FÉDÉRAL DU 21 JUILLET 2017 2C\_774/2014, 2C\_813/2014, 2C\_815/2014, 2C\_816/2014)

En 2011, le canton de Neuchâtel avait décidé d'introduire la fixation d'un salaire minimum cantonal dans la Constitution cantonale. Un recours formé contre cette disposition visant à fixer le salaire minimum horaire à 20 francs a été rejeté par le Tribunal fédéral. Cette nouvelle disposition, visant en particulier à lutter contre le phénomène des « *working poors* », est selon le Tribunal fédéral conforme au principe constitutionnel de la liberté économique et au droit fédéral<sup>1</sup>.

Le Tribunal fédéral souligne que : « Les rapports de travail ne sont pas uniquement soumis au droit privé (art. 319 ss CO), mais également à toutes sortes de prescriptions de droit public, adoptées par les cantons ou la Confédération, afin d'assurer une protection minimale des travailleurs »<sup>2</sup>. Le droit d'adopter

des mesures de politique économique, qui en principe revient à la Confédération, fait partie du principe de la liberté économique. La fixation d'un salaire minimum sert à lutter contre la pauvreté, selon la législation neuchâteloise et les travaux préparatoires y relatifs. Des considérations de politique sociale constituent la principale motivation de l'introduction d'un salaire minimum<sup>3</sup> : « Il suit de cette réglementation que l'introduction par le législateur cantonal d'un salaire minimum unique s'accompagne de suffisamment de clauses de souplesse et de réévaluations périodiques aux fins de sauvegarder l'intérêt de prémunir les travailleurs contre le phénomène des « *working poor* » et, simultanément, de tenir compte des situations particulières, qui se présentent notamment dans certains secteurs économiques »<sup>4</sup>.

Les critères du législateur portaient d'un revenu annuel minimum de 41 000 francs suisses. Partant d'une semaine de travail de 41 heures et de 52 semaines de travail pour une année, cela donne un salaire horaire arrondi de 20 francs. Le salaire horaire minimum de 20 francs se situe donc dans le domaine du raisonnable et repose sur des critères objectifs<sup>5</sup>. À titre de comparaison, on peut dire que 20 francs correspondent environ à 18 euros. Ce montant peut sembler très élevé ; toutefois, tenant compte du coût de la vie en Suisse, c'est un salaire qui ne garantit guère plus qu'une existence de base.

## II. ÉTUDE SUR L'ÉGALITÉ ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES

La Constitution ainsi que la loi suisse interdisent la discrimination et consacrent le principe de l'égalité. L'interdiction de discriminer quiconque en raison du sexe dans la vie professionnelle, notamment à l'embauche, sur le plan de la rémunération, dans la formation, la formation continue, ou au moment de la résiliation figurent dans la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg ci-après), tout comme l'interdiction de harcèlement sexuel au travail. Cependant, 20 ans après l'entrée en vigueur de la LEg, les faits montrent que la réalité ne correspond pas toujours à la théorie. Une étude analysant près de 200 jugements cantonaux rendus entre 2004 et 2015 démontre l'influence de la loi sur l'égalité dans la pratique juridique ainsi que les problèmes pouvant se poser<sup>6</sup>. Cette étude analyse 41 décisions traitant d'une discrimination en relation avec la grossesse ou la maternité, dont 33 (80,4%) qui ont conduit à un licenciement. La majorité des cas de discrimination en relation avec la maternité se produit peu après le congé maternité<sup>7</sup>. Dans plus de la moitié des cas, la partie se prévalant d'une discrimination ne parvient pas à franchir la première étape de la vraisemblance de la discrimination, ceci malgré le fait que le fardeau de la preuve soit allégé. Enfin, en raison du manque de transparence dans le domaine des salaires, les indices d'une discrimination salariale sont difficiles à réunir.

Aucun cas relatif à une discrimination fondée sur l'identité de genre ou sur l'orientation sexuelle n'a été rapporté dans l'étude. Ceci est certainement une conséquence du manque de sensibilisation dans le milieu juridique concernant ces domaines, tout comme l'incertitude concernant l'applicabilité de la LEg<sup>8</sup>. Les auteurs de l'étude formulent les recommandations suivantes :

1. Améliorer la transparence salariale,
2. Systématiser le contrôle de la mise en œuvre de la LEg,
3. Renforcer le droit d'action des organisations,
4. Exempter la partie qui succombe au procès de l'obligation de verser des dépens,
5. Alléger le fardeau de la preuve en cas de harcèlement sexuel et de discrimination à l'embauche,
6. Améliorer la formation continue des juges, des membres des instances de conciliation et du barreau,
7. Intégrer l'enseignement de la LEg dans la formation universitaire de base<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2015), introduction.

<sup>7</sup> Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2015), p. 29.

<sup>8</sup> Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2015), S. 30.

<sup>9</sup> Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2015), S. 31-32.

### III. DROIT DES ASSURANCES SOCIALES

Le 24 septembre 2017 s'est tenu le vote du projet de révision de la prévoyance vieillesse (« Prévoyance 2020 »). La double majorité du peuple et des États était nécessaire pour passer la rampe. Or, la réforme a été refusée par près de 53% des votants et par 13,5 cantons (contre 9,5 cantons qui l'ont acceptée).

Les objectifs du projet étaient de maintenir le niveau des prestations de l'AVS (premier pilier) et de la prévoyance professionnelle (deuxième pilier) suite à l'augmentation de l'espérance de vie en Suisse. En politique ainsi que dans les médias, les points suivants de la réforme ont été tout particulièrement discutés :

- le relèvement de l'âge de la retraite des femmes à 65 ans ;
- l'augmentation de la TVA de 0,6%, en deux étapes pour financer l'AVS ;
- l'abaissement du taux de conversion dans la prévoyance professionnelle de 6,8 à 6% (le taux de conversion est le taux utilisé au moment du départ à la retraite pour convertir le capital vieillesse LPP en rente de vieillesse annuelle viagère) ;
- l'augmentation de 70 francs par mois des nouvelles rentes AVS.

En plus de ces points principaux, la réforme prévoyait de nombreuses autres mesures :

- Le moment du départ à la retraite aurait pu être choisi librement entre 62 et 70 ans pour l'AVS et le deuxième pilier. L'âge actuel de 65 ans serait devenu un simple âge de référence. Dans le deuxième pilier, le départ à la retraite à 60 ans au plus tôt aurait été possible pour autant que le règlement de l'institution de prévoyance le prévoit.
- En remettant le « pourcentage démographique » de la TVA intégralement à l'AVS, les recettes de cette dernière auraient augmenté d'au moins 600 millions de francs par an.
- La participation de la Confédération à l'AVS serait restée fixée à 19,55%.
- Le nouveau plafond de la rente dans le premier pilier pour les couples mariés aurait été fixé à 155% de la rente individuelle, contrairement aux 150% actuels.
- Dans le deuxième pilier, la déduction de coordination aurait été maintenue mais le montant aurait été légèrement modifié.
- Les taux de bonifications vieillesse dans la LPP auraient été les suivants : 7% de 25 à 34 ans, 11% de 35 à 44 ans, 16% de 45 à 54 ans, puis 18% jusqu'au départ à la retraite.
- Les pertes des assurés de la génération transitoire (45 ans ou plus au moment de l'entrée en vigueur de la réforme) en raison de l'abaissement du taux de conversion de la LPP auraient été compensées par le Fonds de garantie.

Des fronts politiques variés ont combattu cette réforme et ont contribué à son rejet. À droite, c'est surtout l'augmentation de la rente du premier pilier prévue pour compenser la réduction du taux de conversion du deuxième pilier qui était contestée ; aucune augmentation des prestations dans le premier pilier universel n'est souhaitée par la droite. À gauche, c'est l'augmentation de l'âge de la retraite des femmes (qui devait passer de 64 à 65 ans, soit le même âge que les hommes) qui a cristallisé la contestation. De nombreux acteurs de la gauche de l'échiquier politique (plusieurs syndicats et fractions du parti socialiste en particulier) estimaient en effet que les femmes n'obtenaient aucune compensation en échange de cet important effort supplémentaire. En particulier, aucun renforcement de la lutte contre les inégalités salariales ni aucune mesure nouvelle contre la discrimination envers les femmes qui travaillent à temps partiel et celles qui reviennent de maternité n'ont été proposées. Présenté le 5 juillet 2017, le message du Conseil fédéral sur la modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes a été jugé insuffisant par la gauche, alors que la droite s'y opposait au motif qu'elle créerait des charges administratives supplémentaires pour les entreprises. Le projet, qui prévoit que les employeurs occupant au moins 50 travailleurs soit soumis à l'obligation légale d'effectuer tous les quatre ans une analyse de l'égalité des salaires qui doit leur permettre de constater s'il existe dans leur entreprise des différences systématiques entre les salaires des femmes et ceux des hommes, n'a que peu de chances d'être adopté au Parlement.