

Social Pratique

LIAISONS
SOCIALES
PRESSE

Questions/Réponses

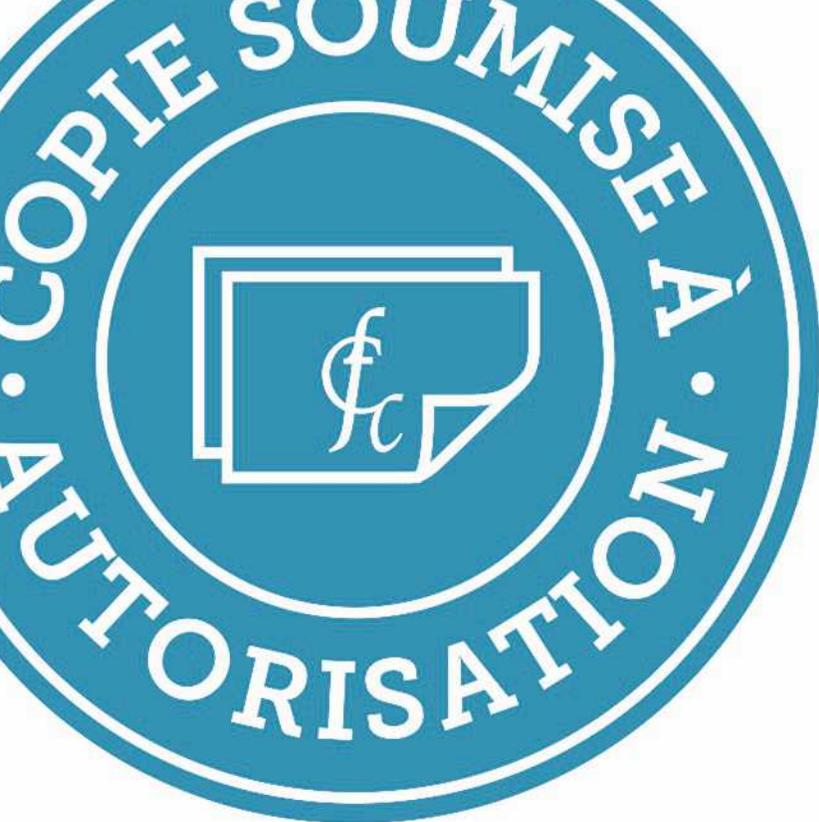
Égalité professionnelle

Cibler les écarts puis les réduire

- Respect du principe d'égalité de traitement
- Points de vigilance face aux discriminations
- Calcul de l'index des inégalités salariales entre femmes et hommes

755 | 25 NOVEMBRE 2019
CAHIER N°2

 Wolters Kluwer



Les articles de *Social Pratique* sont protégés par le droit d'auteur

Avant d'en faire des copies dans le cadre de votre activité professionnelle, assurez-vous qu'un contrat d'autorisation a été signé avec le CFC



Centre Français
d'exploitation
du droit de Copie

www.cfcopies.com
CFC : 01 44 07 47 70

sommaire

PAGE

10

Interdiction des discriminations en général

Contours

- 10 Qu'est-ce qu'une discrimination ?
- 11 Quels sont les actes concernés par le principe de non-discrimination ?
- 12 Quelle est la différence entre discrimination directe et discrimination indirecte ?
- 13 Quand y a-t-il discrimination par association ?
- 14 Des différences de traitement entre salariés restent-elles possibles ?

Les différents motifs de discrimination

Caractères et situation de la personne

- 15 Quels sont les principes en matière de discrimination entre les femmes et les hommes ?
- 15 Encadré « Discrimination positive »
- 16 Que recouvrent les discriminations d'après l'origine, le nom, le lieu de résidence, l'appartenance à une ethnie, une nation ou une prétendue race ?

17 Dans quelle mesure les discriminations en raison de la nationalité sont-elles interdites ?

18 Que protège, en pratique, l'interdiction des discriminations liées aux mœurs, à l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, à la situation de famille et à la grossesse ?

18 Encadré « Portée du principe européen de libre circulation des travailleurs »

20 Les différences de traitement liées à l'âge sont-elles interdites dans tous les cas ?

22 Qu'est-ce qui est visé par « discrimination liée à l'apparence physique » ?

23 Encadré « Recommandations sur l'utilisation des termes « junior » et « senior » »

24 Quelles sont les discriminations interdites en matière d'état de santé, de perte d'autonomie, de handicap ou de caractéristiques génétiques ?

Opinions, convictions et engagements du salarié

27 Comment les salariés sont-ils protégés contre les discriminations liées à leurs opinions politiques et convictions religieuses ?

- 28 L'employeur peut-il s'opposer au port de signes religieux par les salariés ?
- 29 Comment le salarié qui exerce des activités syndicales ou mutualistes est-il protégé contre les discriminations ?
- 35 Qu'en est-il de la discrimination liée à l'exercice normal du droit de grève ?
- 37 Encadré « Protection des lanceurs d'alerte contre les discriminations »

PAGE

38

Principe d'égalité de traitement entre tous les salariés

Contours

- 38 En quoi consiste le principe « à travail égal, salaire égal » ?
- 39 Que faut-il entendre par « travail de valeur égale » ?
- 39 Encadré Quels sont les textes qui reconnaissent le principe d'égalité de traitement ? »
- 41 L'égalité salariale s'étend-elle aux autres avantages ?
- 42 Quand peut-on considérer que des salariés se trouvent dans la même situation au regard d'un avantage ?
- 43 Encadré « Égalité de traitement en entreprises distinctes »

Différences de traitement autorisées

- 44 Quelles raisons l'employeur peut-il invoquer pour justifier une différence de traitement ?
- 46 La détention d'un diplôme peut-elle justifier un salaire supérieur ?
- 46 Encadré « Différence entre égalité de traitement et non-discrimination »
- 47 L'employeur peut-il se fonder sur l'évaluation du salarié ?
- 48 Est-il possible de traiter différemment des salariés selon leur catégorie professionnelle ?
- 50 Les salariés peuvent-ils être traités différemment selon leur date d'embauche ?
- 52 Un transfert d'entreprise peut-il justifier des différences de traitement ?
- 53 Dans quelle mesure un accord collectif peut-il définir des différences de traitement ?
- 53 Des différences peuvent-elles être appliquées entre les établissements d'une même entreprise ?

Spécificités de l'égalité entre les femmes et les hommes

Principes généraux

- 55** En quoi le principe d'égalité entre les femmes et les hommes se distingue-t-il de l'obligation générale d'égalité professionnelle ?
- 56** Quelles sont les applications concrètes du principe d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ?
- 57** Existe-t-il des exceptions au principe d'égalité entre les femmes et les hommes ?
- 59** Encadré « L'interdiction des agissements sexistes »

Obligations de l'employeur

Mesure des écarts de rémunération

- 60** En quoi consiste l'obligation de mesure de l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise ?
- 61** Quelles sont les entreprises concernées par la publication des indicateurs ?
- 61** Quels indicateurs les entreprises doivent-elles publier chaque année ?
- 62** Comment les entreprises procèdent-elles au calcul des indicateurs ?
- 64** Comment calculer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes ?
- 67** Comment calculer les écarts de taux d'augmentations individuelles de salaires entre les femmes et les hommes ?
- 69** Comment calculer les écarts de taux de promotions entre les femmes et les hommes ?
- 70** Comment évaluer le pourcentage de salariées ayant bénéficié d'une augmentation dans l'année de leur retour de congé de maternité ?
- 70** Comment calculer le nombre de salariés du sexe sous-représenté parmi les dix salariés ayant perçu les plus hautes rémunérations ?
- 71** Comment détermine-t-on le niveau de résultat ?
- 72** Encadré « Quelles actions l'employeur peut-il mettre en œuvre pour se mettre en conformité ? »
- 74** Encadré « Mise en œuvre progressive de l'obligation de publication des indicateurs »
- 74** Quelles sont les modalités de publicité des indicateurs ?
- 75** Quelles sont les obligations de l'entreprise si le niveau des indicateurs est insuffisant ?
- 76** Quel est le montant de la pénalité financière encourue ?

Information et consultation du comité social et économique et affichage

77 Existe-t-il des consultations et informations spécifiques du CSE en matière d'égalité entre les femmes et les hommes ?

78 Encadré « Mesures d'accompagnement pour les entreprises de 50 à 250 salariés »

79 Quels sont les textes que l'employeur doit afficher et diffuser en matière d'égalité entre femmes et hommes ?

Accord ou plan d'action en faveur de l'égalité femmes hommes

80 Quelles sont les obligations de négociation en matière d'égalité entre femmes et hommes ?

81 Quel doit être le contenu de ces négociations ?

82 L'employeur est-il libre d'opter pour un plan d'action au lieu de négocier un accord ?

83 Quel doit être le contenu du plan d'action ?

83 Encadré « Négociation de branche sur l'égalité professionnelle »

84 Quelles sanctions l'employeur encourt-il s'il ne respecte pas ces obligations ?

85 Encadré « Plan pour l'égalité professionnelle »

Aides de l'État

86 L'entreprise peut-elle être aidée pour réaliser un diagnostic de sa situation ?

86 Comment fonctionne le contrat pour la mixité des emplois et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ?

87 Encadré « Rescrit en matière d'égalité professionnelle »

Moyens d'action contre les inégalités

Alerte interne

- 89** Quel rôle les représentants du personnel peuvent-ils jouer en matière d'égalité ?
- 89** Un membre du comité social et économique peut-il faire usage de son droit d'alerte en cas de discrimination ?
- 90** L'employeur peut-il sanctionner un salarié qui ne respecte pas les principes d'égalité et de non-discrimination ?
- 90** Un dispositif d'alerte interne peut-il être prévu ?

Interventions extérieures

Inspecteur du travail

- 92** Le salarié peut-il saisir l'inspecteur du travail ?
- 93** Comment l'inspecteur du travail peut-il intervenir dans l'entreprise ?

Défenseur des droits

- 93** Quel est le rôle du Défenseur des droits ?
- 94** Par qui et comment le Défenseur des droits peut-il être saisi ?
- 94** Comment le Défenseur des droits peut-il intervenir dans l'entreprise ?
- 95** Sur quoi l'action du Défenseur des droits peut-elle déboucher ?

Actions en justice et sanctions

Actions en justice

- 97** Vers quel tribunal se tourner en matière de discrimination et d'égalité ?
- 98** Encadré « Autres initiatives pour lutter contre les discriminations »
- 98** Dans quel délai le salarié doit-il agir ?
- 99** Qui doit prouver qu'il y a bien discrimination ou inégalité de traitement ?
- 99** Quels types d'éléments le salarié peut-il apporter ?
- 101** Comment l'employeur peut-il se défendre ?
- 101** Comment le juge tranche-t-il ?
- 102** Encadré « Action préalable devant le juge des référés »
- 102** Comment le salarié qui réagit contre un comportement discriminatoire ou un traitement inégalitaire est-il protégé ?
- 103** Une protection particulière est-elle prévue en faveur des témoins d'agissements discriminatoires ?
- 104** Comment les syndicats et les associations peuvent-ils agir ?
- 104** En quoi consiste l'action de groupe ?

Sanctions civiles

- 106** Quelles sont les sanctions civiles applicables en cas de discrimination ?
- 107** Le salarié peut-il obtenir un reclassement ?
- 108** Quelles sont les sanctions civiles applicables en cas de méconnaissance du principe d'égalité ?

Sanctions pénales

- 109** La discrimination est-elle pénalement sanctionnée ?
- 110** Comment le salarié peut-il déclencher des poursuites pénales pour discrimination ?
- 111** La méconnaissance du principe d'égalité est-elle pénalement sanctionnée ?



Wolters Kluwer

Éditeur : WOLTERS KLUWER FRANCE, SAS au capital de 75 000 000 € - Siège social : 14, rue Fructidor - 75814 Paris Cedex 17 - Tel. : 01 85 58 30 00 - RCS Paris 480 081 306 - TVA FR 55 480 081 306 - www.wkf.fr -

Associé unique : Holding Wolters Kluwer France - **Président-directeur général, directeur de la publication** :

Hubert CHEMLA - **Directrice générale du Pôle droit et réglementation** : Isabelle BUSSEL - **Directrice des rédactions** : Sylvie DURAS - **Rédactrice en chef** :

Anais RENAUD - **Rédaction** : Pierre FRANCOUAL - **Rédactrice en chef du Mémo social** : Diane ROUSSEAU - **Régie Publicitaire** Social RH publications - Tour

Maine Montparnasse - cedex 189 - 33 av. du Maine, 75015 Paris. Contact : Robert DE MARASSÉ, Editeur délégué marché RH, tél : 01 81 69 80 95 - r.demaras@

info6tm.com - **Service clients** : contact@wkf.fr - n° Cristal 09 69 39 58 58 (Appel non surtaxé) - **Directrice de production** : Marie-Hélène DRABER -

Imprimeur : IMPRIMERIE DE CHAMPAGNE - 52000 Langres - Origine du papier : FINLANDE, Taux de fibres : 0 %, Certification : PEFC, Eutrophisation :

Ptot 0.010 kg/tonne - **N° CPPAP** : 1120 T 87315 - **Dépôt légal** : à parution - **ISSN** : 0769-055X - **Abonnement** : 399,21 € TTC/an.

Ne peut être vendu séparément, diffusé dans le cadre de l'abonnement à Social Pratique - **Prix boîtier** : 23 € TTC.



Introduction

P

rincipe de non-discrimination et principe d'égalité alimentent un contentieux volumineux et complexe qui témoigne de la sensibilité attachée à ces questions dans le monde du travail.

Un principe général de non-discrimination est inscrit dans la loi : il interdit à l'employeur de prendre en considération certains éléments inhérents à la personne pour arrêter une décision concernant l'embauche ou la carrière d'un salarié : la prétendue race, le sexe, la religion, l'appartenance syndicale, etc. Il est par ailleurs fait obligation à l'employeur d'assurer dans l'entreprise l'égalité entre les femmes et les hommes, en particulier en matière de salaire. De leur côté, les magistrats ont consacré un principe général d'égalité reconnu à tous les salariés qui peuvent se prévaloir de la règle « à travail égal, salaire égal ». Non-discrimination, égalité entre les femmes et les hommes, égalité de rémunération et de traitement de tous les salariés : il s'agit là de notions très voisines qui souvent se recoupent mais correspondent à des notions juridiques différentes.

La discrimination suppose une décision fondée sur un critère discriminatoire (religion, mœurs, état de santé, etc.). Une différence de traitement entre salariés peut donc être légitime si elle se fonde sur un élément ne figurant pas dans la liste des critères prohibés. Par ailleurs, la mise en évidence d'une discrimination ne s'appuie pas nécessairement sur une comparaison avec la situation d'un autre salarié, contrairement à la rupture d'égalité. La discrimination, enfin, est un délit prévu et réprimé pénalement.

De son côté, le corpus de règles qui vise l'égalité entre les femmes et les hommes confère à la matière certaines spécificités par rapport au principe général d'égalité applicable à tous les salariés. Une place est notamment faite à la maternité qui justifie certaines dérogations. Mais au-delà, la matière s'accompagne pour les employeurs d'obligations particulières : il est tenu d'engager un dialogue dynamique avec les partenaires sociaux, et depuis le 1^{er} janvier 2019, il a l'obligation, si l'effectif est supérieur à 50 salariés, de procéder à la mesure des écarts de rémunération, de publier les résultats de cette mesure et de se mettre en conformité si les résultats ne sont pas suffisants.

➤ Ce supplément remplace le n° 656 du 10 mai 2015

Interdiction des discriminations en général

Contours

01 Qu'est-ce qu'une discrimination ?

La discrimination consiste à **traiter une personne de manière moins favorable qu'une autre, sur la base d'un critère particulier qui la distingue**. La loi ne réprime que les discriminations basées sur un certain nombre d'éléments qu'elle énumère. La discrimination est caractérisée lorsque, sur le fondement de l'un de ces critères, un salarié est traité de manière moins favorable qu'un autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Ces motifs discriminatoires interdits sont les suivants [C. trav., art. L. 1132-1] : l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'identité de genre, l'âge, la situation de famille, la grossesse, les caractéristiques génétiques, la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique apparente ou connue, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes, les convictions religieuses, l'apparence physique, le nom de famille, le lieu de résidence, la domiciliation bancaire, l'état de santé, la perte d'autonomie ou le handicap, la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français.

Sont également visés :

- l'exercice normal du droit de grève qui ne doit entraîner ni sanction, ni licenciement, ni mesure discriminatoire d'aucune sorte [C. trav., art. L. 1132-2];
- le fait de témoigner d'agissements discriminatoires ou de les relater [C. trav., art. L. 1132-3];
- l'exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur [C. trav., art. L. 1132-3-1];
- le fait de relater ou témoigner, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont la personne a eu connaissance dans le cadre de ses fonctions [C. trav., art. L. 1132-3-3];
- les lanceurs d'alerte (qui ont respecté la procédure de lancement d'alerte) [C. trav., art. L. 1132-3-3];
- le fait de subir ou refuser de subir des agissements de harcèlement moral ou sexuel, de témoigner de tels agissements ou de les relater [C. trav., art. L. 1152-2; C. trav., art. L. 1153-2];
- le fait de subir tout agissement à connotation sexuelle ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant [L. n° 2008-496, 27 mai 2008, art. 1 mod.].

› Tous ces motifs de discrimination sont détaillés dans la suite de ce supplément (voir n° 6 et s.).

02 Quels sont les actes concernés par le principe de non-discrimination ?

Tous les actes et décisions d'initiative patronale qui concernent l'embauche, le déroulement de la carrière ou la rupture du contrat de travail sont soumis au principe de non-discrimination. Ainsi, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, ou de nomination, ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise en raison d'un critère discriminatoire. De la même façon, aucun salarié ne peut, pour cette même raison, être sanctionné, licencié ou subir une mesure discriminatoire directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat [C. trav., art. L. 1132-1]. C'est donc l'ensemble des décisions et actes de gestion du personnel qui est concerné.

En outre, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire visée ci-dessus pour

avoir refusé en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité [C. trav., art. L. 1132-3-2].

ATTENTION

Est également qualifié de discrimination le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement discriminatoire. Un employeur ne peut donc pas, sans se rendre coupable lui-même de discrimination, imposer à l'un de ses salariés (le DRH par exemple) de pratiquer une politique discriminatoire [L. n° 2008-496, 27 mai 2008, art. 1^{er} mod.].

Le principe de non-discrimination s'applique donc dès la procédure d'embauche, avant même qu'un contrat de travail ne soit conclu. Il existe d'ailleurs une obligation de formation tous les cinq ans des salariés chargés de missions de recrutement à la non-discrimination à l'embauche dans les entreprises d'au moins 300 salariés et dans les entreprises spécialisées dans le recrutement [C. trav., art. L. 1131-2].

REMARQUE

La réglementation applicable aux offres et demandes d'emploi prend en compte cette prohibition des discriminations : elle interdit notamment la mention dans une offre d'emploi d'une limite d'âge supérieure ou la référence à l'un des motifs de discrimination énumérés par le Code du travail [C. trav., art. L. 5321-2 et L. 5331-2]. Sur l'utilisation des termes « junior » ou « sénior », voir encadré p. 23.

03

Quelle est la différence entre discrimination directe et discrimination indirecte ?

■ Discrimination directe

Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable, et ce sur le fondement de l'un des motifs discriminatoires visés par la loi (voir n° 1). Cette définition prend ainsi en compte les comparaisons non seulement présentes, mais aussi passées et futures.

■ Discrimination indirecte

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique qui, bien que neutre en apparence, est susceptible d'entraîner, pour l'un de ces mêmes motifs discriminatoires (voir n° 1), un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres. Et ce à moins que cette disposition, ce critère ou

cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser celui-ci ne soient nécessaires et appropriés [L. n° 2008-496, 27 mai 2008, art. 1^{er} modifié]. Sont donc ici visées les mesures seulement « susceptibles » d'entraîner un traitement défavorable, sans qu'il soit nécessaire qu'une victime au moins soit identifiée. On s'attache aux effets potentiels d'une règle ou d'une pratique.

EXEMPLES

→ Le fait d'accorder une promotion ou une augmentation uniquement à l'issue d'un rendez-vous annuel est discriminatoire vis-à-vis d'une femme qui, en raison d'un congé de maternité, n'a pas pu participer aux entretiens d'évaluation et a ainsi perdu une possibilité de promotion, alors que ses collègues, présents au moment des entretiens, ont tous été promus au statut de cadre ; il a été jugé que cette salariée avait fait l'objet d'une mesure discriminatoire dans l'évolution de sa carrière à raison de son sexe [Cass. soc., 28 oct. 2008, n° 07-41.856]. En revanche, le fait de mettre en place un bonus de coopération subordonné à la participation active et effective des salariés à une opération d'accompagnement au transfert et à la formation de salariés italiens en France, ne présente pas un caractère discriminatoire à l'égard d'une salariée en congé maternité : la prime rémunère en effet une activité spécifique et récompense le service rendu [Cass. soc., 19 sept. 2018, n° 17-11.618].

→ Pour régulariser en fin d'année la rémunération des salariés soumis à un régime de modulation du temps de travail, un employeur retenait la durée hebdomadaire moyenne de la modulation comme mode de décompte des jours d'absence pour maladie. Une telle modalité de calcul constitue, malgré son caractère apparemment neutre, une mesure discriminatoire en raison de l'état de santé du salarié car elle pénalise indirectement les salariés qui ont été malades en période de haute activité [Cass. soc., 9 janv. 2007, n° 05-43.962].

→ Le fait de mettre en place un dispositif de « sensibilisation aux enjeux de désorganisation de la production » consistant à organiser des entretiens de retour d'absence, quelle que soient la durée et le motif de l'absence, au cours duquel sont évoquées les perturbations causées par l'absence est une discrimination indirecte pour les salariés absents pour raison de santé ou maternité [Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-27.689].

→ Pour calculer la retenue sur salaire appliquée à des salariés grévistes, une entreprise de presse avait décidé de retenir 50% pour les salariés dont les titres avaient été bouclés en temps et en heure, et 100% pour ceux dont les titres avaient été bouclés en retard. Cela constitue une discrimination indirecte car elle prend en compte le degré de mobilisation des salariés [Cass. soc., 9 juill. 2015, n° 14-12.779].

04 Quand y a-t-il discrimination par association ?

On évoque une discrimination « par association » ou « par ricochet » lorsqu'une personne est victime de discrimination en raison, non de caractéristiques qui lui sont propres, mais des liens qui l'unissent à une autre personne. Tel serait le cas, par exemple, d'un refus d'embauche motivé par le fait que le conjoint du candidat à l'emploi est d'origine étrangère ou d'une certaine religion. De même, est discriminatoire le licenciement d'une salariée en raison de l'activité syndicale de son concubin, délégué syndical dans la même entreprise [Cons. prud'h. Caen, 25 nov. 2008, n° 06-120].

À NOTER

Une discrimination fondée sur le handicap peut ainsi exister même si le salarié qui en est victime n'est pas lui-même handicapé. Cette situation a été mise en évidence par une décision rendue au niveau européen par la Cour de justice des communautés européennes (devenue Cour de justice de l'Union européenne) à propos d'une salariée qui avait subi un traitement défavorable motivé par le fait qu'elle avait la charge d'un enfant handicapé [CJCE, 17 juill. 2008, aff. C-303/06].

05 Des différences de traitement entre salariés restent-elles possibles ?

Une différence de traitement entre les salariés d'une même entreprise ne constitue pas en elle-même une discrimination illicite [Cass. soc., 18 janv. 2006, n° 03-45.422]. Il n'y a discrimination que si le traitement défavorable infligé au salarié est fondé sur l'un des motifs interdits (voir n° 1) [Cass. soc., 14 oct. 2009, n° 08-41.091]. Par conséquent, des différences de traitement qui s'appuient sur d'autres éléments (par exemple le mérite, l'expérience, l'ancienneté, etc.), même si elles peuvent se heurter au principe d'égalité entre salariés (voir n°s 17 et s.), ne sont pas des discriminations prohibées.

Par ailleurs, le principe de non-discrimination ne fait pas obstacle aux différences de traitement entre salariés fondées sur les motifs discriminatoires si :

- elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante ;
- l'objectif visé est légitime et l'exigence proportionnée [C. trav., art. L. 1133-1].

EXEMPLE Un plan de sauvegarde de l'emploi peut exclure du bénéfice d'une indemnité additionnelle de licenciement les salariés en préretraite ou percevant une pension d'invalidité, dans la mesure où ils se trouvent après leur licenciement dans une situation de précarité moindre que ceux en activité qui perdent l'intégralité de leur salaire et donc l'essentiel de leurs revenus après la rupture de leur contrat de travail [Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 10-24.204].

Certaines différences de traitement fondées sur un motif normalement discriminatoire peuvent donc se trouver justifiées par l'objectif poursuivi et le caractère nécessaire et approprié des moyens mis en œuvre pour l'atteindre. Cette disposition est de portée générale.

Enfin, des dispositions spécifiques permettent des dérogations pour certains critères de discrimination comme l'âge [C. trav., art. L. 1133-2], l'inaptitude constatée par le médecin du travail [C. trav., art. L. 1133-3], le handicap [C. trav., art. L. 1133-4], le lieu de résidence [C. trav., art. L. 1133-5] ou la vulnérabilité liée à la situation économique [C. trav., art. L. 1133-6].

Les différents motifs de discrimination

Caractères et situation de la personne

06 Quels sont les principes en matière de discrimination entre les femmes et les hommes ?

Des différences de traitement ne sauraient être légitimement fondées sur l'appartenance à un sexe, qu'il s'agisse d'embauche, de rémunération, de promotion ou de toute autre décision concernant le déroulement de la carrière [C. trav., art. L. 1132-1]. Cet aspect des discriminations rejoint la question de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, qui a suscité de nombreux textes spécifiques et sera détaillée plus loin dans ce supplément (voir n° 29 et s.). Nous nous bornerons à signaler ici :

→ **Le principe.** Toute différence de traitement ayant pour seul motif le sexe de l'intéressé (homme ou femme) peut être qualifiée de discrimination. Cette règle ne protège pas seulement les femmes mais vise à assurer l'égalité la plus complète possible entre les travailleurs des deux sexes.

Discrimination positive

Les discriminations que l'on qualifie de « positives » sont des différenciations volontaires qui visent à corriger des inégalités de fait. À ce titre, elles sont légitimes. Le droit européen autorise d'ailleurs ces actions positives [Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000, art. 7 ; Dir. n° 2006/54/CE, 5 juill. 2006].

Ainsi, par dérogation au principe d'égalité entre les femmes et les hommes, des mesures temporaires peuvent être décidées au seul bénéfice des femmes afin d'établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes [C. trav., art. L. 1142-4] (voir n° 31).

Suivant le même principe, des mesures pour favoriser l'égalité de traitement sont autorisées en faveur des personnes handicapées [C. trav., art. L. 1133-4], des personnes résidant dans certaines zones géographiques [C. trav., art. L. 1133-5], ou encore des personnes en situation de forte précarité sociale [C. trav., art. L. 1133-6].

→ **Les exceptions.** Celles-ci concernent :

- la protection de la maternité ;
- la protection des femmes enceintes ou allaitantes en matière de santé et de sécurité (notamment vis-à-vis de certains agents chimiques et des rayonnements ionisants) ;
- la possibilité de prendre le sexe en compte dans certaines professions (en nombre très limité, telle le mannequinat) ;
- les mesures temporaires de rattrapage prises au seul bénéfice des femmes et destinées à corriger des inégalités de fait et à promouvoir l'égalité des chances (voir n° 31).

07

Que recouvrent les discriminations d'après l'origine, le nom, le lieu de résidence, l'appartenance à une ethnie, une nation ou une prétendue race ?

→ **L'origine.** Elle peut viser le lieu de naissance, l'origine sociale, familiale ou la différence culturelle.

→ **Le lieu de résidence.** En matière d'embauche, le rejet des candidatures venant d'un quartier ou d'une ville spécifique serait jugé discriminatoire. À noter que, pour prévenir les risques d'inégalité fondée sur l'adresse des salariés, la loi autorise la mise en place de dispositifs de discrimination positive en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques [C. trav., art. L. 1133-5].

REMARQUES

Le législateur a également ajouté la domiciliation bancaire au nombre des motifs de discrimination. Cette mesure résulte de la loi relative à l'égalité réelle en outre-mer et a pour objet de lutter contre les discriminations à l'encontre des personnes dont le compte bancaire ne serait pas domicilié en métropole [L. n° 2017-256, 28 févr. 2017]. Il a également ajouté la discrimination fondée sur la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique apparente ou connue de la personne [L. n° 2016-832, 24 juin 2016]. L'objectif du législateur était de lutter contre les discriminations fondées sur la précarité sociale de la personne.

→ **L'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race.** Ce critère recouvre tous les comportements racistes ou de « préférence », qu'ils se traduisent par une exclusion ou, au contraire, par un traitement de faveur au bénéfice de certaines ethnies ou catégories.

→ **Le nom de famille.** Celui-ci révèle parfois l'origine et permet de sanctionner clairement les recruteurs qui écartent certains patronymes « typiques ».

EXEMPLES

→ Le fait pour un employeur de demander à son salarié de changer son prénom de Mohamed pour celui de Laurent est de nature à constituer une discrimination à raison de l'origine [Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 08-42.286]. Pour sa défense, l'employeur (en l'occurrence une maison de retraite) expliquait que plusieurs salariés en contact avec des personnes âgées portaient le prénom de Mohamed et qu'il fallait ainsi les différencier pour aider ces dernières. Cet argument n'a pas été jugé de nature à caractériser l'existence d'un élément objectif susceptible de justifier cette discrimination.

→ Révèle également une attitude discriminatoire le fait, pour un employeur, d'avoir publiquement déclaré qu'il ne recruterait pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale [C.J.U.E, 10 juill. 2008, aff. C-54/07].

→ De même, la mention « éviter le personnel de couleur » figurant dans une note destinée au recrutement est discriminatoire [Cass. crim., 14 nov. 1989, n° 88-81.817].

→ La capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français.

Ce motif de discrimination soulève des difficultés d'interprétation. Il n'a évidemment pas pour objet de protéger des personnes qui s'exprimeraient mal en français. D'après les débats parlementaires, cette notion a été introduite en vue de protéger les langues régionales.

08

Dans quelle mesure les discriminations en raison de la nationalité sont-elles interdites ?

Une entreprise implantée en France ne peut pas adopter un régime salarial différent ou distinguer pour l'octroi d'avantages selon la nationalité de son personnel.

EXEMPLES

→ Est discriminatoire le fait, pour un institut privé d'enseignement de langue allemande, d'avoir maintenu au profit de ses salariés de nationalité allemande engagés avant une certaine date un système de rémunération plus avantageux que celui prévu pour les salariés français se trouvant dans la même situation [Cass. soc., 10 déc. 2002, n° 00-42.158].

→ A également été condamné un employeur qui exigeait des candidats à une offre d'emploi d'agents de sécurité qu'ils fournissent une carte d'électeur. En effet, le droit de vote n'étant accordé qu'aux nationaux et, dans une certaine mesure, aux ressortissants des États membres de l'Union européenne, cette exigence revient à subordonner l'offre d'emploi à une condition de nationalité, ce qui constitue une discrimination [Cass. crim., 20 janv. 2009, n° 08-83.710].

Toutefois, une différence de traitement fondée sur la nationalité peut être licite si elle repose sur des **raisons objectives et étrangères à toute discrimination prohibée**. Il peut s'agir, par exemple, d'accorder un avantage aux seuls salariés étrangers pour compenser les inconvénients attachés à leur expatriation.

EXEMPLES

→ L'avantage accordé aux seuls salariés italiens transférés en France à l'occasion de la restructuration du groupe Alitalia et consistant en l'attribution d'un droit d'option sur les actions nouvellement créées a été considéré comme justifié par le fait que cette mesure constituait la contrepartie des sacrifices que ces salariés avaient acceptés dans le cadre

de cette restructuration. Sacrifices qui n'avaient pas été demandés aux salariés en poste en France [Cass. soc., 17 juin 2003, n° 01-41.522].

→ De même, pour une prime d'expatriation accordée aux seuls salariés étrangers de l'entreprise, dès lors que l'avantage visait, d'une part, comme dans le cas précédent, à compenser les inconvénients résultant de l'installation d'un individu et de sa famille en pays étranger et, d'autre part, à faciliter l'embauche de salariés ressortissants non français afin de contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique international [Cass. soc., 9 nov. 2005, n° 03-47.720; Cass. soc., 17 avr. 2008, n° 06-45.270].

09

Que protège, en pratique, l'interdiction des discriminations liées aux mœurs, à l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, à la situation de famille et à la grossesse ?

■ Mœurs, orientation ou identité sexuelles, situation de famille

→ La notion de **mœurs**, mal définie en droit, permet d'appréhender tous les comportements que le salarié est susceptible d'adopter dans le cadre de sa vie personnelle et notamment dans sa vie sexuelle. L'**orientation sexuelle** (hétérosexualité, homosexualité, bisexualité) et l'**identité de genre** (transgénérisme, transidentité) en constituent des critères spécifiques.

EXEMPLES

→ Est victime d'une discrimination en raison de son orientation sexuelle dans le déroulement de sa carrière un salarié ayant postulé 14 fois en vain à un poste de sous-directeur après avoir été inscrit sur la liste d'aptitude à ce poste, ayant répondu à des propositions de poste à l'international ou dans une filiale du groupe à Paris, étant le seul de sa promotion à ne pas avoir été nommé sous-directeur alors qu'il figurait parmi les candidats les plus diplômés et que plusieurs témoins avaient fait état d'un climat homophobe dans l'entreprise. Pour sa défense, l'employeur ne pouvait pas prétendre, d'une part, qu'il n'avait pas disposé

Portée du principe européen de libre circulation des travailleurs

Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pose le principe de la libre circulation des travailleurs des États membres à l'intérieur de l'Union européenne. Ce principe implique notamment :

– l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des États membres en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et autres conditions de travail ;

– le droit de répondre à des emplois effectivement offerts, de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des États membres et de séjourner dans un des États membres afin d'y exercer un emploi.

Ce principe de non-discrimination en

raison de la nationalité n'a cependant vocation à s'appliquer que dans les situations régies par le droit communautaire.

Ainsi, en matière d'emploi, il n'est destiné qu'à garantir la libre circulation des travailleurs. Ces dispositions ne peuvent par conséquent être invoquées par un salarié français travaillant en France pour revendiquer le paiement d'une prime d'expatriation que l'entreprise verse à ses salariés étrangers pour compenser les inconvénients résultant de leur expatriation. Il n'a pas, en effet, exercé cette liberté de circulation pour aller travailler dans un autre État membre [Cass. soc., 17 avr. 2008, n° 06-45.270].

de poste de direction pendant 16 ans et, d'autre part, qu'il n'avait pas été en mesure de recommander activement la candidature du salarié sur des postes à l'international [Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 11-15.204].

→ Pour déclarer contraire à la loi le licenciement d'un aide-sacristain au motif qu'il était homosexuel, ce qui était contraire aux principes de l'Église catholique, la Cour de cassation a souligné qu'un employeur ne saurait mettre en cause les mœurs d'un salarié sans avoir constaté d'agissements de ce dernier ayant créé un trouble caractérisé [Cass. soc., 17 avr. 1991, n° 90-42.636].

→ De même, a été annulé le licenciement d'une salariée motivé par le fait qu'elle avait refusé de répondre à un tract relatif à ses mœurs, celui-ci lui prêtant, en termes orduriers, un certain comportement et certaines relations avec d'autres salariés de l'entreprise. Dans cette affaire, l'employeur avait estimé, à tort, que son absence de réponse à ces allégations était fautive [Cass. soc., 26 avr. 2007, n° 05-42.352].

→ Le refus d'embaucher un salarié au seul motif qu'il fume ou le fait de subordonner l'embauche à l'absence de tabagisme constitue une discrimination en raison des mœurs [Délib. Halde, n° 2007-32, 12 févr. 2007, à noter que la Halde est devenu le Défenseur des droits].

→ **La situation de famille** recouvre toutes les notions connues que sont le concubinage, le Pacs, le mariage, la séparation, le divorce, la paternité et la maternité – dans et hors mariage –, ainsi que la filiation. Aucun de ces éléments ne doit être pris en compte lorsqu'il s'agit, pour l'employeur, d'arrêter une décision concernant un salarié, qu'il s'agisse d'embauche, de licenciement, de promotion ou autre.

EXEMPLES Un salarié ne peut pas être licencié simplement parce qu'il est l'époux d'une autre salariée qui a eu un comportement injurieux envers l'employeur [Cass. soc., 30 juin 2010, n° 08-41.936]. Un salarié ne peut se voir opposer un refus de renouvellement de son contrat à durée déterminée au motif que son frère est engagé politiquement [Cass. crim., 21 juin 2016, n° 15-80.365].

Grossesse

Sous réserve des exceptions au principe d'égalité (voir n° 31), l'état de grossesse ne saurait être pris en compte dans les décisions de l'employeur, que ce soit en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou d'embauche [C. trav., art. L. 1142-1]. La femme enceinte candidate à un emploi n'est nullement tenue de révéler son état et l'employeur n'a pas le droit de rechercher ou faire rechercher des informations à ce sujet [C. trav., art. L. 1225-1 et L. 1225-2].

10 Les différences de traitement liées à l'âge sont-elles interdites dans tous les cas ?

■ Principe : l'âge est un critère de différenciation prohibé par la loi

Une décision de l'employeur qui s'appuie sur ce seul critère est discriminatoire, qu'il s'agisse, par exemple, d'une mise à la retraite opérée avant que les conditions légales en soient remplies [Cass. soc., 21 déc. 2006, n° 05-12.816], ou d'une embauche. La mention dans une offre d'emploi d'une limite d'âge supérieure est d'ailleurs interdite [C. trav., art. L. 5331-2].

La prohibition s'impose non seulement à l'employeur, mais également aux partenaires sociaux lorsqu'ils négocient des accords collectifs.

EXEMPLES

→ A été jugé discriminatoire le refus d'un employeur d'admettre un pilote atteignant prochainement l'âge de 60 ans à un stage de qualification sur un nouveau type d'avion, ce refus étant motivé par le défaut de rentabilité du coût de cette formation eu égard au potentiel prochain départ à la retraite de l'intéressé ou au risque qu'il ne puisse plus assurer les vols suite aux visites médicales auxquelles il est soumis [Cass. soc., 18 févr. 2014, n° 13-10.294].

→ De même, met en lumière une discrimination directe liée à l'âge et à l'état de santé, la lettre de l'employeur qui justifie la réorganisation du service et le transfert du salarié vers une autre société du groupe en s'appuyant notamment sur « la nécessité de prendre des dispositions pour l'avenir eu égard à l'âge de 59 ans de l'intéressé et pour préserver son état de santé » [Cass. soc., 19 oct. 2010, n° 09-42.180].

→ A également été jugé discriminatoire un accord collectif prévoyant, dans le cadre du congé de fin de carrière, que les salariés qui l'acceptaient percevaient 50% de leur salaire mensuel s'ils avaient entre 54 et 55 ans, et 80% de leur salaire mensuel s'ils avaient plus de 55 ans, sans justifier d'élément objectif justifiant cette distinction [Cass. soc., 16 janv. 2019, n° 17-17.475].

Qu'en est-il, dès lors, pour les dispositions, courantes dans les conventions collectives, qui calculent l'indemnité de licenciement en fonction de l'ancienneté du salarié mais plafonnent cette prise en compte à un nombre maximal d'années (par exemple à 12 ans d'ancienneté) ? La Cour de cassation a validé ce type de clause, estimant qu'il n'y a de discrimination indirecte en raison de l'âge que lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un âge donné par rapport à d'autres personnes. Or, tel n'est pas le cas ici : d'une part, les salariés ayant une ancienneté supérieure à celle prise en compte pour l'indemnité de licenciement (en l'occurrence plus de 12 ans d'ancienneté) perçoivent bien, comme les autres salariés, une indemnité de licenciement supérieure au montant légal ; d'autre part, il n'apparaît pas que ce plafonnement ait pour effet de désavantager les salariés du fait de leur âge [Cass. soc., 30 avr. 2009, n° 07-43.945].

■ Exception : un but légitime et des moyens appropriés

Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi. Les moyens employés pour atteindre cet objectif doivent être nécessaires et appropriés [C. trav., art. L. 1133-2]. Ces différences peuvent notamment consister en :

- une interdiction d'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés. Il peut s'agir, par exemple, de mesures renforcées d'ergonomie pour les travailleurs âgés, de la réservation de certains travaux aux salariés expérimentés, etc.;
- la fixation d'un âge maximal pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite. Ainsi, une offre d'emploi peut parfois fixer une fourchette d'âge pour l'embauche.

Les magistrats interprètent strictement ce principe. Saisie le plus souvent de dispositions statutaires ou conventionnelles instaurant, par dérogation aux règles de droit commun, une limite d'âge pour l'exercice de certaines fonctions, la Cour de cassation ne valide les dérogations qu'après une vérification rigoureuse des éléments légaux permettant de les mettre en œuvre : un but légitime, des moyens nécessaires et appropriés.

EXEMPLES

→ Conformément aux règles prévues par son statut, une salariée de l'Opéra national de Paris avait été mise à la retraite à l'âge de 60 ans. Or, au moment des faits, l'âge à partir duquel un employeur pouvait mettre un salarié à la retraite était fixé par la loi à 65 ans, sauf dérogation légitime. La Cour de cassation a reproché aux juges d'appel d'avoir validé cette mise à la retraite sans constater que, pour la catégorie d'emploi concernée, la différence de traitement fondée sur l'âge était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires [Cass. soc., 11 mai 2010, n° 08-43.681].

→ Le Code de l'aviation civile [art. L. 421-9] prévoyait qu'aucun personnel ne pouvait exercer son activité en qualité de pilote ou de copilote dans le transport aérien public au-delà de l'âge de 60 ans. La Cour de cassation a jugé que si une telle limitation poursuivait un but de sécurité aérienne, elle n'était pas nécessaire à la satisfaction de cet objectif [Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 11-13.795]. Le Conseil d'État a pour sa part considéré que cette limite d'âge n'était pas nécessaire à la sécurité publique et était donc incompatible avec le principe de non-discrimination fondé sur l'âge [CE, 22 mai 2015, n° 371623].

Il convient de noter, par ailleurs, qu'**une justification générale de la mesure d'âge ne suffit pas**. La dérogation doit en effet être

justifiée dans son application au salarié qui se dit victime d'une discrimination.

EXEMPLE Une salariée de la SNCF avait été mise à la retraite le jour de son 55^e anniversaire, en application du statut en vigueur pour les agents. Elle soutenait que cette mesure constituait une discrimination et devait donc être annulée. Or, cette disposition du statut de la SNCF avait reçu l'aval du Conseil d'Etat : celui-ci avait estimé qu'elle ne constituait pas en elle-même une discrimination interdite [CE, 19 mai 2006, n° 274692]. La Cour de cassation a cependant accueilli l'action de la salariée : si des dispositions réglementaires autorisant la mise à la retraite d'un salarié à un âge donné peuvent ne pas constituer, par elles-mêmes, une discrimination interdite, il n'en résulte pas que la décision de l'employeur de faire usage de cette faculté est nécessairement dépourvue de caractère discriminatoire. En l'occurrence, la généralité des motifs invoqués par l'employeur pour justifier la limite d'âge ne permettait pas de considérer que la mise à la retraite de la salariée était nécessairement justifiée par un objectif légitime. Ainsi, ne suffit-il pas que les dispositions offrant la faculté de mettre un salarié à la retraite avant l'âge légal répondent à un objectif légitime. Il faut aussi que la décision prise par l'employeur de mettre tel salarié à la retraite sur la base de ces dispositions soit elle-même justifiée par un tel objectif [Cass. soc., 16 févr. 2011, n° 10-10.465], d'autant plus s'il apparaît qu'une large proportion d'agents de la catégorie de l'intéressé ne s'est pas vue imposer une telle mesure [Cass. soc., 9 févr. 2012, n° 10-28.651].

11 Qu'est-ce qui est visé par « discrimination liée à l'apparence physique » ?

■ Domaines couverts

Cette notion de « discrimination liée à l'apparence physique » recouvre d'abord les caractéristiques corporelles de la personne (taille, poids, couleur de la peau, signes particuliers tels que les cicatrices, malformations, amputations, etc.). Mais elle englobe aussi d'autres considérations telles que la présentation, le soin, l'élégance, l'allure ou les habitudes vestimentaires.

Sur le premier aspect de cette notion, la réponse semble claire : toute différenciation liée aux caractéristiques corporelles est condamnable, sauf motif réel et légitime (sécurité ou hygiène, par exemple). En revanche, sur la question des vêtements, les difficultés sont nombreuses, en particulier lorsque le salarié adopte une tenue qui exprime ses convictions, notamment religieuses. La question, alors, heurte de front le principe de la liberté d'opinion et de la liberté religieuse (voir n° 13).

■ Problématique particulière de la tenue de travail

→ **Principe.** Le salarié est libre de se donner l'apparence physique qu'il souhaite (vêtements, coiffure, port de la barbe, etc.). Nul, en effet, ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas jus-

tifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché [C. trav., art. L. 1121-1].

→ **À cette liberté de principe, l'employeur peut apporter certaines restrictions.** Selon les juges, la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu du travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales. Elle peut donc faire l'objet de restrictions [Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273]. Toutefois, celles-ci doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché [C. trav., art. L. 1121-1]. Elles doivent donc rester exceptionnelles. L'employeur peut ainsi :

- prescrire une contrainte vestimentaire pour des raisons de sécurité (port d'une blouse, d'un masque, d'un casque, etc.) ;
- imposer le port d'un uniforme ou d'un badge aux salariés qui sont en contact avec la clientèle. Celui-ci doit être strictement réservé aux fonctions qui mettent le salarié en contact avec la clientèle, sans pouvoir être étendu à l'ensemble du personnel [Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.346].

Recommandations sur l'utilisation des termes « junior » et « senior »

Saisie d'une réclamation relative au rejet d'une candidature à deux postes au motif que la personne n'était pas assez « junior », son profil étant jugé « trop dimensionné » par rapport aux postes à pourvoir, la Halde (dont les fonctions sont désormais assurées par le Défenseur des droits) a préconisé de veiller, dans le cadre des procédures de recrutement, à ce que toute référence à l'expérience professionnelle soit définie en termes de niveau de compétence

et de responsabilité, et qu'elle soit strictement justifiée par rapport au poste à pourvoir et vérifiée par la procédure de recrutement effectivement mise en œuvre [Délib. Halde n° 2007-306, 26 nov. 2007].

Les tribunaux ont eux aussi été amenés à prendre position sur l'emploi des termes « junior », « senior » et sur leur signification : une salariée, qui travaillait en qualité de directrice artistique internationale senior, avait été licenciée pour motif économique. Elle soutenait que son employeur avait commis une discrimination indirecte fondée sur l'âge en décidant, pour arrêter la liste des salariés qui seraient licenciés, que les critères déterminant l'ordre des

licenciements seraient appréciés au sein de la seule catégorie des directeurs artistiques seniors regroupant les salariés les plus expérimentés et, par conséquent, les plus âgés. La Cour de cassation, dans cette affaire, a écarté la discrimination après avoir constaté que la distinction entre la catégorie des seniors et celle des juniors reposait sur la seule prise en compte de l'expérience professionnelle des salariés, sans que les salariés plus âgés soient désavantagés dans la mise en œuvre de l'ordre des licenciements du fait de l'attribution d'un plus grand nombre de points liés à l'âge [Cass. soc., 19 oct. 2010, n° 08-45.254].

EXEMPLES A été jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement d'une femme agent de propreté qui refusait de porter la tenue de travail imposée à l'ensemble du personnel de l'entreprise travaillant sur le site d'un centre commercial où elle était affectée, dès lors que la contrainte vestimentaire qui lui était imposée n'était ni justifiée par la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché [Cass. soc., 20 juin 2006, n° 04-43.067]. Il en va de même du licenciement d'un chef de rang de restaurant suite à son refus d'enlever ses boucles d'oreilles. La lettre de licenciement était libellée ainsi « votre statut au service de la clientèle ne nous permet pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes » ; elle révélait donc un licenciement discriminatoire car fondé sur l'apparence physique rapportée au sexe (les femmes étaient autorisées à porter des boucles d'oreilles), sans que l'employeur puisse justifier sa décision par des éléments étrangers à toute discrimination [Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-28.213].

L'employeur peut aussi demander à un salarié de modifier sa tenue vestimentaire s'il estime que la tenue adoptée est incompatible avec les fonctions exercées. Il peut ainsi :

- interdire à un salarié en contact avec la clientèle de venir travailler en survêtement [Cass. soc., 6 nov. 2001, n° 99-43.988] ;
- exiger d'un salarié qu'il porte des vêtements propres et se conforme aux règles d'hygiène, spécialement lorsque ses fonctions le mettent en contact avec des denrées alimentaires [Cass. soc., 29 févr. 1984, n° 81-42.321].

Les questions de ce type se règlent le plus souvent sur le terrain disciplinaire : si les exigences de l'employeur sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché, les manquements du salarié peuvent entraîner son licenciement.

EXEMPLES Ont été considérés comme justifiés le licenciement d'un salarié qui s'obstinait, en dépit des demandes réitérées de la direction, à venir travailler avec un bermuda sous sa blouse de travail [Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273 ; Cass. soc., 12 nov. 2008, n° 07-42.220] et celui d'une salariée qui refusait de modifier sa tenue jugée indécente (chemisier transparent) [Cass. soc., 22 juill. 1986, n° 82-43.824].

12

Quelles sont les discriminations interdites en matière d'état de santé, de perte d'autonomie, de handicap ou de caractéristiques génétiques ?

Toute décision de l'employeur qui se fonde sur l'état de santé du salarié est discriminatoire, qu'il s'agisse d'un acte (changement d'affectation, licenciement) ou d'une abstention (refus d'embauche, absence d'avancement ou d'augmentation de salaire).

EXEMPLES L'employeur ne peut pas, sans se rendre coupable de discrimination :
– justifier un retard de carrière par des absences pour maladie [Cass. soc., 28 janv. 2010, n° 08-44.486] ;
– fonder un avertissement sur le fait que la salariée avait, en l'espace de deux mois, adressé

trois arrêts de travail médicalement justifiés correspondant à un cumul de 11 jours d'absence [Cass. soc., 24 juin 2009, n° 08-40.055];

– décider d'un changement d'affectation en raison de l'état de santé d'une salariée sans l'accord de celle-ci : dans cette affaire, l'intéressée avait été victime d'un accident vasculaire cérébral et reprenait son travail dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique; l'employeur avait pris l'initiative de l'affecter à un poste moins générateur de stress, sans que le médecin du travail ait préconisé un tel changement; cette mutation, fondée sur la maladie de la salariée, a été jugée discriminatoire [Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-71.542].

Il peut en revanche reprocher au salarié d'avoir continué de travailler en sachant que son état de santé ne le lui permettait pas, ce qui avait mis en danger ses collègues : ce n'est pas, en effet, l'état de santé qui motive le licenciement, mais la dissimulation fautive par le salarié de celui-ci [Cass. soc., 12 oct. 2017, n° 16-18.836].

→ **L'employeur n'a aucun droit de s'enquérir de l'état de santé d'un salarié, de le juger lui-même incompatible avec la poursuite du travail** et d'en tirer des conséquences, quelles qu'elles soient. C'est le médecin du travail qui assure cette mission en vérifiant l'aptitude du salarié lors des visites médicales, notamment de reprise. Seul un constat d'inaptitude, établi par le médecin du travail au terme de la procédure requise peut déclarer le salarié inapte à son poste [Cass. soc., 20 sept. 2006, n° 05-40.241]. Ce n'est qu'après un tel constat que l'employeur peut envisager de prendre les mesures qui s'imposent en conformité avec les préconisations du médecin du travail et de formuler des propositions de reclassement dans un poste adapté ou aménagé s'il y a lieu. Des différences de traitement pourront alors en résulter. Elles ne constitueront pas une discrimination dès lors qu'elles sont fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail et qu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées [C. trav., art. L. 1133-3]. Échappent également à la qualification de discrimination les mesures prises en faveur de l'égalité de traitement des personnes handicapées [C. trav., art. L. 1133-4] (voir encadré p. 15).

REMARQUE

La Cour de justice de l'Union européenne a jugé que si aucun principe du droit de l'Union n'interdit, en soi, les discriminations fondées sur l'obésité, cette dernière relève de la notion de handicap lorsqu'elle entraîne une limitation pour le salarié, faisant obstacle à sa pleine et effective participation à la vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les autres travailleurs [CJUE, 18 déc. 2014, aff. C-354/13].

→ **Il en va de même des décisions concernant les augmentations de salaire et versements de primes** : elles sont discriminatoires si elles se fondent sur l'état de santé. Ainsi, il n'est pas possible d'exclure du bénéfice d'une augmentation salariale les salariés ayant cumulé un certain nombre de jours d'absence pour cause de maladie. En effet, si les absences du salarié peuvent avoir une incidence sur sa rémunération, il faut pour cela que toutes les absences, autorisées ou non, entraînent les mêmes conséquences [Cass. soc., 7 févr. 2006, n° 04-45.733; Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-23.139].

Révèle de la même façon un comportement discriminatoire de la part de l'employeur le fait qu'un salarié ait été privé des augmentations au mérite en raison de ses absences pour maladie et de la prise en compte de son état de santé dans ses évaluations annuelles [Cass. soc., 5 nov. 2009, n° 08-43.112].

La Cour de cassation a même condamné, comme constitutif d'une discrimination indirecte, le mode de calcul pratiqué dans le cadre d'un accord de modulation du temps de travail qui consistait à retenir la durée hebdomadaire moyenne de la modulation pour décompter les jours d'absence pour maladie. En effet, malgré son caractère apparemment neutre, une telle modalité de calcul pénalise indirectement les salariés malades en période de haute activité et constitue donc une discrimination indirecte en raison de l'état de santé du salarié [Cass. soc., 9 janv. 2007, n° 05-43.962].

REMARQUE

Des méthodes de management mises en œuvre par l'employeur peuvent être constitutives d'une discrimination indirecte fondée sur l'état de santé des salariés. Tel est le cas d'une méthode dite de « sensibilisation aux enjeux de désorganisation de la production » consistant, pour tous les salariés de retour d'absence, quels que soient leur durée et motif, y compris les maladies et accidents, à participer à des entretiens au cours desquels sont évoquées les perturbations de l'organisation de l'entreprise résultant de l'absence et donnant lieu à l'établissement d'un document signé par le salarié concerné [Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-27.689].

→ **La décision de licenciement n'échappe pas à la règle** : une lettre de licenciement se référant, pour tout motif, à la maladie du salarié, entraîne nécessairement la nullité du licenciement. Est également nul le licenciement fondé sur les manifestations d'un état de santé pathologique. Par exemple, si l'entreprise se fonde sur le « comportement anormal d'excitation » du salarié, lié à son état dépressif, pour procéder au licenciement, il est alors discriminatoire et peut être annulé [Cass. soc., 28 janv. 1998, n° 95-41.491].

Toutefois, l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'état de santé ne s'oppose pas au licenciement du salarié malade s'il est motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié et qui met l'employeur dans la nécessité de pourvoir à son remplacement définitif [Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-40.110].

ATTENTION

Pour que la nécessité du remplacement définitif soit établie, l'employeur doit faire état d'une embauche en contrat à durée indéterminée [Cass. soc., 7 avr. 2009, n° 08-40.073; Cass. ass. plén., 22 avr. 2011, n° 09-43.334].

Opinions, convictions et engagements du salarié

13 Comment les salariés sont-ils protégés contre les discriminations liées à leurs opinions politiques et convictions religieuses ?

La liberté d'opinion et de conviction est une liberté fondamentale, consacrée notamment par la Convention européenne des droits de l'homme, qui s'applique à l'ensemble des convictions personnelles, politiques, philosophiques, morales et religieuses. L'employeur doit respecter cette liberté fondamentale et donc ne pas tenir compte des opinions politiques ou religieuses, réelles ou supposées, d'un salarié, pour prendre des décisions le concernant. Le salarié doit toutefois se garder de toute provocation, propagande ou prosélytisme à l'intérieur de l'entreprise.

La manifestation de la liberté de conscience ne doit pas entraver l'organisation nécessaire à la réalisation de la mission de l'entreprise. Les demandes d'absence ou d'aménagement d'horaires liées aux fêtes religieuses peuvent ainsi être refusées par l'employeur si ce refus est justifié par les impératifs liés à la bonne marche de l'entreprise. De même, un salarié de confession musulmane engagé comme boucher ne peut pas exiger une mutation au motif qu'il refuse désormais de manipuler de la viande de porc [Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738].

En revanche, la solution peut être différente si la sécurité du salarié est en cause : un employeur a été condamné après avoir licencié pour faute un salarié ayant refusé de prendre en charge un marché devant se dérouler au Moyen-Orient compte tenu des risques réels encourus du fait de sa confession juive [Cass. soc., 12 juill. 2010, n° 08-45.509].

REMARQUE

L'Observatoire de la laïcité auprès du Premier ministre publie un guide de « La gestion du fait religieux dans l'entreprise privée » synthétisant les normes à appliquer en la matière, consultable sur le site internet : <http://www.gouvernement.fr/observatoire-de-la-laicite>.

14 L'employeur peut-il s'opposer au port de signes religieux par les salariés ?

La question de l'interdiction, notamment dans le règlement intérieur, d'insignes religieux et en particulier du port du voile islamique, donne lieu à de nombreuses décisions de justice. Les solutions rendues par les juges sont différentes selon la nature de l'activité de l'entreprise.

→ Tout d'abord, il est interdit à toute personne, **dans l'espace public**, de porter une tenue destinée à dissimuler son visage [L. n° 2010-1192, 11 oct. 2010 ; Circ. 2 mars 2011, NOR : PRMC1106214C]. Ainsi, pour **les salariés travaillant dans un espace public** (voies publiques, lieux ouverts au public ou affectés à un service public), le port d'une tenue dissimulant le visage et rendant impossible l'identification de la personne (voile intégral, cagoule...) est interdit, sauf certaines exceptions (raisons de santé, motifs professionnels...).

→ **Les principes de neutralité et de laïcité s'appliquent aux entreprises, publiques ou privées, gérant un service public.** Il importe peu dans ce cas que le salarié soit ou non en contact avec le public. Est ainsi justifié le licenciement pour cause réelle et sérieuse d'une technicienne d'une caisse primaire d'assurance maladie, au motif qu'elle portait un foulard islamique en forme de bonnet alors que le règlement intérieur l'interdisait [Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11.690].

ATTENTION

Les notions d'intérêt général et de service public ne doivent pas être confondues. Une entreprise gérant une mission d'intérêt général, comme une crèche, n'est pas soumise aux principes de laïcité et de neutralité [Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845].

→ En revanche, le principe de laïcité ne s'applique pas **dans les entreprises privées ne gérant pas un service public**. Les restrictions à la liberté religieuse doivent donc, d'une part, y être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché et, d'autre part, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante [C. trav., art. L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3]. L'employeur peut ainsi, en raison des intérêts de l'entreprise, prévoir dans le règlement intérieur une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail : cette clause doit cependant être générale et indifférenciée, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas viser uniquement les signes religieux distinctifs, et elle

ne doit s'appliquer qu'aux salariés se trouvant en contact avec les clients [Cass. soc., 22 nov. 2017, n° 13-19.855; C. trav., art. L. 1321-2-1].

→ Enfin, des restrictions peuvent être apportées au port de signes religieux mais également à la liberté d'expression dans les **entreprises dites de conviction ou « de tendance »**, c'est-à-dire celles qui ont pour objet de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques.

→ **Des normes de sécurité et d'hygiène** (port d'un casque de chantier, d'une charlotte, etc.) peuvent elles aussi justifier l'interdiction du port d'un signe religieux pour des raisons objectives étrangères à toute discrimination [Délib. Halde n° 2010-166, 18 oct. 2010].

ATTENTION

S'agissant des salariés au contact de la clientèle, le port de signes religieux ne peut être restreint en raison des seuls souhaits de la clientèle [CJUE, 14 mars 2017, aff. C-188/15].

15 Comment le salarié qui exerce des activités syndicales ou mutualistes est-il protégé contre les discriminations ?

■ Principe

Les activités syndicales ou mutualistes du salarié ne peuvent pas justifier de mesures discriminatoires [C. trav., art. L. 1132-1]. Ainsi, l'employeur ne doit pas prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions, en ce qui concerne notamment l'embauche, la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération et l'octroi d'avantages sociaux, les mesures disciplinaires et la rupture du contrat de travail. Toute mesure contraire est considérée comme abusive et donne lieu à dommages et intérêts [C. trav., art. L. 2141-5 et L. 2141-8]. Toute entrave apportée à l'exercice du droit syndical est punie de sanctions pénales : emprisonnement d'un an et amende de 3 750 €. En cas de récidive, l'emprisonnement peut être porté à deux ans et l'amende à 7 500 € [C. trav., art. L. 2146-2].

À NOTER

La liberté syndicale (droit d'adhérer ou de ne pas adhérer à un syndicat) a une valeur constitutionnelle.

■ Recrutement et évolution de carrière

En pratique, la discrimination est souvent révélée par une stagnation de la carrière de l'intéressé n'ayant d'autre explication apparente que son activité syndicale. La démonstration du lien de cause à effet entre l'engagement syndical du salarié et le ralentissement de sa carrière prend alors le plus souvent appui sur :

– la mise en avant du caractère irréprochable du comportement professionnel du salarié concerné : qualité du travail, ponctualité, absence de reproches et de sanctions, etc. [Cass. soc., 10 nov. 2010, n° 09-66.957];

– la coïncidence entre le début de la stagnation de carrière constatée et le premier engagement syndical du salarié : lorsque, après un déroulement normal, voire remarquable, la carrière connaît une stagnation brusque dont le point de départ coïncide avec la prise de responsabilités syndicales, la discrimination devient vraisemblable si l'employeur ne peut avancer aucun élément objectif de nature à la justifier [Cass. soc., 10 janv. 2006, n° 04-43.070; Cass. soc., 28 juin 2006, n° 04-47.549];

– le fait que le salarié n'ait bénéficié d'aucun entretien d'évaluation depuis plusieurs années ni d'aucune évolution de carrière [Cass. soc., 19 janv. 2010, n° 08-45.000; Cass. soc., 28 janv. 2015, n° 13-23.801; Cass. soc., 28 janv. 2015, n° 13-23.802];

– une comparaison entre la situation de l'intéressé et celle de ses collègues. Tel était le cas, par exemple, dans une affaire où la salariée exerçant des fonctions syndicales était la seule parmi les salariés ayant la même qualification à ne pas avoir progressé dans les échelons ; cette différence de traitement n'était pas imputable à son insuffisance professionnelle mais avait débuté lors de sa désignation en qualité de déléguée syndicale et s'était notamment traduite par une tentative de licenciement, des avertissements et des menaces [Cass. soc., 11 oct. 2000, n° 98-43.472; dans le même sens : Cass. soc., 26 janv. 2010, n° 08-44.118; Cass. soc., 6 avr. 2016, n° 14-23.938].

ATTENTION

L'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec les autres salariés. Le fait que l'employeur n'ait pas fourni de travail au salarié pendant de longues périodes suffit à laisser présumer l'existence d'une discrimination [Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-14.067].

Constitue également une discrimination, le refus d'accorder une promotion au motif que les fonctions d'encadrement que le salarié souhaite obtenir nécessitent une constante disponibilité et sont incompatibles avec son activité syndicale [Cass. soc., 6 juill. 2005, n° 03-44.037], ou encore le refus d'accorder des formations au salarié

dont 100 % de son temps est consacré à ses fonctions électives au motif que l'employeur ne connaît pas son emploi du temps [Cass. soc., 23 mars 2016, n° 14-25.574].

A fortiori, la discrimination est établie si les fiches d'évaluation du salarié prennent directement en compte son activité syndicale. Tel est le cas lorsque le supérieur hiérarchique y mentionne les perturbations que les activités syndicales et prud'homales du salarié entraînent pour la gestion de son emploi du temps [Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 08-40.988] ou fait état sur le bilan de l'entretien professionnel annuel d'un manque de motivation de l'intéressé « dû à ses nombreuses activités syndicales » [Cass. soc., 17 oct. 2006, n° 05-40.393]. Il est en effet interdit à l'employeur de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale dans l'évaluation du salarié [Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-72.733].

ATTENTION

Par exception, l'exercice d'activités syndicales peut être pris en considération dans l'évaluation d'un salarié si c'est en application d'un accord collectif visant à en assurer la neutralité ou à le valoriser [Cass. soc., 1^{er} févr. 2017, n° 15-20.799].

En revanche, il ne peut être reproché à un employeur de ne pas fournir du travail à un salarié dès lors qu'il est occupé à temps plein pour son organisation syndicale, ayant, de fait, un statut de « permanent » [Cass. soc., 22 janv. 2014, n° 12-24.849].

À NOTER

Le refus de l'entreprise utilisatrice de renouveler avec une société de travail temporaire un contrat de mise à disposition d'un salarié exerçant un mandat syndical peut être considéré comme un refus d'embauche discriminatoire. C'est le cas lorsque les absences trop fréquentes de l'intéressé et la désorganisation du service en résultant ayant motivé le refus étaient liées à ses activités syndicales [Cass. crim., 2 sept. 2003, n° 02-86.048].

La discrimination peut résulter d'une différence de traitement entre représentants du personnel : tel est le cas lorsque l'employeur conteste seulement à l'égard des membres du CHSCT adhérents à la CGT l'utilisation d'heures de délégation pourtant conforme à un usage [Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-13.647].

■ Rémunération

→ **La discrimination peut se traduire sur le plan salarial en prenant différentes formes :**

– la modification unilatérale du coefficient et des missions du salarié induisant une perte de rémunération : dans cette affaire,

l'employeur avait modifié le coefficient quelques mois après que le salarié fut devenu représentant du personnel et avait pris en considération sa moindre disponibilité en raison de ses activités syndicales pour lui assigner des missions moins rémunératrices [Cass. soc., 19 déc. 2012, n° 11-17.810];

– le versement d'un salaire inférieur à celui des autres salariés de qualification équivalente sans justification;

– la privation d'une prime ou d'une gratification. Par exemple pour un salarié dont les qualités étaient confirmées et qui bénéficiait jusque-là régulièrement de gratifications, et qui avait vu son évaluation baisser et toute gratification supprimée, postérieurement à sa désignation en qualité de délégué syndical [Cass. soc., 11 juill. 2006, n° 04-46.440; autre exemple : Cass. crim., 6 janv. 2004, n° 02-88.240];

– l'application d'un taux réduit pour une augmentation : l'employeur avait, pour un salarié exerçant divers mandats représentatifs et syndicaux, limité à 0,5 % (au lieu de 1 %) le taux d'une augmentation au mérite [Cass. soc., 28 sept. 2004, n° 03-42.624].

Dans une affaire de ce type, le juge analyse la situation avec la même méthode que pour une inégalité salariale (voir nos 66 et s.) : l'anomalie est mise en évidence par comparaison avec la situation d'autres salariés, et l'employeur est invité à apporter des éléments pertinents de nature à convaincre le juge que la disparité constatée trouve une autre explication que le motif discriminatoire avancé par le salarié. L'employeur ne peut pas, même si le litige porte sur le versement d'une gratification aléatoire ou sur le montant d'une augmentation au mérite, s'abriter derrière son pouvoir discrétionnaire, sans s'expliquer sur la manière dont l'enveloppe a été répartie [Cass. soc., 28 sept. 2004, n° 03-42.624].

→ Par ailleurs, le temps consacré (dans les limites légales) à l'exercice d'un mandat représentatif étant considéré comme temps de travail effectif, l'employeur doit faire en sorte que les absences du salarié au titre des heures de délégation n'aient strictement aucune incidence sur son salaire. L'employeur n'est pas en droit d'en tenir compte pour priver l'intéressé par exemple d'une prime d'assiduité [Cass. soc., 2 juin 2004, n° 01-44.474] ou pour réduire au montant minimal sa prime de fin d'année [Cass. soc., 29 sept. 2004, n° 02-40.647].

Moins évident : le mode de calcul d'une prime ou la méthode de détermination du salaire, même s'il ne fait pas de différence entre les salariés qui ont une activité syndicale et ceux qui n'en ont pas, peut s'avérer discriminatoire s'il a, directement ou indirectement,

une incidence défavorable sur la rémunération des salariés exerçant un mandat représentatif. C'est ce qui se passe lorsqu'une partie du salaire est versée sous la forme d'une prime calculée en fonction d'objectifs à réaliser (par exemple, un nombre d'entretiens commerciaux). Si ces derniers sont les mêmes pour tous les salariés, ceux qui consacrent une partie de leur temps à des mandats de représentation du personnel sont défavorisés car ils auront plus de mal que les autres à les atteindre. Par conséquent, dans ce type de situation, l'intéressé doit percevoir :

- pour la partie de son activité correspondant à ses mandats, une somme fixée en tenant compte du montant moyen de cette prime versée, pour un temps équivalent, aux autres salariés ;
- et pour la part correspondant à son temps de production, une somme calculée sur la base d'objectifs réduits à la mesure de ce temps [Cass. soc., 6 juill. 2010, n° 09-41.354].

ATTENTION

L'activité syndicale ne saurait être le critère d'application d'un régime de rémunération spécifique. La Cour de cassation a condamné la pratique consistant à instaurer, par exemple, un système d'avancement ou d'augmentation propre aux salariés exerçant des fonctions syndicales à plein temps ; un tel système est discriminatoire dans la mesure où il fait de l'appartenance syndicale un critère d'application d'un régime d'avancement différent de celui des autres salariés [Cass. soc., 29 janv. 2008, n° 06-42.066]. Elle a également considéré comme discriminatoire une stipulation issue d'un accord de progression de carrière des représentants du personnel et syndicaux qui limitait, pour ces seuls salariés, la progression de leur rémunération à la suite d'une promotion [Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 06-46.179].

■ Rupture du contrat de travail

Le licenciement d'un salarié investi d'un mandat syndical est, bien entendu, discriminatoire s'il intervient en raison de l'activité syndicale de l'intéressé. Tel est le cas lorsque la lettre de licenciement reproche à un membre du comité de direction la création d'un syndicat auquel il a participé ainsi qu'un défaut de loyauté pour avoir tardé à en informer la direction et avoir participé à son bureau exécutif [Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 11-10.793].

Il peut en aller de même d'une mise à la retraite s'appuyant sur un tel motif. Elle s'analyse alors comme un licenciement nul [Cass. soc., 17 oct. 2006, n° 04-45.926].

■ Autres circonstances

Une discrimination syndicale peut enfin résulter de toutes sortes de décisions ou attitudes de l'employeur ou du supérieur hiérarchique vis-à-vis de l'intéressé, dès lors qu'elles trouvent leur véritable motivation dans l'exercice d'une activité syndicale ou de fonctions représentatives.

EXEMPLES

→ Deux mois après avoir été élu représentant du personnel, le salarié s'était vu retirer sans justification les tâches essentielles inhérentes à l'exercice des fonctions de chef comptable qu'il occupait depuis plus de 30 ans (tâches confiées à son adjoint). Ce comportement était à l'origine de la détérioration de l'état de santé du salarié qui fut licencié pour inaptitude [Cass. soc., 24 janv. 2006, n° 03-45.198].

→ L'employeur avait multiplié les lettres de reproches et les procédures disciplinaires à l'encontre du salarié, lui reprochant notamment ses absences pour raisons syndicales non justifiées par des bons de délégation, et son attitude dans le cadre de l'exercice de ses mandats syndicaux [Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-41.359].

→ L'employeur n'avait pas appliqué pendant plus de 10 ans un accord relatif à l'exercice du droit syndical et au fonctionnement des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, lequel prévoyait notamment un entretien annuel de gestion de l'évolution de la carrière qu'il n'avait jamais organisé [Cass. soc., 15 mars 2005, n° 02-43.560].

■ Raisons objectives et pertinentes pouvant justifier des différences de traitement

Devant les éléments apportés par le salarié, l'employeur doit, pour échapper au reproche de discrimination, faire valoir des raisons objectives et pertinentes matériellement vérifiables, étrangères à toute discrimination (voir n° 68). Il ne peut donc pas invoquer, même pour partie, ni le manque de disponibilité du salarié en raison de ses fonctions syndicales [Cass. soc., 26 janv. 2010, n° 08-44.397], ni ses absences à ce titre [Cass. soc., 27 mai 2008, n° 07-40.145], ni le défaut d'information de la hiérarchie lors de la prise des heures de délégation [Cass. soc., 8 nov. 2006, n° 05-41.565], car ces éléments ne sont pas étrangers à la discrimination subie.

En revanche, ont été admis devant les tribunaux comme des raisons objectives et pertinentes justifiant les différences constatées :

- le fait que celles-ci soient apparues antérieurement à l'exercice des mandats syndicaux et qu'elles reposent sur des raisons objectives tenant aux compétences professionnelles de l'intéressé [Cass. soc., 1^{er} juin 2004, n° 01-47.033] ;
- le refus du représentant du personnel de plusieurs changements de poste, manifestant ainsi sa volonté de rester dans son emploi, alors qu'il n'établissait aucune différence de traitement en matière de formation professionnelle ni de refus de formation ; l'employeur lui ayant donc assuré une progression conforme à ses obliga-

tions et analogue à celles des autres salariés [Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-22.707];

– la constatation que l'intéressé n'est pas dans une situation comparable à celle des personnes avec lesquelles il se compare s'agissant de son niveau d'études, profil de poste, classification d'embauche, que son niveau de rémunération se situe dans la moyenne au regard de son ancienneté et qu'il a bénéficié de plusieurs avancements au choix et de mutations de postes conformément à ses désirs [Cass. soc., 26 janv. 2012, n° 10-18.447];

– la démonstration par l'employeur que l'ensemble des changements dont le salarié se plaint et qu'il prétend discriminatoires sont liés à la conjoncture et non à ses activités syndicales [Cass. soc., 1^{er} déc. 2010, n° 09-42.177];

– le fait que la stagnation de carrière constatée s'explique par le niveau élevé du coefficient d'embauche, la nature des fonctions exercées et la taille réduite de l'entreprise [Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 08-40.345].

REMARQUE

L'employeur peut également soutenir qu'il n'avait pas connaissance des activités syndicales du salarié, ce qui peut être le cas lorsque l'intéressé exerce ses activités syndicales en dehors de tout mandat au sein de l'entreprise [Cass. soc., 1^{er} juill. 2015, n° 14-11.459]. C'est au salarié de prouver que l'employeur a connaissance de ses activités syndicales.

16 Qu'en est-il de la discrimination liée à l'exercice normal du droit de grève ?

L'exercice normal du droit de grève ne peut donner lieu à sanction, licenciement ou autre mesure discriminatoire, notamment en matière de rémunération et d'avantages sociaux. Tout licenciement prononcé en violation de cette disposition est nul de plein droit. Seule une faute lourde (caractérisée par l'intention de nuire) permet de sanctionner le salarié [C. trav., art. L. 1132-2 et L. 2511-1].

■ Grève, salaire et primes

Lorsque le salarié fait grève, la retenue de salaire est la règle. Celle-ci doit bien être proportionnelle à la durée de l'interruption de travail [Cass. soc., 24 juin 2009, n° 08-41.610]. Mais la participation à un mouvement de grève peut-elle entraîner la réduction ou la suppression de certaines primes, comme la prime d'assiduité ?

→ **L'employeur peut tenir compte des absences, même motivées par la grève, pour l'attribution d'une prime destinée à récompenser une assiduité profitable à l'entreprise, mais à la condition que toutes les absences, autorisées ou non, entraînent les mêmes conséquences.** Il suffit que certaines d'entre elles (absences pour événements familiaux ou pour maladie, par exemple) ne donnent pas lieu à retenue, pour que la suppression de la prime d'assiduité en raison de la participation à un mouvement de grève constitue une mesure discriminatoire [Cass. soc., 15 févr. 2006, n° 04-45.738; Cass. soc., 23 juin 2009, n° 08-42.154; Cass. soc., 7 nov. 2018, n° 17-15.833].

ATTENTION

Toutes les absences doivent entraîner les mêmes conséquences, sauf toutefois celles légalement assimilées à un temps de travail effectif (les heures de délégation principalement).

La solution est bien évidemment la même lorsque c'est un congé, et non une prime, qui récompense l'assiduité des salariés : le refus d'accorder ce congé aux salariés ayant été absents pour fait de grève est discriminatoire si certaines absences (telles celles pour hospitalisation d'un enfant ou du conjoint) n'en privent pas les salariés [Cass. soc., 4 mai 2011, n° 09-72.206; Cass. soc., 26 mars 2014, n° 12-18.125]. Le raisonnement est identique pour le calcul des primes de participation ou d'intéressement [Cass. soc., 13 févr. 2019, n° 17-26.837].

→ **L'attribution par l'employeur d'une prime aux salariés non grévistes est discriminatoire.** L'employeur ne peut pas exclure du paiement de la prime instituée les seuls salariés ayant participé à une grève [Cass. soc., 1^{er} juin 2010, n° 09-40.144]. Seul un surcroît d'activité peut, même s'il est occasionné par la grève, justifier l'octroi d'une prime aux non-grévistes, et à condition bien sûr qu'il soit clairement établi. Cela n'a pas été admis dans le cas d'une prime instituée par l'employeur afin de compenser les conditions de travail pénibles des salariés pendant un mouvement social, liées notamment à la nervosité des usagers du service de transport assuré par l'employeur; il n'y avait pas là surcroît de travail des salariés non grévistes [Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-68.297].

■ Pouvoir d'individualisation des sanctions

L'employeur dispose d'un pouvoir d'individualisation des sanctions disciplinaires. Sous réserve de ne pas pratiquer de discrimination, il peut décider de sanctionner différemment des salariés qui ont participé à une même faute ou de ne pas sanctionner certains d'entre eux [Cass. soc., 14 mai 1998, n° 96-41.755]. L'employeur peut donc,

sous la même réserve de ne pas commettre de discrimination, tenir compte, par exemple, des anciennetés, âges et comportements respectifs pour appliquer des sanctions différentes à des salariés grévistes ayant participé à la même faute lourde [Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-42.270; Cass. soc., 1^{er} févr. 1995, n° 91-44.908].

Protection des lanceurs d'alerte contre les discriminations

Le lanceur d'alerte est une personne qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance [L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 6].

Ce lanceur d'alerte bénéficie d'une protection contre les mesures discriminatoires de la part de l'employeur [C. trav., art. L. 1132-3-3].

L'alerte doit cependant être signalée dans le respect des dispositions législatives :

- en premier lieu, le signalement doit être porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci ;
- en l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte dans un délai raisonnable, le signalement doit être adressé à l'autorité

judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels ;

– enfin, à défaut de traitement par l'un de ces organismes dans un délai de trois mois, le signalement peut être rendu public.

En cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement peut être porté directement à la connaissance l'autorité judiciaire, de l'autorité administrative ou des ordres professionnels. Il peut aussi être rendu public.

À noter que les employeurs d'au moins 50 salariés ont l'obligation de définir des procédures appropriées de recueil des signalements émis par leurs salariés ou par des collaborateurs extérieurs ou occasionnels. Ces procédures doivent garantir une stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par le signalement, et des informations recueillies à ce titre.

Les éléments permettant d'identifier le lanceur d'alerte ne peuvent d'ailleurs être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'avec le consentement de celui-ci.

Principe d'égalité de traitement entre tous les salariés

Contours

17 En quoi consiste le principe « à travail égal, salaire égal » ?

Le principe « à travail égal, salaire égal » oblige l'employeur à assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés qui sont placés dans une situation identique [Cass. soc., 29 oct. 1996, n° 92-43.680].

Le même salaire doit ainsi être accordé aux salariés qui effectuent un même travail ou un travail de valeur égale, et qui se trouvent dans une situation identique. Tout écart de rémunération doit être justifié par des raisons objectives et matériellement vérifiables que le juge contrôle [Cass. soc., 31 oct. 2006, n° 03-42.641].

Ces règles valent aussi bien pour la mise en œuvre du principe d'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes [Cass. soc., 6 juill. 2010, n° 09-40.021] que lorsqu'il s'agit d'apprécier les écarts de rémunération constatés entre des salariés se trouvant dans des situations comparables sans que le sexe soit en cause [Cass. soc., 29 oct. 1996, n° 92-43.680].

Le principe « à travail égal, salaire égal » s'applique à l'entière rémunération : il s'agit non seulement du salaire de base ou minimum, mais aussi de tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier [C. trav., art. L. 3221-3].

EXEMPLES

→ L'employeur a le droit de dénoncer l'usage d'entreprise qui le conduisait à verser à l'ensemble du personnel une prime de 13^e mois et une prime de transport, mais celles-ci doivent être supprimées pour tous les salariés de l'entreprise et pas seulement pour certains d'entre eux [Cass. soc., 8 juin 2010, n° 09-40.614].

→ Il en va de même de la suppression d'une prime dite « du dimanche » : même si cette décision s'explique par les difficultés économiques rencontrées par l'entreprise, l'employeur ne peut pas décider d'exclure du bénéfice de la prime les salariés engagés après une certaine date, ce qui revient à les priver d'un élément de rémunération qui est maintenu au bénéfice des autres salariés. Les difficultés économiques invoquées par l'employeur ne pouvaient justifier cette mesure dans la mesure où il aurait pu aboutir à la même économie globale en réduisant, pour tout le monde, le montant de la prime [Cass. soc., 28 sept. 2010, n° 09-40.622].

18 Que faut-il entendre par « travail de valeur égale » ?

Le recours à la notion de « travail de valeur égale » prend en compte d'autres éléments que les seules tâches à effectuer. Être dans une situation identique ne signifie pas qu'il faille avoir exactement

Quels sont les textes qui reconnaissent le principe d'égalité de traitement ?

Le Code du travail ne comporte pas de disposition générale posant le principe de l'égalité de traitement, mais des dispositions particulières visant à assurer l'égalité :

– entre les **salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée** et ceux **titulaires d'un contrat de travail temporaire**. S'agissant des contrats à durée déterminée, leurs titulaires doivent bénéficier des dispositions légales, conventionnelles et des usages applicables aux salariés en CDI, à l'exception des dispositions concernant la rupture du contrat de travail

[C. trav., art. L. 1242-14]. En outre, les salariés en CDD et les salariés intérimaires bénéficient d'une rémunération qui ne peut être inférieure au montant de celle que percevrait dans la même entreprise, après période d'essai, un salarié en CDI de qualification professionnelle équivalente et occupant les mêmes fonctions [C. trav., art. L. 1242-15, L. 1251-18 et L. 1251-43];

– entre les **salariés à temps plein et à temps partiel**. Les droits attribués aux salariés à temps complet doivent être attribués aux salariés à temps partiel à due proportion, notamment en matière de rémunération [C. trav., art. L. 3123-5];

– entre les **femmes et les hommes** : égalité professionnelle d'une part [C. trav., art. L. 1141-1 et s.] et égalité de rémunération d'autre part [C. trav., art. L. 3221-1 et s.]. L'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes se présente comme une application particulière du principe général d'égalité de trai-

tement qui vaut pour l'ensemble des salariés. Les mêmes règles doivent être mises en œuvre exactement dans les mêmes conditions pour les uns et pour les autres. Elle fait cependant l'objet de mesures spécifiques visant à la garantir (voir n° 29 et s.) ;

– entre les **apprentis** ainsi que les **titulaires d'un contrat de professionnalisation** et l'ensemble des salariés [C. trav., art. L. 6222-23 ; C. trav., art. L. 6325-6].

Le Code du travail mentionne également le principe « à travail égal, salaire égal » [C. trav., art. R. 2261-1 et L. 2271-1], qui a été érigé, par la jurisprudence en principe permettant de garantir l'égalité de rémunération des salariés placés dans une situation identique (voir n° 17).

Au-delà de la rémunération, la Cour de cassation a construit un principe général d'égalité de traitement entre les salariés placés dans des situations identiques (voir n° 19).

le même poste. Sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse [C. trav., art. L. 3221-4].

Dès lors, le fait que les salariés exercent des fonctions différentes ne s'oppose pas à une demande d'alignement salariale si leurs situations peuvent être considérées comme identiques [Cass. soc., 6 juill. 2010, n° 09-40.021].

EXEMPLES

→ Accomplissent un travail de valeur égale la salariée qui exerce dans une entreprise les fonctions de « responsable des ressources humaines, du juridique et des services généraux » et les directeurs chargés de la politique commerciale et des finances. Dans cette affaire, l'intéressée était, comme ses collègues, membre du comité de direction, il y avait une identité de niveau hiérarchique, de classification, de responsabilités, l'importance des fonctions respectives était comparable dans le fonctionnement de l'entreprise, elles exigeaient des capacités comparables et représentaient une charge nerveuse du même ordre. Il n'était donc pas justifié que cette salariée, qui avait un niveau d'études similaire et bénéficiait au surplus d'une ancienneté plus importante que celle de ses collègues masculins, percevoit une rémunération inférieure à celle de ces derniers [Cass. soc., 6 juill. 2010, n° 09-40.021].

→ En revanche, n'a pas été accueillie la demande d'une salariée, médecin-conseil chef de service dans une caisse mutuelle régionale, qui revendiquait le salaire d'un médecin-conseil régional alors qu'elle n'assurait pas toutes les tâches et responsabilités d'un médecin-conseil régional, en particulier ne remplissait aucun rôle d'encadrement des médecins de la caisse [Cass. soc., 14 déc. 2010, n° 09-67.867].

→ N'accomplissent pas non plus un travail de valeur égale deux salariés d'une agence de voyages dont l'un assure la gestion de l'agence, ce que l'autre ne fait pas [Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.691].

→ La salariée d'une clinique, non titulaire du diplôme d'aide-soignante, qui n'a pas qualité pour dispenser des soins aux patients, n'exerce pas un travail de valeur égale à celui des aides-soignantes ou des infirmières avec lesquelles elle se compare et ne peut, par conséquent, revendiquer une rémunération identique [Cass. soc., 24 juin 2009, n° 07-44.411].

Les fonctions effectivement exercées sont envisagées dans tous leurs aspects : tâche accomplie, mais aussi compétences, responsabilités, etc. Le fait que des salariés soient classés dans la même catégorie professionnelle (prévue par la convention collective) n'est pas, à lui seul, suffisant pour conclure qu'ils accomplissent un travail de valeur égale [Cass. soc., 6 mars 2007, n° 04-42.080] ou sont placés dans une identité de situation [Cass. soc., 4 juin 2014, n° 12-23.759].

ATTENTION

Le bulletin de paye est un élément permettant d'identifier une situation identique (même coefficient, même qualification). Mais le salarié peut démontrer que la qualification qui est mentionnée ne correspond pas à celle qu'il a réellement. Dans ce cas, c'est la situation réelle qui importe [Cass. soc., 6 mai 2002, n° 00-42.765].

Au-delà du salaire et des éléments de rémunérations, le principe d'égalité de traitement s'applique aux avantages de toutes sortes, qu'ils se traduisent ou non par le versement d'une somme d'argent, dès lors qu'ils sont attribués en contrepartie du travail fourni : avantages en nature, tickets-restaurants, jours de congé, avantages retraite, etc.

EXEMPLES

→ Une société de transports ne peut pas refuser l'octroi de tickets-restaurants à ses conducteurs receveurs au motif qu'il s'agit de personnel « non sédentaire » si les agents d'ambiance – autres salariés non sédentaires – en bénéficient [Cass. soc., 16 nov. 2007, n° 05-45.438].

→ De même, un employeur ne peut se fonder sur la seule différence de catégorie professionnelle pour justifier l'octroi de tickets-restaurants au seul personnel non-cadre [Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 05-45.601].

→ Le paiement d'un complément d'indemnité de licenciement prévu par le plan de sauvegarde de l'emploi ne peut être refusé à des salariés licenciés dans les mêmes conditions que les salariés ayant bénéficié de cet avantage [Cass. soc., 13 mai 2009, n° 07-45.356].

L'employeur n'est autorisé à réserver un avantage à certains salariés que sous réserve de respecter les deux conditions suivantes.

→ Des règles préalablement définies et contrôlables doivent fixer les conditions d'octroi de l'avantage, afin que les salariés d'abord, le juge ensuite, puissent en contrôler la mise en œuvre.

Lorsque ces règles n'existent pas ou se caractérisent par leur « flou », l'action des salariés privés de cet avantage qui demandent un dédommagement est en général accueillie. Tel peut être le cas, par exemple, pour :

– l'octroi d'une prime dont ni l'objet ni les règles d'attribution ne sont fixés et qui dépend de l'appréciation portée par le manager, en fait de son seul bon vouloir [Cass. soc., 27 mars 2007, n° 05-42.587] ;

– l'attribution d'un véhicule de fonction qui relève de la seule autorisation du supérieur hiérarchique, ce qui est source de disparités de traitement [Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-41.879].

ATTENTION

Une disparité de traitement injustifiée a également été reconnue dans le cas d'un concours, dit « challenge après-vente », organisé par l'employeur et à l'issue duquel les gagnants ont reçu des lots sous forme de bons d'achat dans une grande surface. Ayant constaté que les critères retenus par l'employeur dans l'organisation du concours n'avaient pas été préalablement définis selon des normes objectives, ce qui rendait impossible une vérification par les salariés non-attributaires, les juges ont accordé un dédommagement aux « perdants » [Cass. soc., 18 janv. 2000, n° 98-44.745].

Perds également toute crédibilité la règle qui n'est pas strictement respectée : l'employeur qui entend réserver les tickets-restaurants au personnel sédentaire doit refuser cet avantage à tous les non-sédentaires et pas seulement à certains d'entre eux [Cass. soc., 16 nov. 2007, n° 05-45.438].

En revanche, il reste possible pour l'employeur de n'accorder sa participation financière aux frais de repas que si les salariés déjeunent dans tel restaurant désigné. Cette règle n'enfreint pas le principe d'égalité dès lors que tous les salariés de l'entreprise peuvent bénéficier, dans les mêmes conditions, de l'avantage ainsi accordé [Cass. soc., 18 mai 1999, n° 98-40.201].

→ **Ces règles ne doivent pas conduire à traiter différemment des salariés qui se trouvent dans la même situation au regard de l'avantage en cause** (voir n° 20). La Cour de cassation a, par exemple, jugé que :

- deux salariés ne peuvent pas, sans raison, être exclus d'une prime de reclassement et d'une majoration des indemnités de licenciement prévues dans un plan de sauvegarde de l'emploi alors que d'autres y ont droit [Cass. soc., 13 mai 2009, n° 07-45.356] ;
- s'agissant d'une prime de salissure accordée aux titulaires de certains postes, elle ne peut pas être refusée aux titulaires d'autres postes dès lors que le niveau de salissure est le même [Cass. soc., 25 juin 2007, n° 05-44.040].

ATTENTION

Les partenaires sociaux, lorsqu'ils négocient un accord collectif ou un plan de sauvegarde de l'emploi, doivent appliquer les mêmes principes : si un tel plan peut contenir des mesures réservées à certains salariés, c'est à la condition que tout le personnel de l'entreprise placé dans une situation identique puisse bénéficier de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant les conditions d'attribution de cet avantage soient préalablement définies et contrôlable [Cass. soc., 10 juill. 2001, n° 99-40.987 ; Cass. soc., 12 juill. 2010, n° 09-15.182].

20

Quand peut-on considérer que des salariés se trouvent dans la même situation au regard d'un avantage ?

→ **La situation des salariés doit être appréciée au regard de l'avantage en cause.** Ainsi, une aide-soignante et une infirmière employée par une clinique sont placées dans une situation identique, en considération de l'avantage que constitue le versement d'une prime de 13^e mois et d'une prime de transport. L'employeur

ne peut donc pas, sans enfreindre le principe d'égalité de traitement, supprimer cet avantage à l'une et le maintenir à l'autre [Cass. soc., 8 juin 2010, n° 09-40.614].

En revanche :

- au regard de prestations de chauffage et de logement attribuées par l'employeur en application du statut du personnel des exploitations minières et assimilées, les salariés qui ont des charges de famille et ceux qui n'en ont pas ne se trouvent pas dans des situations identiques. La prise en compte de la situation de famille des agents pour fixer les conditions d'octroi de ces prestations ne viole donc pas le principe d'égalité de rémunération et n'institue aucune discrimination prohibée [Cass. soc., 3 oct. 2007, n° 06-43.010]. En particulier, l'attribution d'une seule prestation aux membres du personnel vivant ensemble est légitime [Cass. soc., 26 févr. 2002, n° 00-45.501];
- au regard d'une indemnité additionnelle de licenciement prévue par un plan de sauvegarde de l'emploi, le salarié qui est en congé sans solde et a obtenu un autre emploi ne se trouve pas dans une situation identique à celle des autres salariés licenciés, la perte d'emploi ayant pour lui des conséquences moindres [Cass. soc., 30 janv. 2008, n° 06-46.447].

→ **Lorsqu'une prime est accordée en contrepartie d'une sujétion particulière, elle est due à tous les salariés qui subissent celle-ci et qui se trouvent donc, au regard de cet avantage, dans la même situation :**

- une prime de salissure doit être versée à tous les salariés subissant un tel désagrément [Cass. soc., 25 juin 2007, n° 05-44.040];
- lorsqu'une prime a été instituée à titre de compensation pécuniaire de l'occupation du domicile à des fins professionnelles à la demande de l'employeur, celui-ci ne peut pas l'accorder aux chefs de région et la refuser aux responsables de secteur qui subissent la même contrainte [Cass. soc., 7 avr. 2010, n° 08-44.865].

Égalité de traitement en entreprises distinctes

Le principe d'égalité de traitement ne s'applique pas entre des entreprises distinctes, même si elles

appartiennent à un même groupe [Cass. soc., 16 sept. 2015, n° 13-28.415].

De même, il n'y a pas lieu d'appliquer le principe d'égalité de traitement entre les salariés de différentes entreprises qui constituent une unité économique et sociale

dans la mesure où il s'agit des personnes juridiques distinctes, sauf si les conditions salariales sont fixées par la loi, un accord collectif commun ou encore si les salariés travaillent au sein du même établissement [Cass. soc., 1^{er} juin 2005, n° 04-42.143; Cass. soc., 30 mai 2012, n° 11-11.387].

En revanche :

- il n'y a pas lieu d'étendre à tous les salariés de l'entreprise une prime ayant pour objet de reconnaître la spécificité du travail effectué dans les centres nucléaires de production et de compenser les sujétions que ce travail implique [Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 05-40.980];
- une salariée, attachée de direction, ne peut pas prétendre au paiement de l'indemnité de sujétion perçue par deux de ses collègues (qu'elle supervise) en contrepartie de certaines contraintes de présence et d'horaire imposées à ces dernières, et auxquelles elle n'est pas elle-même soumise [Cass. soc., 4 mai 2011, n° 09-42.988];
- les salariés des centres de tri postal affectés au courrier qui travaillent entièrement de nuit bénéficient, en contrepartie de ces sujétions, d'un régime conventionnel particulier fixant à 32 heures leur durée de travail. Les salariés des centres de tri et d'entraide, qui ne travaillent pas entièrement de nuit mais alternent des périodes de travail diurnes et nocturnes ne sont pas en droit de revendiquer l'application de ce régime, dans la mesure où ils subissent des sujétions différentes, de nature à justifier une disparité de traitement en matière de durée du travail [Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-30.337].

Différences de traitement autorisées

21 Quelles raisons l'employeur peut-il invoquer pour justifier une différence de traitement ?

Une différence de traitement entre les salariés d'une même entreprise ne constitue pas en elle-même une atteinte au principe d'égalité de traitement [Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-42.116]. Mais les disparités de traitement entre salariés effectuant un travail de valeur égale et se trouvant dans une situation identique ne seront admises que si elles reposent sur des **raisons objectives et matériellement vérifiables dont il appartient au juge d'apprécier la pertinence** [Cass. soc., 11 janv. 2011, n° 09-42.899].

Une meilleure rémunération peut ainsi être justifiée par le **contenu des fonctions réellement exercées** [Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-40.152] et notamment par :

- l'étendue des tâches confiées au salarié [Cass. soc., 13 mars 2002, n° 00-42.536; Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.691];
- la technicité du poste [Cass. soc., 8 janv. 2003, n° 00-41.228];
- les responsabilités assumées [Cass. soc., 30 avr. 2009, n° 07-40.527; Cass. soc., 14 déc. 2010, n° 09-67.867];
- des compétences plus vastes [Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 07-40.848].

L'expérience professionnelle, à ne pas confondre avec l'ancienneté dans l'entreprise, peut également justifier une différence de rémunération [Cass. soc., 14 janv. 2009, n° 06-46.055]. Toutefois, celle acquise auprès d'un précédent employeur ne peut justifier une différence de salaire qu'au moment de l'embauche du salarié et pour autant qu'elle est en relation avec les exigences du poste et les responsabilités effectivement exercées [Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-19.438].

L'ancienneté dans l'entreprise peut justifier une différence de rémunération. Ainsi, ne méconnaît pas l'égalité salariale, un accord collectif qui prévoit une modulation de la rémunération de base en fonction de l'expérience acquise par les salariés au cours de leurs années de présence dans l'entreprise [Cass. soc., 29 sept. 2004, n° 03-42.025]. Encore faut-il que le critère de l'ancienneté soit pertinent au regard de la différenciation opérée : par exemple, l'ancienneté ne peut pas justifier une différence de montant d'un complément de salaire dès lors que ce complément a pour objet de rétribuer un niveau de fonction [Cass. soc., 9 déc. 2015, n° 14-10.874].

La précarité du poste occupé peut également justifier une différence de traitement : c'est par exemple ce qui a été reconnu pour valider un mode de calcul de l'indemnité de licenciement plus favorable pour des cadres dirigeants, dans la mesure où ils étaient plus exposés que les autres salariés au licenciement, étant directement soumis aux aléas de l'évolution de la politique de la direction générale [Cass. soc., 24 sept. 2014, n° 13-15.074].

Il a également été reconnu que des **difficultés de recrutement** peuvent être une justification objective à une différence de traitement : un salaire attractif peut être négocié lorsque l'employeur est confronté à la nécessité de recruter dans l'urgence [Cass. soc., 21 juin 2005, n° 02-42.658]. L'employeur doit cependant prouver les difficultés matérielles qu'il a rencontrées au moment du recrutement [Cass. soc., 16 mars 2011, n° 09-43.529].

Les sujétions de travail peuvent également être prises en compte : un taux de majoration du salaire horaire peut ainsi varier selon que les salariés travaillent régulièrement ou exceptionnellement de nuit [Cass. soc., 5 juin 2013, n° 11-21.255].

ATTENTION

Un employeur ne peut pas invoquer le caractère discrétionnaire d'une rémunération pour justifier la différence de traitement. Ainsi, s'agissant de l'attribution d'une prime laissée à la libre appréciation de l'employeur, ce dernier ne peut se contenter de faire valoir son pouvoir discrétionnaire mais doit justifier la différence de traitement entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale de manière objective, pertinente et matériellement vérifiable [Cass. soc., 10 oct. 2012, n° 11-15.296].

22 La détention d'un diplôme peut-elle justifier un salaire supérieur ?

Lorsque les **diplômes sanctionnent des formations professionnelles de durée et de niveau inégaux**, la différence de rémunération est justifiée à condition que lesdits diplômes soient utiles à l'exercice des fonctions occupées.

EXEMPLES Tel est le cas pour deux salariés qui étaient chargés de la conception graphique de sites web pour une société de multimédia et détenant l'un, un BTS « expression visuelle » ayant nécessité deux années d'études, l'autre, un DESS en ingénierie multimédia obtenu après cinq années de formation. Cela justifiait que le premier salarié bénéficie d'une rémunération moindre [Cass. soc., 17 mars 2010, n° 08-43.088]. Il a en revanche été jugé, à propos d'un poste exigeant principalement des compétences en matière commerciale, que la différence de niveau de diplôme n'était pas suffisante pour justifier une différence de rémunération entre deux salariés occupant le même emploi : en l'occurrence, un salarié titulaire d'un bac G se prévalait du principe d'égalité de traitement en se comparant à son collègue occupant le même emploi, titulaire d'un diplôme d'ingénieur. Il a été reconnu que la différence de traitement n'était pas justifiée dans la mesure où, par son expérience acquise pendant plus de 20 ans, le salarié titulaire du bac disposait d'une connaissance approfondie des matériels vendus par l'entreprise, alors que son collègue ne justifiait, au moment de son embauche, que d'une faible expérience en la matière [Cass. soc., 13 nov. 2014, n° 12-20.069].

Dès lors qu'ils sont de **niveau équivalent**, la seule différence de diplômes ne permet pas de fonder une disparité de rémunération entre des salariés qui exercent les mêmes fonctions, sauf s'il est démontré que la possession d'un diplôme spécifique atteste

Différence entre égalité de traitement et non-discrimination

Égalité de traitement et non-discrimination ont en commun d'exclure des situations de différences de traitement. Mais le principe de non-discrimination interdit spécifiquement les différences de traitement qui se fondent sur des critères illicites [C. trav., art. L. 1132-1] (voir n° 1 et s.).

Un salarié ne peut donc faire reconnaître l'existence d'une discrimination que s'il invoque un des motifs prohibés comme étant à l'origine du traitement défavorable qui lui est infligé [Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 16-15.199].

de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée. Une différence de rémunération n'est justifiée qu'à cette condition.

EXEMPLES

→ N'est pas justifiée la différence de rémunération entre deux salariées occupant la même fonction de chef de zone export et possédant des diplômes de niveau équivalent : DESS de droit de l'exportation pour l'une, DEA de droit de l'économie internationale pour l'autre [Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-42.107].

→ En revanche, dans une affaire où les salariés possédaient un diplôme de même niveau et exerçaient un même travail, la différence de rémunération a été considérée comme justifiée, l'employeur ayant fait valoir que le salarié le mieux payé avait une formation théorique technique axée sur l'informatique, immédiatement en phase avec l'activité de l'entreprise [Cass. soc., 24 mars 2010, n° 08-42.093].

23 L'employeur peut-il se fonder sur l'évaluation du salarié ?

L'employeur peut tenir compte de la qualité du travail fourni [Cass. soc., 8 nov. 2005, n° 03-46.080], mais à condition d'appuyer son appréciation sur des éléments précis et objectifs [Cass. soc., 26 nov. 2002, n° 00-41.633]. Par exemple, une absence d'augmentation de salaire a été considérée comme justifiée par le refus du salarié d'effectuer des déplacements [Cass. soc., 15 sept. 2010, n° 08-45.058].

En revanche, les juges ont estimé qu'une différence de traitement n'était pas justifiée dans un cas où les critiques de l'employeur à l'encontre de l'intéressé étaient contredites par des appréciations positives figurant dans le procès-verbal d'entretien d'évaluation [Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 06-40.085].

De meilleures qualités professionnelles ou une différence de qualité du travail du salarié peuvent justifier objectivement des augmentations de salaire plus importantes ou une progression plus rapide dans la grille indiciaire. Mais elles ne justifient pas une différence de rémunération au moment de l'embauche dans la mesure où l'employeur n'a pas encore pu apprécier les qualités professionnelles dudit salarié [Cass. soc., 13 nov. 2014, n° 12-20.069].

L'employeur peut mettre en œuvre un dispositif d'évaluation dont les résultats peuvent constituer une justification objective de ses décisions en matière salariale. Mais il est nécessaire qu'un tel dispositif ait été préalablement porté à la connaissance des salariés et que l'évaluation ainsi réalisée soit fondée sur des motifs objectifs étrangers à toute discrimination prohibée [Cass. soc., 5 nov. 2009, n° 08-43.112]. Le comité social et économique doit également

être informé et consulté [C. trav., art. L. 2312-37 ; Cass. soc., 12 juill. 2010, n° 09-66.339 ; Cass. soc., 28 nov. 2007, n° 06-21.964].

24 Est-il possible de traiter différemment des salariés selon leur catégorie professionnelle ?

C'est toute la question des avantages catégoriels, fréquents dans les conventions collectives, qui est ici posée et celle de la coexistence, elle aussi fréquente en pratique, de personnels relevant de statuts différents : permanents et saisonniers ou vacataires, notamment.

■ Avantages catégoriels

→ **Les avantages catégoriels prévus par une convention ou un accord collectif sont a priori légitimes** : l'employeur n'a pas à apporter la preuve de raisons objectives et pertinentes justifiant les différences de traitement entre salariés de catégories professionnelles distinctes. Celles-ci sont présumées justifiées, et il appartient donc à celui qui les conteste (le salarié ou le syndicat) de démontrer qu'elles sont « étrangères à toute considération de nature professionnelle » [Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179], ce qui est peu probable.

Il en est de même pour les différences de traitement entre salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes [Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324].

→ **Ce principe ne s'applique qu'aux avantages accordés par des accords collectifs négociés avec les syndicats représentatifs**. Dans le cas où la différence de traitement a pour origine une décision unilatérale de l'employeur, elle n'est pas présumée justifiée. L'employeur doit donc démontrer qu'elle repose sur des raisons objectives et matériellement vérifiables, il peut notamment prouver qu'elle a pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée. Ces spécificités peuvent, par exemple, tenir aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération [Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-17.622 ; Cass. soc., 26 sept. 2018, n° 17-15.101].

EXEMPLE Une prime de 13^e mois peut être accordée aux seuls cadres. La Cour de cassation considère en effet qu'une prime de 13^e mois, qui n'a pas d'objet spécifique étranger au travail accompli ou destiné à compenser une sujétion particulière, participe de la rémunération annuelle versée, au même titre que le salaire de base, en contrepartie du travail à l'égard duquel les salariés cadres et non-cadres ne sont pas placés dans une situation identique [Cass. soc., 26 sept. 2018, n° 17-15.101].

→ **S'agissant des régimes de prévoyance** incluant la protection sociale complémentaire, l'égalité de traitement ne s'applique qu'entre les salariés relevant d'une même catégorie professionnelle. Cette spécificité s'explique par la particularité desdits régimes qui reposent sur une évaluation des risques garantis, en fonction des spécificités de chaque catégorie professionnelle, prennent en compte un objectif de solidarité et requièrent dans leur mise en œuvre la garantie d'un organisme extérieur à l'entreprise [Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-20.490; Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 13-12.121].

■ Différences liées au statut

Une différence de statut (CDI/CDD/intérimaires, temps plein/temps partiel) entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement. Seules des raisons objectives peuvent justifier une disparité.

EXEMPLE Une prime de Noël ne peut pas être réservée aux salariés permanents, à l'exclusion des saisonniers, dès lors qu'elle n'est liée à aucune sujétion particulière et n'a pas pour objet de compenser de moindres conditions salariales des travailleurs permanents [Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-42.125].

Le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence des raisons invoquées pour expliquer les différences : des considérations générales (la précarité de leur situation, l'absence du déroulement de carrière, etc.) ne suffisent pas à justifier le fait que les formateurs occasionnels ou vacataires soient mieux rémunérés que les permanents effectuant le même travail [Cass. soc., 15 mai 2007, n° 05-42.894]. A contrario, la difficulté de trouver des candidats et la nécessité de procéder de toute urgence au remplacement constituent des raisons objectives et vérifiables à la différence de traitement justifiant qu'une salariée recrutée en CDD perçoive une rémunération supérieure à celle de la salariée qu'elle remplace [Cass. soc., 21 juin 2005, n° 02-42.658].

Est également contraire au principe d'égalité le fait que les représentants du personnel bénéficient, pour leurs déplacements dans l'exercice de leurs fonctions représentatives, d'indemnités kilométriques calculées à un taux plus élevé que les salariés non élus. Le seul statut de représentants du personnel des bénéficiaires ne saurait justifier l'attribution de cet avantage qui doit, par conséquent, être accordé aussi aux non-élus qui avancent les mêmes frais de déplacement [Cass. soc., 6 juill. 2011, n° 09-65.554].

ATTENTION

Lorsque l'employeur emploie à la fois des agents de droit public et des agents de droit privé, la différence de statut peut justifier une différence de rémunération entre ces catégories de personnels, dès lors que la rémunération est calculée en fonction, pour les premiers, de règles de droit public et, pour les seconds, de dispositions conventionnelles de droit privé. Il en va autrement, toutefois, s'agissant d'un complément de rémunération fixé par décision de l'employeur et applicable à l'ensemble du personnel, sur le critère de la fonction ou du poste de travail occupé. Celui-ci doit obéir au principe d'égalité [Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, n° 08-40.059]. Le salarié doit cependant justifier exercer au même niveau des fonctions identiques ou similaires à celles du fonctionnaire auquel il se compare (Cass. soc., 4 avr. 2018, n° 16-27.703).

25 Les salariés peuvent-ils être traités différemment selon leur date d'embauche ?

L'entrée en vigueur d'un nouvel accord collectif ou encore la dénonciation d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur, peuvent venir modifier les conditions d'emploi des salariés de l'entreprise, les classifications, le mode de calcul de la rémunération, etc. Cela ne peut, en principe, pas justifier des écarts de salaire entre les salariés selon leur date d'embauche, sauf éléments objectifs justifiant la différence de traitement.

■ Pas de différence de traitement en fonction de la date d'embauche

La mise en œuvre de nouvelles règles ne peut pas à elle seule justifier des disparités entre salariés effectuant un travail de valeur égale et se trouvant dans la même situation. Par conséquent, si l'entrée en application d'un accord collectif sur les classifications favorise les nouveaux embauchés, l'employeur doit aligner les anciens sur les nouvelles classifications afin de faire disparaître les disparités de salaire qui ne sont pas autrement justifiées [Cass. soc., 21 févr. 2007, n° 05-43.136].

La règle vaut pour l'entrée en vigueur d'un accord collectif, mais aussi pour la dénonciation d'un usage [Cass. soc., 28 sept. 2010, n° 09-40.622] ou d'un engagement unilatéral de l'employeur [Cass. soc., 12 févr. 2008, n° 06-45.397].

Si, après l'entrée en vigueur du nouveau statut collectif, l'employeur laisse subsister des disparités salariales, ce ne peut être que pour des raisons objectives autres dont le juge appréciera la réalité et la pertinence.

■ Exceptions

Lorsque les nouvelles règles résultant d'un accord collectif ou d'un engagement unilatéral de l'employeur ont pour objet de **compenser un préjudice subi par les salariés**, cette circonstance autorise un écart de salaire entre les salariés qui ont subi le préjudice et les autres. Ainsi, se trouvent justifiés, les écarts de salaire résultant, par exemple :

- d'un accord de RTT accordant aux salariés un complément de rémunération pour compenser la réduction d'horaire lors du passage aux 35 heures. Cette indemnité n'est pas due à ceux qui n'ont pas subi cette réduction (par exemple un salarié travaillant à temps partiel dont l'horaire a été maintenu) et les écarts de rémunération qui peuvent en résulter n'enfreignent pas le principe d'égalité [Cass. soc., 17 juin 2009, n° 07-41.833];
- de l'octroi d'une indemnité pour compenser le désavantage résultant de la mise en œuvre d'un nouveau mode de rémunération (passage d'une rémunération au pourcentage à une rémunération fixe) : le salarié qui est engagé postérieurement à la mise en œuvre des nouvelles règles ne se trouve pas dans une situation identique à celle des salariés présents dans l'entreprise et ayant subi, du fait de la modification de la structure de leur rémunération, une diminution de leur salaire de base compensée par l'attribution de l'indemnité différentielle [Cass. soc., 31 oct. 2006, n° 02-45.480; Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 06-43.529].

De même des salariés embauchés postérieurement à l'entrée en vigueur d'un accord prévoyant la mise en place d'une prime d'ancienneté se substituant à l'ancien système de valorisation de l'ancienneté par l'évolution indiciaire, ne peuvent demander à bénéficier d'un alignement de leur niveau d'indice avec leurs collègues embauchés antérieurement à l'entrée en vigueur de l'accord car il s'agirait de revendiquer le bénéfice des dispositions prévues par l'accord collectif antérieur [Cass. soc., 28 juin 2018, n° 17-16.499].

Il a également été reconnu que la règle selon laquelle un accord collectif ne peut pas modifier le contrat de travail d'un salarié, seules les dispositions plus favorables de l'accord pouvant se substituer aux clauses du contrat de travail, était un élément objectif justifiant une différence de traitement. Ainsi l'application d'une nouvelle grille salariale conventionnelle ne pouvant pas conduire à réduire la rémunération d'un salarié sans son accord, le maintien d'une rémunération plus élevée pour les salariés embauchés avant l'entrée en vigueur de cette grille est justifiée [Cass. soc., 7 déc. 2017, n° 16-15.109].

À NOTER

Le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle à ce que les salariés engagés ou promus postérieurement à l'entrée en vigueur d'un nouveau barème conventionnel soient appelés dans l'avenir à avoir une évolution de carrière plus rapide dès lors qu'ils ne bénéficient à aucun moment d'une classification ou d'une rémunération plus élevée que celle des salariés engagés ou promus antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau barème et placés dans une situation identique ou similaire [Cass. soc., 5 juin 2019, n° 17-21.749].

26 Un transfert d'entreprise peut-il justifier des différences de traitement ?

Les modifications dans la situation juridique de l'entreprise peuvent conduire à ce que des salariés issus d'entités absorbées, par exemple, disposent d'avantages dont ne bénéficient pas les salariés de l'entreprise absorbante.

Il a été reconnu par la Cour de cassation que l'obligation à laquelle le nouvel employeur est tenu, en cas de transfert d'une entité économique, de maintenir au bénéfice des salariés qui y sont rattachés les droits qu'ils tiennent d'un usage en vigueur au sein de leur ancienne entreprise, est une raison objective justifiant la différence de traitement [Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-14.614]. Le raisonnement est le même pour un engagement unilatéral [Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-24.562].

REMARQUES

Cette solution s'applique qu'il s'agisse d'un transfert légal (suivant l'article L. 1224-1 du Code du travail) ou d'un transfert conventionnel en cas de reprise de marché de services [Cass. soc., 30 mai 2018, n° 17-12.782].

S'agissant des accords collectifs, rappelons que le transfert d'entreprise a pour effet d'entraîner leur mise en cause. Ainsi, pendant le délai de survie, l'application des règles légales relative à la mise en cause des accords [C. trav., art. L. 2261-14] constitue une raison objective justifiant les différences de traitement. Après le délai de survie, il avait été reconnu que le maintien des avantages individuels acquis était un élément objectif justifiant une différence de traitement [Cass. soc., 11 juill. 2007, n° 06-42.128; Cass. soc., 27 oct. 2010, n° 09-41.292]. Ce maintien des avantages individuels acquis a disparu, au profit d'une seule garantie de rémunération annuelle [C. trav., art. L. 2261-14]. Logiquement, l'application de cette garantie de rémunération devrait constituer une justification objective de différence de traitement.

27 Dans quelle mesure un accord collectif peut-il définir des différences de traitement ?

Un accord collectif peut mettre en place des différences de traitement, en réservant des avantages à certains salariés, ou en appliquant des modes de calcul distincts selon les catégories de salariés. Suivant le principe précédemment rappelé, les différences de traitement doivent être justifiées par des raisons objectives (voir n° 21).

Il existe cependant une présomption de justification des différences de traitement lorsque l'accord est négocié et signé par des syndicats représentatifs : c'est donc à celui qui estime qu'il n'existe par de raison objective justifiant la différence de traitement de démontrer que les différences de traitement mises en place sont étrangères à toute considération de nature professionnelle.

Cette présomption de justification n'est toutefois pas générale [Cass. soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970]. Elle ne concerne que les accords instituant des différences de traitement :

- entre catégories professionnelles, en particulier cadres et non-cadres [Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-25.437];
- entre salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes [Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324];
- entre les salariés appartenant à la même entreprise mais dans des établissements distincts [Cass. soc., 3 nov. 2016, n° 15-18.444 pour des différences instituées par accords d'établissement; Cass. soc., 4 oct. 2017, n° 16-17.517 pour des différences instituées par accord d'entreprise];
- entre les salariés appartenant à la même entreprise de nettoyage mais affectés à des sites ou établissements distincts [Cass. soc., 30 mai 2018, n° 17-12.925].

Pour tous les autres accords, c'est donc à l'employeur d'apporter les raisons objectives justifiant la différence de traitement appliquée. C'est, par exemple, le cas pour un accord établissant une différence de traitement selon le degré de participation à un mouvement de grève [Cass. soc., 13 déc. 2017, n° 16-12.397].

28 Des différences peuvent-elles être appliquées entre les établissements d'une même entreprise ?

Le principe d'égalité de traitement s'applique entre les salariés des différents établissements d'une entreprise. Des différences de traitement peuvent toutefois être mises en place entre les salariés

attachés à des établissements distincts d'une même entreprise, sous réserve d'être justifiées par des raisons objectives.

EXEMPLES Une entreprise ne peut pas pratiquer des abattements dits « de zone » sur les salaires versés dans certains établissements situés en province au motif que le coût de la vie est plus élevé à Paris qu'en province alors qu'il est constaté que le taux de l'abattement est variable selon les régions et qu'aucun abattement n'était pratiqué dans certaines [Cass. soc., 21 janv. 2009, n° 07-43.452; Cass. soc., 5 mai 2010, n° 08-45.502]. En revanche, l'employeur peut appliquer des barèmes de rémunération supérieure dans ses établissements situés en Île de France par rapport à un établissement situé à Douai lorsqu'il démontre qu'il y a une véritable disparité du coût de la vie [Cass. soc., 14 sept. 2016, n° 15-11.386]. Le même raisonnement a été tenu à propos :

- de primes de vacances, de douche et d'assiduité accordées dans un établissement et refusées dans un autre, sans justification objective [Cass. soc., 24 nov. 2009, n° 08-41.097];
- d'une prime pour travail posté : ni les activités exercées dans les différents établissements de l'entreprise ni les modalités d'organisation du travail posté n'étaient de nature à justifier que les salariés d'un établissement en soient privés alors qu'elle était versée aux salariés des deux autres établissements [Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-30.162].

Il existe toutefois une présomption de justification de ces différences lorsque celles-ci ont été instaurées par accord d'entreprise [Cass. soc., 4 oct. 2017, n° 16-17.517] ou par accords conclus au sein des établissements [Cass. soc., 3 nov. 2016, n° 15-18.444]. C'est alors aux salariés qui estiment que la différence de traitement est injustifiée de prouver que celle-ci est étrangère à toute considération de nature professionnelle. La présomption de justification ne s'applique cependant qu'en cas d'accord négocié avec des organisations syndicales représentatives (voir n° 27). Si l'employeur institue une différence de traitement par engagement unilatéral, c'est donc à lui d'établir les raisons objectives justifiant la différence de traitement [Cass. soc., 14 sept. 2016, n° 15-11.386].

Spécificités de l'égalité entre les femmes et les hommes

Principes généraux

29 En quoi le principe d'égalité entre les femmes et les hommes se distingue-t-il de l'obligation générale d'égalité professionnelle ?

Deux séries de dispositions figurent dans le Code du travail, l'une vise l'égalité professionnelle, l'autre l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes [C. trav., art. L. 1141-1 et s., et L. 3221-1 et s.]. L'égalité professionnelle, telle qu'elle est envisagée par ces textes, se présente comme une application particulière du principe général de non-discrimination à raison du sexe (voir nos 1 et s.). Les dispositions spécifiques ne font que préciser ou renforcer l'interdiction de prendre en compte ce critère.

L'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes imposée par le Code du travail tend également aujourd'hui à se confondre avec le souci (venu des tribunaux) de faire prévaloir un principe d'égalité entre tous les salariés (quel que soit leur sexe) dès lors qu'ils effectuent le même travail ou un travail de valeur égale (voir nos 17 et s.).

Pourquoi, dès lors, continuer à distinguer l'égalité femmes hommes du principe général d'égalité de traitement ? Parce que la matière nécessite la prise en compte de certaines spécificités (celles relatives à la maternité notamment), que les sanctions applicables sont plus sévères, et surtout qu'elle comporte pour l'employeur de nombreuses obligations particulières, notamment en termes de négociation obligatoire et de mesure des écarts de rémunération. Cet arsenal particulier a été particulièrement renforcé par la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel [L. n° 2018-771, 5 sept. 2018].

30 Quelles sont les applications concrètes du principe d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ?

Un certain nombre d'interdictions particulières visent à assurer l'égalité professionnelle entre les salariés des deux sexes. Certaines sont reprises par les textes spécifiques visant à protéger la grossesse et la maternité [C. trav., art. L. 1225-1 et s.].

En matière d'**accès à l'emploi** et de **déroulement de carrière**, nul ne peut :

- mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi le sexe ou la situation de famille du candidat recherché. L'interdiction est applicable à toute forme de publicité relative à une embauche et celles que soient les caractéristiques du contrat de travail envisagé ;
- refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié sur la base de critères de choix différents selon le sexe, la situation de famille ou la grossesse ;
- prendre, en considération du sexe ou de la grossesse, toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation [C. trav., art. L. 1142-1].

À NOTER

Ces interdictions ne sont pas applicables lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. Sont visés par cette dérogation les artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin, les mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires et les modèles masculins et féminins [C. trav., art. L. 1142-2 et R. 1142-1].

En ce qui concerne plus spécifiquement l'**égalité de rémunération** entre les femmes et les hommes, il est notamment prévu que :

- les différents éléments composant la rémunération, les catégories et critères de classification et de promotion professionnelles, ainsi que toutes les autres bases de calcul de la rémunération, notamment les modes d'évaluation des emplois, doivent obéir à des règles identiques pour les hommes et pour les femmes [C. trav., art. L. 3221-6];
- les disparités de rémunération entre les établissements d'une même entreprise ne peuvent pas, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, être fondées sur l'appartenance des salariés de ces établissements à l'un ou l'autre sexe [C. trav., art. L. 3221-5].

Par ailleurs, doit être considérée comme nulle toute clause d'un accord collectif de travail ou d'un contrat de travail qui réserve le bénéfice d'une mesure quelconque à un ou des salariés, en considération du sexe [C. trav., art. L. 1142-3].

EXEMPLES Ont fait l'objet d'une mesure discriminatoire liée au sexe et à la maternité :
 – la salariée qui a subi un retard dans sa promotion au statut de cadre pour ne pas avoir pu participer, comme ses collègues, aux entretiens institués à cet effet, en raison de son absence pour congé de maternité [Cass. soc., 28 oct. 2008, n° 07-41.856];
 – la salariée qui, en raison de la survenance d'un congé de maternité, n'a pas bénéficié de la promotion qui avait été envisagée par l'employeur [Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 06-45.262].

Le principe d'égalité joue dans les deux sens. Est par conséquent discriminatoire et doit être annulée :

- la clause d'une convention collective qui accorde aux seules mères de famille (et non aux pères) le bénéfice d'un congé supplémentaire [Cass. soc., 9 avr. 1996, n° 94-43.279; Cass. soc., 4 mai 2011, n° 09-72.206];
- la clause d'un statut prévoyant une dérogation à la limite d'âge pour l'accès au statut d'agent permanent en faveur des femmes divorcées non remariées qui se trouvent dans l'obligation de travailler. Les pères dans la même situation doivent pouvoir en bénéficier aussi [Cass. soc., 18 déc. 2007, n° 06-45.132].

REMARQUE

Le principe d'égalité doit prévaloir en tous domaines, et notamment en matière de retraite. L'âge de départ doit être le même pour les hommes et les femmes [Cass. soc., 15 juin 1999, n° 96-45.464; CJUE, 18 nov. 2010, aff. C-356/09]. C'est ainsi notamment que la bonification pour enfants qui était accordée aux seules mères de famille a été jugée contraire au principe d'égalité et supprimée [Cass. 2^e civ., 19 fév. 2009, n° 07-20.668; CSS, art. L. 351-4].

31

Existe-t-il des exceptions au principe d'égalité entre les femmes et les hommes ?

Oui. Certaines visent à prendre en compte le cas où l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante (mannequins, acteurs, etc.) [C. trav., art. L. 1142-

2) (voir n° 30), mais les exceptions principales sont celles visant à assurer la protection de la maternité, celles relatives à l'évaluation des risques professionnels et celles résultant de la mise en œuvre de mesures temporaires de rattrapage destinées à établir l'égalité des chances.

■ Protection de la maternité

La primauté du principe d'égalité entre les femmes et les hommes est écartée lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre les dispositions du Code du travail relatives [C. trav., art. L. 1142-3] :

- à la protection de la grossesse et de la maternité [C. trav., art. L. 1225-1 à L. 1225-28] ;
- à l'interdiction d'emploi prénatal et postnatal [C. trav., art. L. 1225-29] ;
- à l'allaitement [C. trav., art. L. 1225-30 à L. 1225-33] ;
- à la possibilité pour la salariée en état de grossesse médicalement constaté de démissionner sans préavis [C. trav., art. L. 1225-34] ;
- au congé de paternité [C. trav., art. L. 1225-35 à L. 1225-36].

REMARQUE

Le Code du travail mentionne également les dispositions relatives au congé d'accueil de l'enfant et au congé d'adoption. Il n'y a toutefois à notre sens aucune raison d'écartier l'application du principe d'égalité dans ces cas-là [C. trav., art. L. 1142-3].

Ainsi, un accord collectif peut prévoir, par exemple, l'attribution aux femmes enceintes de temps de pause supplémentaires, ou d'un congé supplémentaire de maternité à l'expiration du congé légal de maternité [Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-16.246].

ATTENTION

Seule la protection de la maternité autorise des dérogations au principe d'égalité. Tel n'est pas le cas d'autres mesures liées à la naissance ou à la venue d'un enfant au foyer comme, par exemple, l'octroi d'une prime ou d'une aide financière. Une telle mesure, en effet, n'est pas destinée à protéger la maternité, mais s'analyse en un supplément de rémunération visant à indemniser la salariée des dépenses liées à la présence d'un enfant au foyer, dépenses auxquelles l'homme doit faire face au même titre que la femme. Il en résulte qu'un tel avantage ne peut pas être attribué aux seules femmes [Cass. soc., 8 oct. 1996, n° 92-42.291]. Il en va de même d'un congé conventionnel supplémentaire pour enfant à charge. Ce congé ne peut pas être refusé aux hommes qui, assurant la garde et l'éducation de leurs enfants dans les conditions prévues par l'accord collectif, se trouvent dans la même situation que les femmes [Cass. soc., 4 mai 2011, n° 09-72.206].

■ Évaluation des risques professionnels

L'employeur, compte tenu de la nature des activités de l'établissement, doit évaluer les risques pour la santé et la sécurité des

travailleurs, y compris dans le choix des procédés de fabrication, des équipements de travail, des substances ou préparations chimiques, dans l'aménagement ou le réaménagement des lieux de travail ou des installations et dans la définition des postes de travail. Cette évaluation doit tenir compte de l'impact différencié de l'exposition au risque en fonction du sexe [C. trav., art. L. 4121-3].

■ Discriminations positives

Le principe d'égalité entre les femmes et les hommes ne fait pas non plus obstacle à l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes et visant à établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes [C. trav., art. L. 1142-4]. Ces mesures de rattrapage peuvent résulter de :

- dispositions réglementaires prises dans les domaines du recrutement, de la formation, de la promotion, de l'organisation et des conditions de travail ;
- stipulations de conventions de branches étendues ou d'accords collectifs étendus ;
- l'application dans l'entreprise d'un plan pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (voir encadré page 85).

L'interdiction des agissements sexistes

Les agissements sexistes sont tous les agissements qui sont liés au sexe d'une personne, et qui ont pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant [C. trav., art. L. 1142-2-1]. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une discrimination, mais plutôt d'un comportement, qu'on pourrait appa-

rener au harcèlement. L'employeur a l'obligation de protéger ses salariés des agissements sexistes. Il doit rappeler les textes relatifs aux agissements sexistes au sein du règlement intérieur [C. trav., art. L. 1321-2], comme c'est le cas pour le harcèlement moral et le harcèlement sexuel. L'obligation de prévenir les agissements sexistes figure par ailleurs au rang des obligations de prévention auxquelles l'employeur est tenu [C. trav., art. L. 4121-2].

Sur le plan pénal, l'outrage sexiste est une infraction

consistant dans le fait d'imposer à une personne tout propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit crée à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante [C. pén., art. 621-1]. Cette infraction est punie d'une amende prévue de 750 €, voire de 1500 €, notamment lorsqu'elle est commise par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions.

EXEMPLE Un accord collectif peut prévoir au seul bénéfice des salariées de sexe féminin une demi-journée de repos à l'occasion de la journée internationale pour les droits des femmes, dès lors que cette mesure vise à établir l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes [Cass. soc., 12 juill. 2017, n° 15-26.262].

Il existe par ailleurs un dispositif légal de rattrapage salarial pour les salariées de retour d'un congé de maternité. Leur rémunération doit être majorée :

- des augmentations générales perçues par les salariés pendant leur congé de maternité ;
- de la moyenne des augmentations perçues pendant le congé de maternité en ne retenant que les salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou, à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise [C. trav., art. L. 1225-26].

Obligations de l'employeur

Calcul de l'index des inégalités salariales

32 En quoi consiste l'obligation de mesure de l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise ?

Tous les employeurs doivent prendre en compte un objectif de suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes [C. trav., art. L. 1142-7].

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, les employeurs doivent, à cet effet, publier chaque année un index composé de plusieurs indicateurs relatifs aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et aux actions mises en œuvre pour les supprimer [C. trav., art. L. 1142-8]. L'obligation de publication entre en vigueur progressivement selon la taille de l'entreprise, voir encadré p. 74.

Si les indicateurs se situent en deçà d'un certain niveau, les employeurs ont l'obligation d'aborder, dans le cadre de la négociation obligatoire sur l'égalité professionnelle (voir n° 43), la défi-

niton de mesures adéquates et pertinentes de correction, et la programmation de mesures financières de rattrapage salarial. En l'absence d'accord, ces mesures doivent être fixées unilatéralement [C. trav., art. L. 1142-9]. L'employeur dispose d'un délai de trois ans pour se mettre en conformité : à défaut, il s'expose à devoir régler une pénalité financière [C. trav., art. L. 1142-10].

33 Quelles sont les entreprises concernées par la publication des indicateurs ?

L'obligation de publication des indicateurs sur l'égalité professionnelle ne vise que les entreprises de 50 salariés et plus et entre en vigueur progressivement selon la taille de l'entreprise, voir encadré p. 74 [C. trav., art. L. 1142-8].

Le calcul des effectifs suit les règles classiques [C. trav., art. D. 1142-8, L. 111-2, L. 111-3 et L. 1251-14] et est réalisé à la date de l'obligation de publication de l'index [Questions/Réponses, Min. trav., 4 juill. 2019].

Lorsqu'une entreprise atteint l'effectif de 50 salariés, elle dispose d'un délai de trois ans avant de devoir publier le résultat de ses mesures, le transmettre au comité social et économique et à la Direccte, et mettre en place des mesures de correction.

34 Quels indicateurs les entreprises doivent-elles publier chaque année ?

→ **Dans les entreprises de plus de 250 salariés**, les indicateurs sont les suivants [C. trav., art. D. 1142-2] :

- écart de rémunération entre les femmes et les hommes, calculé à partir de la moyenne de la rémunération des femmes comparée à celle des hommes, par tranche d'âge et par catégorie de postes équivalents ;
- écart de taux d'augmentations individuelles de salaire ne correspondant pas à des promotions entre les femmes et les hommes ;
- écart de taux de promotions entre les femmes et les hommes ;
- pourcentage de salariées ayant bénéficié d'une augmentation dans l'année de leur retour de congé de maternité, si des augmentations sont intervenues au cours de la période pendant laquelle le congé a été pris ;
- nombre de salariés du sexe sous-représenté parmi les dix salariés ayant perçu les plus hautes rémunérations.

- **Dans les entreprises de 50 à 250 salariés**, les indicateurs sont les suivants [C. trav., art. D. 1142-2-1] :
- écart de rémunération entre les femmes et les hommes, calculé à partir de la moyenne de la rémunération des femmes comparée à celle des hommes, par tranche d'âge et par catégorie de postes équivalents ;
 - écart de taux d'augmentations individuelles de salaire entre les femmes et les hommes ;
 - pourcentage de salariées ayant bénéficié d'une augmentation dans l'année suivant leur retour de congé de maternité, si des augmentations sont intervenues au cours de la période pendant laquelle le congé a été pris ;
 - nombre de salariés du sexe sous-représenté parmi les dix salariés ayant perçu les plus hautes rémunérations.

35 Comment les entreprises procèdent-elles au calcul des indicateurs ?

→ **Niveau d'appréciation des indicateurs.** Les indicateurs doivent en principe être calculés au niveau de l'entreprise. Par exception, s'il existe un comité social et économique constitué au niveau d'une unité économique et sociale reconnue par accord ou par décision de justice entre plusieurs entreprises, les indicateurs doivent être calculés au niveau de cette UES [C. trav., art. D. 1142-2; C. trav., art. D. 1142-1].

→ **Période de référence.** Les employeurs peuvent choisir la période de 12 mois consécutifs qui sert de période de référence pour le calcul des indicateurs. Il peut s'agir de l'année civile précédant la date du 1^{er} mars à laquelle les indicateurs doivent être publiés ou de toute période de 12 mois consécutifs prenant fin au cours de l'année civile précédant la date du 1^{er} mars [D. n° 2019-15, 8 janv. 2019, annexes I et II, 1].

EXEMPLE Une entreprise qui doit publier ses indicateurs avant le 1^{er} mars 2020 peut choisir pour période de référence l'année 2019, mais également la période courant du 1^{er} juin 2018 au 31 mai 2019. En revanche, elle ne peut pas retenir la période courant du 1^{er} février 2019 au 31 janvier 2020.

Le choix de la période de référence est définitif et engage l'employeur d'une année sur l'autre. Seules des raisons particulières et exceptionnelles comme un changement dans la structure juridique de l'entreprise peuvent justifier une modification de période de référence [Questions/Réponses Min. trav., 4 juill. 2019].

Pour les entreprises de 50 à 250 salariés, il est possible de choisir une période de référence pluriannuelle pour calculer l'indicateur relatif à l'écart de taux d'augmentations individuelles de salaire entre les femmes et les hommes : cette période pluriannuelle peut porter sur les deux ou les trois années précédentes. Le caractère pluriannuel peut être révisé tous les trois ans [D. n° 2019-15, 8 janv. 2019, annexe II, 1].

→ **Salariés pris en compte.** C'est l'effectif des salariés sur la période de référence annuelle choisie par l'employeur qui doit être pris en compte, à l'exception [D. n° 2019-15, 8 janv. 2019, annexes I et II, 2; Questions/Réponses Min. trav., 4 juill. 2019] :

- des apprentis;
- des titulaires d'un contrat de professionnalisation;
- des salariés mis à disposition par une entreprise extérieure;
- des salariés expatriés;
- des salariés absents plus de la moitié de la période de référence annuelle considérée (à l'exception des salariées en congé maternité pour l'appréciation de l'indicateur relatif au retour de congé maternité);
- des salariés en préretraite.

À NOTER

Les salariés qui ont quitté l'entreprise doivent être pris en compte s'ils ont été présents plus de six mois sur la période de référence [Questions/Réponses Min. trav., 4 juill. 2019].

Les caractéristiques individuelles à retenir pour chaque salarié (âge, niveau ou coefficient hiérarchique, niveau selon la méthode de cotation des postes de l'entreprise, catégorie socio-professionnelle) doivent être appréciées au dernier jour de la période de référence annuelle, ou au dernier jour de présence du salarié dans l'entreprise.

EXEMPLE Un salarié qui a changé de catégorie socio-professionnelle en septembre 2019 doit être pris en compte dans la catégorie dont il relève au dernier jour de la période de référence.

→ **Rémunération à prendre en compte.** Il convient de reconstituer la rémunération en équivalent temps plein sur la période de référence annuelle. C'est la rémunération brute qui doit être retenue [Questions/Réponses Min. trav., 4 juill. 2019].

EXEMPLE Si un salarié a été en arrêt maladie moins de six mois sur l'année, il faut prendre en compte la rémunération qu'il a perçue lorsqu'il était présent et reconstituer celle-ci en équivalent temps plein sur la période de référence. Une reconstitution doit également être opérée pour les salariés à temps partiel.

Il n'y a pas lieu de prendre en compte [D. n° 2019-15, 8 janv. 2019, annexes I et II, 3; Questions/Réponses Min. trav., 4 juill. 2019] :

- les indemnités de licenciement, de rupture conventionnelle, de départ à la retraite;
- les indemnités de fin de CDD;
- les indemnités compensatrices de congés payés;
- les primes liées à une sujétion particulière qui ne concerne pas la personne du salarié (prime de salissure, prime de froid, prime d'astreinte, etc.);
- les primes d'ancienneté;
- les heures supplémentaires et les heures complémentaires;
- les majorations pour les heures travaillées les jours fériés ou les dimanches;
- les versements effectués au titre de l'intéressement ou de la participation.

→ **Outil de calcul.** Un outil de calcul est accessible sur le site du ministère du travail : <https://index-egapro.travail.gouv.fr/>.

Actuellement configuré uniquement pour les entreprises de plus de 250 salariés, il sera prochainement réactualisé à l'attention des entreprises de 50 à 250 salariés.

36 Comment calculer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes ?

Les écarts de rémunération doivent être calculés à partir de la moyenne de la rémunération des femmes comparée à celle des hommes, par tranche d'âge et par catégorie de postes équivalents.

L'employeur doit donc d'abord répartir les salariés selon les quatre tranches d'âge suivantes :

- moins de 30 ans;
- de 30 à 39 ans;
- de 40 à 49 ans;
- et 50 ans et plus.

Il doit ensuite répartir les salariés par « catégories de postes équivalents ». Pour ce faire, il a la possibilité, sous réserve de consulter préalablement le comité social et économique :

- d'utiliser les niveaux et coefficients hiérarchiques de sa convention de branche,
- ou de définir sa propre méthode de cotation des postes.

Il peut également plus simplement opter pour la répartition entre les catégories socio-professionnelles (CSP) suivantes :

- ouvriers,
- employés,
- techniciens et agents de maîtrise,
- ingénieurs et cadres.

Dans ce cas, il obtient la présentation suivante, constituée de 16 groupes :

	Moins de 30 ans	30 à 39 ans	40 à 49 ans	50 ans et plus	Total
ouvriers	<> femmes <> hommes	<> femmes <> hommes	<> femmes <> hommes	<> femmes <> hommes	<> salariés
employés	<> femmes <> hommes	<> femmes <> hommes	<> femmes <> hommes	<> femmes <> hommes	<> salariés
techniciens et agents de maîtrise	<> femmes <> hommes	<> femmes <> hommes	<> femmes <> hommes	<> femmes <> hommes	<> salariés
ingénieurs et cadres	<> femmes <> hommes	<> femmes <> hommes	<> femmes <> hommes	<> femmes <> hommes	<> salariés

REMARQUE

La répartition doit s'effectuer par CSP si l'utilisation des niveaux et coefficients conventionnels ou de la méthode de cotation ne permet pas de calculer les indicateurs. Il faut en effet savoir que lorsque les salariés sont regroupés par catégories et par tranche d'âge, seuls les groupes qui comprennent au moins trois hommes et au moins trois femmes sont pris en compte. Une fois que l'employeur a identifié les groupes pris en compte, il doit :

- totaliser le nombre de salariés de l'entreprise et le nombre de salariés pris en compte pour la mesure de l'indicateur ;
- puis vérifier que le nombre de salariés pris en compte pour la mesure de l'indicateur est au moins égal à 40% du nombre total de salariés de l'entreprise [D. n° 2019-15, 8 janv. 2019, annexes 1 et 2, 5.1].

Pour chaque groupe, l'employeur évalue la rémunération moyenne des hommes et des femmes sur la base d'un salaire en équivalent temps plein. Il doit donc convertir en base temps plein la rémunération de tous les salariés à temps partiel, ou des salariés qui n'ont pas été présents au cours de l'année entière.

EXEMPLE			
	Temps de travail	Rémunération	Base temps plein
salariée 1	35 h	26 000 €	26 000 €
salariée 2	35 h	25 000 €	25 000 €
salariée 3	28 h	21 000 €	26 250 €
salariée 4	24 h	18 000 €	26 250 €
salariée 5	35 h	27 000 €	27 000 €
salariée 6	35 h	26 000 €	26 000 €
Salaire moyen			26 083 €

L'écart de rémunération est ensuite calculé, en pourcentage, pour chaque groupe, en soustrayant la rémunération moyenne des femmes à la rémunération moyenne des hommes et en rapportant ce résultat à la rémunération moyenne des hommes.

EXEMPLE : La rémunération moyenne des femmes est de 27 000 €, et celle des hommes est de 30 000 €. L'écart de rémunération est égal à $(30\,000 - 27\,000) / 30\,000 = 10\%$

L'employeur applique ensuite pour chaque groupe un seuil de pertinence, qui est de :

- 5 % si les groupes sont constitués par catégorie socioprofessionnelle ;
- 2 % si les groupes sont constitués par niveau ou coefficient hiérarchique.

EXEMPLE : Un écart positif de 10% est ramené à 5% en cas de groupes constitués par CSP, et à 8% en cas de groupes constitués par niveau ou coefficient hiérarchique. Un écart négatif de -10% est ramené à -5% en cas de groupes constitués par CSP, et à -8% en cas de groupes constitués par niveau ou coefficient hiérarchique. L'application du seuil de pertinence ne peut toutefois pas avoir pour effet de rendre positif un écart négatif et inversement.

Les écarts ajustés pour chacun des groupes sont ensuite multipliés par le ratio de l'effectif du groupe à l'effectif total des groupes pris en compte.

EXEMPLE Si l'effectif total des groupes pris en compte est de 70 salariés, dans un groupe de 10 salariés ayant obtenu un écart ajusté de 5%, on applique la pondération suivante : $5\% \times (10 / 70) = 0,71\%$

Tous les écarts pondérés sont ensuite additionnés pour obtenir l'écart global de rémunération entre les femmes et les hommes. C'est ce chiffre, arrondi à la première décimale, qui est retenu pour calculer le nombre de points attribués à l'entreprise au titre des écarts de rémunération sur la base du tableau suivant :

Résultats obtenus	Points	Résultats obtenus	Points
Égal à 0%	40 points	Supérieur à 10% et inférieur ou égal à 11%	25 points
Supérieur à 0% et inférieur ou égal à 1%	39 points	Supérieur à 11% et inférieur ou égal à 12%	23 points
Supérieur à 1% et inférieur ou égal à 2%	38 points	Supérieur à 12% et inférieur ou égal à 13%	21 points
Supérieur à 2% et inférieur ou égal à 3%	37 points	Supérieur à 13% et inférieur ou égal à 14%	19 points
Supérieur à 3% et inférieur ou égal à 4%	36 points	Supérieur à 14% et inférieur ou égal à 15%	17 points
Supérieur à 4% et inférieur ou égal à 5%	35 points	Supérieur à 15% et inférieur ou égal à 16%	14 points
Supérieur à 5% et inférieur ou égal à 6%	34 points	Supérieur à 16% et inférieur ou égal à 17%	11 points
Supérieur à 6% et inférieur ou égal à 7%	33 points	Supérieur à 17% et inférieur ou égal à 18%	8 points
Supérieur à 7% et inférieur ou égal à 8%	31 points	Supérieur à 18% et inférieur ou égal à 19%	5 points
Supérieur à 8% et inférieur ou égal à 9%	29 points	Supérieur à 19% et inférieur ou égal à 20%	2 points
Supérieur à 9% et inférieur ou égal à 10%	27 points	Supérieur à 20%	0 point

37 Comment calculer les écarts de taux d'augmentations individuelles de salaires entre les femmes et les hommes ?

Attention, le calcul de cet indicateur varie selon que l'entreprise occupe de 50 à 250 salariés, ou plus de 250 salariés.

■ Entreprises de plus de 250 salariés

Au préalable, l'employeur répartit les salariés en quatre groupes, selon les quatre CSP (ouvriers, employés, techniciens et agents de maîtrise, ingénieurs et cadres). Il n'est pas possible de retenir d'autres catégories de postes équivalents, comme c'est le cas pour les écarts de rémunération.

Seuls les groupes qui comprennent au moins 10 hommes et 10 femmes sont pris en compte.

Pour chaque groupe, il convient de déterminer la proportion de salariées et de salariés qui ont été augmentés au cours de la période de référence, en ne prenant en compte que les augmentations individuelles qui ne correspondent pas à une promotion : par augmentation individuelle, n'est visée que l'augmentation du salaire de base, les primes ne sont pas prises en compte.

Pour déterminer l'écart de taux d'augmentation, il faut soustraire le taux d'augmentation des femmes du taux d'augmentation des hommes.

EXEMPLE : Dans le groupe des employés, 12% de femmes et 14% des hommes ont bénéficié d'une augmentation individuelle. L'écart au sein du groupe est de 2%.

Les écarts de chaque groupe sont ensuite multipliés par le ratio de l'effectif du groupe à l'effectif total des groupes pris en compte. Puis tous les écarts pondérés sont additionnés pour obtenir l'écart global de taux d'augmentations entre les femmes et les hommes.

C'est ce chiffre, arrondi à la première décimale, qui est retenu pour calculer le nombre de points attribués à l'entreprise au titre des écarts de taux d'augmentation sur la base du tableau suivant :

Résultats obtenus	Points
Inférieur ou égal à 2 points de %	20 points
Supérieur à 2 et inférieur ou égal à 5 points de %	10 points
Supérieur à 5 et inférieur ou égal à 10 points de %	5 points
Supérieur à 10 points de %	0 point

■ Entreprises de 50 à 250 salariés

Dans les entreprises dont l'effectif est de 50 à 250 salariés, il n'y a pas lieu de procéder à une répartition par groupes.

Ce sont l'ensemble des augmentations individuelles qui sont prises en compte, même si elles correspondent à une promotion.

L'employeur doit ainsi d'abord déterminer l'écart absolu de taux d'augmentations égal à la différence entre le taux d'augmentation des hommes et le taux d'augmentation des femmes, arrondie à la première décimale.

Il doit ensuite déterminer l'écart en nombre de salariés. Pour cela, il doit appliquer l'écart absolu de taux d'augmentations au nombre de femmes, ou au nombre d'hommes pris en compte dans le calcul, en choisissant le plus petit de ces deux nombres. Le résultat est arrondi à la première décimale.

EXEMPLE Pour un écart absolu de 10%, dans une entreprise au sein de laquelle sont employés 40 hommes et 30 femmes, l'écart en nombre est égal à $30 \times 10\% = 3$

Le nombre de points obtenus est calculé sur la base du tableau suivant :

Résultats obtenus	Points
Inférieur ou égal à 2 points de % Ou à 2 salariés	35 points
Supérieur à 2 et inférieur ou égal à 5 points de % Ou supérieur à 2 salariés et inférieur ou égal à 5 salariés	25 points
Supérieur à 5 et inférieur ou égal à 10 points de % Ou supérieur à 5 salariés et inférieur ou égal à 10 salariés	15 points
Supérieur à 10 points de % ou plus de 10 salariés	0 point

C'est le résultat le plus favorable qui est retenu.

EXEMPLE Pour un écart absolu de 10%, le nombre de points attribués est en principe de 15 points. Mais dans la mesure où l'écart en nombre est égal à 3 salariés, l'entreprise obtient 25 points.

38 Comment calculer les écarts de taux de promotions entre les femmes et les hommes ?

Cet indicateur n'est calculé que dans les entreprises de **250 salariés et plus**. En effet, dans les entreprises de 50 à 250 salariés, les promotions sont prises en compte dans l'appréciation de l'écart de taux d'augmentations individuelles.

L'employeur doit regrouper les salariés en quatre groupes, selon les quatre CSP, et ne retenir que les groupes comprenant au moins 10 hommes et 10 femmes.

Le taux de promotion correspond à la proportion de salariés ayant bénéficié d'une promotion au cours de la période de référence, c'est-à-dire d'un passage à un niveau ou à un coefficient hiérarchique supérieur.

Dans chaque groupe, l'employeur établit l'écart de taux de promotion en soustrayant le taux de promotions des femmes au taux de promotions des hommes.

Les écarts de chaque groupe sont ensuite multipliés par le ratio de l'effectif du groupe à l'effectif total des groupes pris en compte. Puis tous les écarts pondérés sont additionnés pour obtenir l'écart global de taux de promotions entre les femmes et les hommes.

C'est ce chiffre, arrondi à la première décimale, qui est retenu pour calculer le nombre de points attribués à l'entreprise au titre des écarts de taux de promotions sur la base du tableau suivant :

Résultats obtenus	Points
Inférieur ou égal à 2 points de %	15 points
Supérieur à 2 et inférieur ou égal à 5 points de %	10 points
Supérieur à 5 et inférieur ou égal à 10 points de %	5 points
Supérieur à 10 points de %	0 point

39 Comment évaluer le pourcentage de salariées ayant bénéficié d'une augmentation dans l'année de leur retour de congé de maternité ?

Le calcul de cet indicateur est plus simple : il s'agit de calculer le pourcentage de salariées qui sont revenues pendant l'année de référence et qui ont bénéficié d'une augmentation à leur retour pendant cette même période, si des augmentations sont intervenues pendant la durée du congé maternité.

Si le taux est égal à 100 %, l'entreprise obtient 15 points. À défaut, elle n'obtient aucun point.

REMARQUE

Assez curieusement, le calcul de cet indicateur ne se réfère pas aux obligations légales ou conventionnelles en matière de retour de congé maternité. Le législateur impose en effet un niveau d'augmentation calculé sur la base des augmentations individuelles et générales [C. trav., art. L. 1225-26]. Ainsi, un employeur qui se contenterait de procéder à une augmentation, même si elle n'atteint pas le niveau exigé par le législateur, pourrait obtenir 15 points.

40 Comment calculer le nombre de salariés du sexe sous-représenté parmi les dix salariés ayant perçu les plus hautes rémunérations ?

L'employeur doit identifier les dix salariés ayant perçu les plus hautes rémunérations.

Parmi ces dix salariés, il détermine le nombre de femmes et le nombre d'hommes.

L'indicateur est le plus petit des deux nombres et donne lieu à l'acquisition des points suivant le tableau suivant :

Résultats obtenus	Points
4 ou 5 salariés	10 points
2 ou 3 salariés	5 points
0 ou 1 salarié	0 point

41 Comment détermine-t-on le niveau de résultat ?

Après avoir calculé l'ensemble de ses indicateurs, l'employeur additionne le nombre de points obtenus pour déterminer une note sur 100.

■ Indicateurs incalculables

Les dispositions réglementaires définissent les situations dans lesquelles certains indicateurs sont incalculables :

- indicateur de l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes (voir n° 36) : lorsque l'effectif total retenu est inférieur à 40 % de l'effectif devant être pris en compte pour le calcul de l'ensemble des indicateurs ;
- indicateurs des écarts de taux d'augmentation individuelle et de taux de promotion (voir n° 37 et 38) :
 - lorsqu'aucune promotion ou aucune augmentation individuelle n'est intervenue au cours de la période de référence annuelle considérée,
 - ou lorsque l'effectif total retenu est inférieur à 40 % de l'effectif devant être pris en compte pour le calcul de l'ensemble des indicateurs (ou parce que l'entreprise ne comporte pas au moins cinq femmes et cinq hommes dans les entreprises de 50 à 250 salariés) ;
- indicateur de pourcentage de salariées ayant bénéficié d'une augmentation dans l'année de leur retour de congé de maternité (voir n° 39) : lorsqu'aucun retour de congé maternité n'est intervenu au cours de la période de référence annuelle considérée ou qu'aucune augmentation n'est intervenue durant la durée de ces congés.

Si tel est le cas, l'employeur doit calculer les autres indicateurs et va ramener le nombre total de points obtenus sur cent, en appliquant la règle de la proportionnalité.

EXEMPLE S'il n'y a eu aucun retour de congé maternité pendant la période, l'entreprise calcule tous les autres indicateurs et obtient une note sur 85. Si elle obtient 60 / 85, le résultat ramené à 100 est égal à 70 points.

Quelles actions l'employeur peut-il mettre en œuvre pour se mettre en conformité ?

Plusieurs pistes de réflexions sont à envisager dans le cadre de la négociation sur l'égalité professionnelle, ou la décision unilatérale à défaut d'accord.

→ **Augmentations de salaire.** La première action à engager consiste à programmer des mesures financières de rattrapage salarial. En pratique, il s'agit d'augmenter les salaires des femmes de l'entreprise, en prenant garde à ne pas créer de nouvelles inégalités. Il convient donc, selon la situation de l'entreprise, de proposer soit une augmentation générale des femmes, soit des augmentations au cas par cas :

– **augmentation générale pour toutes les femmes de l'entreprise.** Si les écarts de rémunérations entre hommes et femmes touchent indifféremment toutes les salariées, sans distinction de catégorie ou de poste, il est possible de programmer une augmentation générale des femmes, sur une ou plusieurs années ;

– **augmentation par catégories.** De manière plus ciblée, il est également envisageable de procéder à des augmentations par catégorie, lorsque, par exemple, les différences de rémunérations entre femmes et hommes touchent plus durement les salariées occupant des emplois peu qualifiés, ou au contraire les postes les plus élevés dans la hiérarchie de l'entreprise ;

– **augmentations individuelles.** Il peut être plus pertinent d'augmenter individuellement les salariées qui en ont besoin. Dans ce cas, il convient d'agir avec la plus grande prudence et prendre garde à ne pas créer d'inégalités de traitements entre les femmes. En effet, le principe « à travail égal, salaire égal » s'applique entre femmes et hommes mais éga-

lement entre salariés du même sexe dès lors qu'ils sont placés dans une situation identique (voir n° 17).

À noter que pour mettre en place des mesures (augmentations ou autres) différenciées selon les catégories professionnelles, il est plus prudent pour l'employeur de procéder via un accord collectif que par décision unilatérale de l'employeur (voir n° 27).

→ **Réflexions sur le temps de travail.** La proportion de femmes exerçant à temps partiel est souvent plus importante que celle des hommes, ce qui est source d'inégalité salariale (en 2018, selon la Dares, 79 % des salariés à temps partiel sont des femmes). Il est donc conseillé de s'assurer, le cas échéant, que les femmes de l'entreprise employées à temps partiel sont satisfaites de cette situation et de respecter la priorité d'attribution d'un emploi ressortissant de leur catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent accordée aux salarié(e)s à temps partiel qui souhaitent reprendre un emploi à temps complet [C. trav., art. L. 3123-3].

Il est également utile de s'interroger sur les actions à mettre en œuvre afin de favoriser la conciliation de la vie personnelle et la vie professionnelle des salariés (s'agissant des parents et des proches aidants notamment).

→ **Prise en compte des absences liées aux naissances et à l'éducation des enfants.** L'entreprise doit s'assurer que les obligations légales applicables aux salariées de retour de congé de maternité sont bien respectées :

– réintégration dans son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente [C. trav., art. L. 1225-25] ;

– augmentation de salaire englobant les augmentations générales ainsi que la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant la durée du congé par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou, à défaut, la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise. Un accord collec-

tif de branche ou d'entreprise peut déterminer de meilleures garanties d'évolution de la rémunération des salariées en congé de maternité [C. trav., art. L. 1225-26].

En outre, il est intéressant de sensibiliser et encourager les hommes à prendre réellement leur **congé de paternité et d'accueil de l'enfant**, qui est de 11 jours consécutifs (18 en cas de naissances multiples). L'employeur ou le supérieur hiérarchique peut ainsi être à l'initiative d'un échange avec les jeunes pères en vue de faciliter l'organisation de leur travail afin de les inciter à prendre leur congé.

Il est également conseillé d'inciter les pères à bénéficier eux aussi de congés qui ne sont en aucun cas réservés aux mères, via la politique de ressources humaines de l'entreprise, tels que :

– le **congé d'adoption** [C. trav., art. L. 1225-37]. Le père peut en effet, s'il le souhaite, prendre ce congé en lieu et place de la mère. En outre, il peut être augmenté de 11 jours calendaires (18 en cas d'adoptions multiples) lorsque sa durée est répartie entre les deux parents. La durée du congé d'adoption peut alors être fractionnée en deux périodes, dont la plus courte ne peut être inférieure à 11 jours, et qui peuvent être simultanées, ce qui encourage également l'implication des pères [C. trav., art. L. 1225-40] ;

– le **congé parental d'éducation**. Plusieurs mécanismes sont prévus par les dispositions légales afin de garantir aux salariés, mères ou pères, qui en bénéficient, un retour dans de bonnes conditions dans l'entreprise. Ainsi, à l'issue du congé, le ou la salariée retrouve prioritairement son précédent emploi, ou un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente [C. trav., art. L. 1225-55]. Il ou elle a également droit à un entretien professionnel avec l'employeur, au cours duquel est organisé son retour à l'emploi, notamment ses besoins de formation, les conséquences éventuelles du congé sur sa rémunération et l'évolution de sa carrière. Il peut également accéder à

une action de formation, notamment en cas de changement de techniques ou de méthodes de travail [C. trav., art. L. 1225-57 à L. 1225-59];

– le **congé pour enfant malade** (ou victime d'un accident) d'un enfant de moins de 16 ans [C. trav. art. L. 1225-61]. Ce congé est de trois jours par an, porté à cinq jours si l'enfant est âgé de moins d'un an ou si le salarié assume la charge de trois enfants ou plus âgés de moins de 16 ans. Il n'est pas rémunéré, sauf dispositions conventionnelles plus favorables qu'il peut donc être intéressant de négocier au sein de l'entreprise.

→ **Analyser les évolutions de carrière.** L'entreprise peut s'assurer que les femmes ne sont pas oubliées ou mises de côté s'agissant

des recrutements internes, mobilités professionnelles ou géographiques et des promotions.

L'entretien professionnel est un outil à valoriser dans le cadre de cette analyse. Mis en œuvre tous les deux ans, ou de manière systématique notamment en cas de retour de congé de maternité, de congé parental d'éducation, de congé de proche aidant ou de congé d'adoption, il est consacré aux perspectives d'évolution professionnelle, de qualifications et d'emploi des salariés. C'est un moment privilégié pour s'assurer que chaque salariée peut bénéficier des promotions qu'elle mérite et a accès à tous les outils pour y parvenir [C. trav., art. L. 6315-1].

L'entreprise peut également favoriser **l'accès des femmes à la formation**. Cela peut se faire par le biais d'un accord prévoyant des modalités d'alimentation du compte personnel de formation plus favorables que les dispositions légales [C. trav., art. L. 6323-11, al. 4]. Il peut s'agir par exemple de prévoir des droits supplémentaires dans l'optique de favoriser la formation de salariées souhaitant accéder à des postes principalement occupés par des hommes. Il est également envisageable de définir par accord des actions de formation prioritaires à l'attention des salariés, pour lesquelles l'employeur s'engage à verser un abondement complémentaire en cas de droits insuffisants [C. trav., art. L. 6323-11, al. 5].

Toutefois, si les indicateurs incalculables conduisent à ce que le nombre maximum de points que l'entreprise peut obtenir est inférieur à 75 points, avant application de la règle de proportionnalité, les dispositions réglementaires prévoient que le niveau de résultat ne peut alors pas être déterminé. L'entreprise doit, dans ce cas, calculer les indicateurs calculables, et mettre les résultats à disposition du comité social et économique et des services du ministère du travail.

■ **Prise en compte des mesures de correction**

Dans le but de ne pas pénaliser les entreprises qui prennent des mesures adéquates et pertinentes et, le cas échéant, programmant des mesures financières de rattrapage salarial, le résultat de certains indicateurs peut être corrigé lorsque l'entreprise n'obtient pas la note maximale [C. trav., art. D. 1142-6].

Ainsi, dans les entreprises de 250 salariés et plus lorsque l'indicateur relatif aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes n'obtient pas la note maximale :

- l'entreprise obtient automatiquement le maximum de points à l'indicateur de l'écart de taux d'augmentations individuelles de salaires si les écarts constatés à cet indicateur favorisent la population ayant la rémunération la plus faible ;
- l'entreprise obtient le maximum de points à l'indicateur de l'écart de taux de promotions si, de même, les écarts constatés à cet indicateur favorisent la population ayant la rémunération la plus faible.

Dans les entreprises de 50 à 250 salariés, lorsque l'indicateur relatif aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes n'obtient pas la note maximale, l'entreprise obtient le maximum de points à l'indicateur de l'écart de taux d'augmentations individuelles de salaires si les écarts constatés à cet indicateur favorisent la population ayant la rémunération la plus faible.

42 Quelles sont les modalités de publicité des indicateurs ?

→ **Publication sur le site internet de l'entreprise.** L'entreprise doit publier le niveau de résultat obtenu, au plus tard le 1^{er} mars de l'année en cours, au titre de l'année précédente, sur le site internet de l'entreprise s'il existe [C. trav., art. D. 1142-4].

Si elle ne dispose pas de site internet, elle doit porter le résultat à la connaissance des salariés par tout moyen.

À NOTER

L'obligation de publication ne porte que sur le niveau de résultat. Mais l'entreprise peut aussi faire le choix de publier le détail des indicateurs, ainsi que les mesures de correction qu'elle prévoit [Questions/Réponses Min. du trav., 4 juill. 2019].

→ **Information du comité social et économique.** Les entreprises doivent mettre les indicateurs et le niveau de résultat obtenu à la disposition du comité social et économique par le biais de la BDES (base de données économiques et sociale) [C. trav., art. D. 1142-5].

Les résultats doivent être présentés par catégorie socio-professionnelle, niveau ou coefficient hiérarchique ou selon les niveaux de la méthode de cotation des postes de l'entreprise. Ils doivent également être accompagnés des précisions permettant d'assurer leur compréhension (méthodologie appliquée, répartition des salaires par catégorie socio-professionnelle ou par application d'une autre méthode de cotation des postes).

Mise en œuvre progressive de l'obligation de publication des indicateurs

L'obligation de publication des indicateurs sur l'égalité professionnelle donne lieu à une mise en œuvre progressive, en fonction de l'effectif de l'entreprise [D. n° 2019-15, 8 janv. 2019]. La première publication devait ou doit intervenir :

- avant le 1^{er} mars 2019 pour les entreprises de 1 000 salariés et plus ;
- avant le 1^{er} septembre 2019 pour les entreprises de plus de 250 salariés et de moins de 1 000 salariés ;
- avant le 1^{er} mars 2020 pour les entreprises de 50 à 250 salariés.

Le cas échéant, l'information doit également préciser les mesures de correction envisagées ou déjà mises en œuvre.

À NOTER

Si certains indicateurs ne peuvent pas être calculés, l'employeur doit préciser les raisons pour lesquelles ce calcul s'est avéré impossible [Questions/Réponses Min. trav., 4 juill. 2019].

→ **Transmission aux services du ministère du travail.** Les informations transmises au comité social et économique doivent également être adressées aux services du ministère du travail, par le biais d'une procédure de télédéclaration, sur le site : <https://index-egapro.travail.gouv.fr/>

REMARQUES

En utilisant l'outil Egapro, il est possible d'éditer en fin de calcul des récapitulatifs d'informations à publier sur le site internet, à transmettre au comité social et économique et à déclarer auprès des services du ministère du travail.

→ **Sanction.** En l'absence de publication des indicateurs pendant une ou plusieurs années consécutives, l'employeur encourt la pénalité financière prévue en cas d'absence d'accord ou de plan d'action sur l'égalité professionnelle [C. trav., art. L. 2242-8 et R. 2242-3] (voir n° 44).

43 Quelles sont les obligations de l'entreprise si le niveau des indicateurs est insuffisant ?

Le niveau des indicateurs doit être au moins égal à 75 points sur 100 [C. trav., art. D. 1142-6*].

Si l'entreprise n'atteint pas ce résultat, elle a deux obligations :
– définir des mesures de correction et programmer les mesures de rattrapage salarial ;
– se mettre en conformité dans un délai de trois ans.

→ **Définition des mesures de correction et de rattrapage salarial.** En cas de résultat insuffisant, il convient de faire porter la négociation obligatoire sur l'égalité professionnelle sur les mesures adéquates et pertinentes de correction à mettre en œuvre au sein de l'entreprise, et le cas échéant, sur la programmation annuelle ou pluriannuelle de mesures financières de rattrapage salarial [C. trav., art. L. 1142-9].

Si la négociation n'aboutit pas, l'employeur a l'obligation de définir ces mesures unilatéralement, après consultation du comité social et économique et de déposer cette décision auprès de la Direc-

cte, dans les mêmes conditions que le plan d'action pour l'égalité professionnelle (voir n° 47).

ATTENTION

En l'absence d'accord ou de décision définissant ces mesures, l'employeur encourt la pénalité financière prévue en cas d'absence d'accord ou de plan d'action sur l'égalité professionnelle [C. trav., art. L. 2242-8 et R. 2242-3] (voir n° 51).

→ **Mise en conformité.** L'employeur dont le niveau de résultat est insuffisant, dispose d'un délai de trois ans pour se mettre en conformité [C. trav., art. L. 1142-10]. À défaut, il encourt une pénalité financière.

En effet, si le Direccte est informé par ses agents de contrôle que le niveau de résultat est inférieur à 75 points depuis trois ans, il dispose de deux mois pour en informer l'employeur et l'inviter à présenter ses observations et à justifier, des motifs de sa défaillance sous un délai d'un mois [C. trav., art. D. 1142-9 et D. 1142-10].

L'employeur peut demander une prolongation d'un mois pour répondre sous réserve de justifier de circonstances ou de la complexité de la situation. Il peut également demander à être entendu.

Le Direccte peut décider de donner une année supplémentaire à l'employeur pour se mettre en conformité ou de fixer le montant de la pénalité. Pour cela, il va prendre en compte les mesures prises par l'entreprise en matière d'égalité salariale entre les femmes et les hommes, la bonne foi de l'employeur, ainsi que les motifs de défaillance dont l'employeur peut justifier : survenance de difficultés économiques, restructuration ou fusion en cours, existence d'une procédure collective en cours [C. trav., art. L. 1142-10 et D. 1142-11].

44

Quel est le montant de la pénalité financière encourue ?

La pénalité financière encourue est fixée au maximum à 1 % des rémunérations et gains versés aux salariés au cours de l'année civile précédant l'expiration du délai de trois ans qui est imparti à l'employeur pour se mettre en conformité [C. trav., art. L. 1142-10 et D. 1142-13].

C'est le Direccte qui fixe le montant de la pénalité en tenant compte des efforts constatés dans l'entreprise en matière d'égalité salariale entre les femmes et les hommes et des motifs à l'origine de la défaillance de l'entreprise [C. trav., art. L. 1142-10 et D. 1142-11].

Il adresse une décision motivée notifiant le taux de pénalité et demande à l'employeur de lui communiquer par retour les revenus d'activités servant de base au calcul de la pénalité dans un délai de deux mois. L'employeur doit veiller à répondre à cette demande car, à défaut, la pénalité est forfaitairement calculée sur la base de deux fois la valeur du plafond mensuel de la sécurité sociale par salarié de l'entreprise et par mois compris dans l'année civile précédant l'expiration du délai de mise en conformité [C. trav., art. D. 1142-14].

À NOTER

L'employeur qui se voit notifier une pénalité financière pour défaut de mise en conformité ne peut pas se voir également appliquer la pénalité financière prévue en l'absence d'accord ou de plan d'action sur l'égalité professionnelle, en l'absence de publication des indicateurs ou en l'absence de définition des mesures de correction [C. trav., art. L. 2242-8] (voir n° 51).

Information et consultation du comité social et économique et affichage

45 Existe-t-il des consultations et informations spécifiques du CSE en matière d'égalité entre les femmes et les hommes ?

■ Consultations du comité social et économique

Sous réserve d'un éventuel accord de méthode définissant la périodicité et le contenu des consultations récurrentes obligatoires du comité social et économique, l'employeur doit consulter chaque année le comité social et économique sur la question de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, dans le cadre de la consultation annuelle sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi [C. trav., art. L. 2312-22 et L. 2312-26].

Dans le cadre de cette consultation, l'employeur doit mettre à la disposition du comité social et économique [C. trav., art. L. 2312-26] :

- les informations et les indicateurs chiffrés sur la situation comparée des femmes et des hommes au sein de l'entreprise (voir ci-après les informations présentées dans la BDES) ;
- et l'accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes issu de la négociation obligatoire sur l'égalité professionnelle, ou à défaut, le plan d'action (voir n° 47 et s.).

Mesures d'accompagnement pour les entreprises de 50 à 250 salariés

Afin d'accompagner les entreprises de 50 à 250 salariés, les Direccte ont désigné des « référents régionaux » chargés d'aider les employeurs dans le calcul des indicateurs, et si nécessaire, dans la définition des mesures

adéquates et pertinentes de correction [C. trav., art. D. 1142-7].

La liste de ces référents régionaux est consultable sur le site du ministère du travail : <https://travail-emploi.gouv.fr>

REMARQUES

Dans le cadre du calcul des indicateurs, les salariés sont en principe regroupés par catégories socio-professionnelles (ouvriers, employés, techniciens et agents de maîtrise, ingénieurs et cadres). L'employeur a cependant la possibilité de répartir différemment les salariés, soit en appliquant la classification de branche, soit en optant pour une autre méthode de cotation des postes : la consultation préalable du comité social et économique est, dans ce cas, nécessaire.

■ Information du comité social et économique par la BDES

L'employeur doit mettre à disposition du comité social et économique, par le biais de la BDES, des informations spécifiques en matière d'égalité professionnelle [C. trav., art. L. 2312-18 et L. 2312-36].

Sous réserve d'un accord adaptant le contenu de cette base, il s'agit de présenter un diagnostic et une analyse de la situation comparée des femmes et des hommes pour chacune des catégories professionnelles de l'entreprise en matière :

- d'embauche,
- de formation,
- de promotion professionnelle,
- de qualification,
- de classification,
- de conditions de travail,
- de sécurité et de santé au travail,
- de rémunération effective,
- d'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale.

L'employeur doit également présenter une analyse :

- des écarts de salaires et de déroulement de carrière en fonction de l'âge, de la qualification et de l'ancienneté,

- de l'évolution des taux de promotion respectifs des femmes et des hommes par métiers dans l'entreprise,
- de la part des femmes et des hommes dans le conseil d'administration.

L'employeur doit en tout état de cause faire figurer dans la base les indicateurs relatifs à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, notamment sur les écarts de rémunération et les informations sur la méthodologie et le contenu des indicateurs [C. trav., art. L. 2312-18 et D. 1142-5].

46 Quels sont les textes que l'employeur doit afficher et diffuser en matière d'égalité entre femmes et hommes ?

L'employeur doit porter, par tout moyen, à la connaissance des personnes ayant accès aux lieux de travail et aux candidats à l'embauche, les textes des articles L. 3221-1 à L. 3221-7 du Code du travail relatifs à l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes, ainsi que les dispositions réglementaires prises pour l'application de ces articles [C. trav., art. R. 3221-2]. À défaut, il peut être condamné à une amende de 450 € [C. trav., art. R. 3222-3].

Il doit par ailleurs informer par tout moyen, dans les lieux de travail et dans les locaux ou à la porte des locaux où se fait l'embauche, le texte des articles 225-1 à 225-4 du Code pénal prohibant et sanctionnant les discriminations [C. trav., art. L. 1142-6].

Accord ou plan d'action en faveur de l'égalité femmes hommes

47 Quelles sont les obligations de négociation en matière d'égalité entre femmes et hommes ?

Dans les entreprises soumises à la négociation obligatoire, l'employeur est tenu d'engager au moins une fois tous les quatre ans une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes [C. trav., art. L. 2242-1].

En l'absence d'accord définissant la périodicité de cette négociation, celle-ci doit avoir lieu chaque année [C. trav., art. L. 2242-13, 2°].

Par ailleurs, dans le cadre de la négociation obligatoire sur les salaires, sous réserve d'un accord en définissant le contenu, les partenaires sociaux doivent aborder la question du suivi de la mise en œuvre des mesures visant à supprimer les écarts de rémunération et les différences de déroulement de carrière entre les femmes et les hommes [C. trav., art. L. 2242-15].

De surcroît, s'il n'existe pas d'accord collectif prévoyant des mesures visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, la négociation sur les salaires effectifs doit également porter sur la programmation de mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération et les différences de déroulement de carrière entre les femmes et les hommes [C. trav., art. L. 2242-3].

► Pour plus de détails sur la négociation obligatoire, voir *Social Pratique* Suppl. n° 726 « Négociation collective », juill. 2018.

À NOTER

Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, non soumises à l'obligation de négocier et non couvertes par une convention ou un accord de branche étendu relatif à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes (voir encadré p. 83), c'est à l'employeur qu'il appartient de prendre en compte les objectifs fixés en la matière, ainsi que les mesures permettant de les atteindre. Le Code du travail ne précise pas par quel moyen il doit le faire [C. trav., art. L. 1142-5].

Les dispositions d'ordre public imposent que la négociation porte notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération [C. trav., art. L. 2242-1].

Sous réserve d'un accord adaptant le contenu de la négociation, les thèmes spécifiques à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes à aborder dans le cadre de la négociation sont les suivants [C. trav., art. L. 2242-17] :

- l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle pour les salariés ;
- les objectifs et les mesures permettant d'atteindre l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, notamment en matière :
 - de suppression des écarts de rémunération,
 - d'accès à l'emploi,
 - de formation professionnelle,
 - de déroulement de carrière et de promotion professionnelle,
 - de conditions de travail et d'emploi, en particulier pour les salariés à temps partiel,
 - de mixité des emplois.

Lorsque le résultat des indicateurs relatifs à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes est inférieur à 75 points, la négociation doit également porter sur [C. trav., art. L. 1142-9] :

- les mesures adéquates et pertinentes de correction,
- et le cas échéant, la programmation annuelle ou pluriannuelle de mesures financières de rattrapage salarial.

Quelques soient les résultats des indicateurs, l'accord collectif doit fixer des objectifs de progression et des actions permettant de les atteindre portant sur au moins trois (pour les entreprises de moins de 300 salariés) et quatre (pour celles de 300 salariés et plus) des neuf domaines d'action que sont :

- l'embauche ;
- la formation ;
- la promotion professionnelle ;
- la qualification ;
- la classification ;
- les conditions de travail ;
- la sécurité et la santé au travail ;

- l'articulation entre l'activité professionnelle et l'exercice de la vie personnelle et familiale ;
- la rémunération effective, cette dernière devant obligatoirement être comprise dans les domaines d'action retenus.

Ces objectifs et ces actions doivent être accompagnés d'indicateurs chiffrés.

Ils doivent tenir compte des indicateurs relatifs à l'égalité professionnelle (voir n° 32), ainsi que des mesures de correction définies en vue de mettre l'entreprise en conformité [C. trav., art. R. 2242-2].

EXEMPLE En matière de promotion professionnelle :

- diagnostic du rapport de situation économique ou comparée : taux de féminisation de l'encadrement de 25% ;
 - objectif : atteindre un niveau de féminisation de l'encadrement au minimum de 30% à l'issue de l'application de l'accord ;
 - action : s'assurer chaque année que la proportion de femmes embauchées et promues en catégorie cadre soit au moins égale à celle des hommes ;
 - indicateur : pourcentage d'embauches et de promotions par sexe et par catégorie professionnelle/classification/métier d'une année sur l'autre.
-

ATTENTION

Les accords d'entreprise sur les salaires effectifs ne peuvent être déposés auprès de Direccte qu'accompagnés d'un procès-verbal d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes. Celui-ci doit consigner les propositions respectives des parties et attester que l'employeur a engagé sérieusement et loyalement les négociations [C. trav., art. L. 2242-6].

49 L'employeur est-il libre d'opter pour un plan d'action au lieu de négocier un accord ?

Dans les entreprises de 50 salariés et plus où aucun accord sur l'égalité femmes hommes n'a pu être conclu (en raison de l'absence de délégué syndical ou de l'échec de la négociation), l'employeur est tenu d'élaborer chaque année un plan d'action, faute de quoi il s'expose à une pénalité calculée en pourcentage des salaires [C. trav., art. L. 2242-3 et L. 2242-8].

Ce n'est que faute d'accord suite à la négociation engagée par l'employeur que ce dernier peut établir unilatéralement un plan d'action [Circ. DGT n° 2013-1, 18 janv. 2013]. Ainsi, dans les entreprises d'au moins 300 salariés, le défaut d'accord doit être attesté par un procès-verbal de désaccord [C. trav., art. L. 2242-8].

Négociation de branche sur l'égalité professionnelle

Préalablement à l'engagement de la négociation collective, l'employeur a tout intérêt à se référer à la convention en vigueur dans sa branche d'activité qui fixe le cadre en matière d'égalité femmes hommes.

Au niveau des branches, une négociation doit en effet se dérouler au moins une fois tous les quatre ans sur les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et sur les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées, ainsi que sur la mise à disposition d'outils aux entre-

prises pour prévenir et agir contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes [C. trav., art. L. 2241-1].

À défaut d'accord organisant la périodicité et le contenu de la négociation, les partenaires sociaux négocient :
– au moins une fois par an sur les salaires, en prenant en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, ainsi que les mesures permettant de l'atteindre [C. trav., art. L. 2241-8];
– tous les trois ans sur les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et sur les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées [C. trav., art. L. 2241-11]. Cette négociation porte notamment sur les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et sur les conditions de travail et d'emploi.

La mise en œuvre des mesures de rattrapage, lorsqu'elles portent sur des mesures salariales, est suivie dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire sur les salaires ;
– au moins une fois tous les cinq ans sur les classifications, en prenant en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes [C. trav., art. L. 2241-15].

À noter que l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes est une des matières dans lesquelles les stipulations de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large priment sur les dispositions des accords d'entreprise [C. trav., art. L. 2253-1]. La primauté n'est écartée qu'à la condition que la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes.

50 Quel doit être le contenu du plan d'action ?

Le plan d'action doit [C. trav., art. L. 2242-3] :

- évaluer les objectifs fixés et les mesures prises au cours de l'année écoulée ;
- déterminer les objectifs de progression prévus pour l'année à venir ;
- définir les actions qualitatives et quantitatives permettant d'atteindre ces objectifs, et évaluer le coût de ces actions.

Tout comme l'accord collectif sur l'égalité professionnelle, le plan d'action unilatéral doit porter sur au moins trois (pour les entreprises de moins de 300 salariés) ou quatre (pour celles de 300 salariés et plus) des neuf domaines d'action listés (voir n° 48).

Il doit fixer les objectifs de progression et les moyens de les atteindre, en accompagnant ceux-ci d'indicateurs chiffrés.

Le plan d'action doit être déposé auprès de la Direccte, par le biais de la plateforme de téléprocédure mise en place pour le dépôt des accords collectifs [C. trav., art. R. 2242-2-1].

51 Quelles sanctions l'employeur encourt-il s'il ne respecte pas ces obligations ?

■ Pénalité

Lorsqu'une entreprise d'au moins 50 salariés n'est pas couverte par un accord collectif ou, à défaut, un plan d'action, ou lorsqu'elle n'a pas publié ses indicateurs relatifs à l'égalité professionnelle pendant une ou plusieurs années consécutives (voir n° 42), ou lorsqu'elle n'a pas défini de mesures de corrections en cas de résultat insuffisant de mesure des écarts de rémunération (voir n° 43), elle encourt une pénalité financière [C. trav., art. L. 2242-8].

→ Mise en demeure et notification de la pénalité par la Direccte.

L'inspecteur ou le contrôleur du travail met en demeure l'employeur de remédier à cette situation dans un délai qu'il fixe en fonction de la nature du manquement et de la situation relevée dans l'entreprise et qui ne peut être inférieur à un mois, par tout moyen permettant de donner date certaine à sa réception [C. trav., art. R. 2242-3].

Si l'employeur n'est pas en mesure de communiquer les éléments apportant la preuve qu'il respecte bien la ou les obligations mentionnées dans la mise en demeure, il est tenu de justifier des motifs de sa défaillance. Il peut demander à être entendu [C. trav., art. R. 2242-4].

À l'issue du délai fixé par l'administration, la Direccte décide s'il y a lieu d'appliquer la pénalité et en fixe le taux [C. trav., art. R. 2242-5].

L'employeur reçoit de la Direccte (par tout moyen conférant date certaine de la réception) la notification motivée du taux de la pénalité qui lui est appliqué dans un délai de deux mois suivant la date d'expiration de la mise en demeure. Il doit communiquer en retour, et dans le délai de deux mois, le montant des gains et rémunérations qui vont servir de base au calcul de la pénalité. À défaut, celle-ci doit être calculée sur la base de deux fois la valeur du plafond mensuel de la sécurité sociale par mois compris dans la période (en 2019 : $2 \times 3\,377$ €, soit 6 754 € par mois) [C. trav., art. R. 2242-8].

→ Montant de la pénalité. Le montant maximal de la pénalité est fixé à 1 % des rémunérations et gains versés aux salariés au cours des périodes au titre desquelles l'entreprise ne respecte pas ses obligations en matière d'égalité professionnelle entre les femmes

et les hommes [C. trav., art. L. 2242-8]. Son montant effectif est fixé par le Direccte en fonction de divers éléments :

- les mesures prises par l'entreprise en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;
- la bonne foi de l'employeur ;
- les motifs de défaillance dont l'employeur a justifié. Peuvent être pris en compte pour diminuer le taux tous motifs indépendants de la volonté de l'employeur et, notamment, la survenance de difficultés économiques dans l'entreprise, les restructurations ou fusions en cours, l'existence d'une procédure collective en cours, ou encore le fait que le seuil de 50 salariés n'ait été franchi qu'au cours des 12 mois précédant celui de l'envoi de la mise en demeure [C. trav., art. R. 2242-6].

Les revenus d'activité servant de base au calcul de la contribution sont ceux du mois entier suivant le terme de la mise en demeure, sous réserve de la communication par l'employeur de ces éléments à la Direccte (voir ci-dessus). La pénalité est due pour chaque mois entier à compter de la mise en demeure et jusqu'à la réception par l'inspection du travail des éléments prouvant le respect par l'employeur de ses obligations en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes [C. trav., art. R. 2242-7].

■ Exclusion des marchés publics

Les entreprises de 50 salariés et plus qui n'ont pas respecté, au 31 décembre de l'année précédente, leur obligation de négocier sur les objectifs d'égalité professionnelle et salariale entre les deux sexes sont exclues de la procédure de passation des marchés publics [Code de la commande publique, art. L. 2141-4].

Plan pour l'égalité professionnelle

Il s'agit d'un plan négocié dans l'entreprise comportant des mesures qui visent à établir l'égalité des chances pour assurer l'égalité entre les femmes et les hommes [C. trav., art. L. 1143-1 et s.].

Contrairement à la négociation sur l'égalité professionnelle, obligatoire sous peine de sanction financière

(voir n° 47 et s.), cette négociation reste facultative. L'initiative en est laissée aux partenaires sociaux dans l'entreprise.

Si cette discussion n'aboutit pas à un accord, l'employeur peut mettre en œuvre, de façon unilatérale, le plan pour l'égalité professionnelle, sous réserve d'avoir préalablement consulté et recueilli l'avis du comité social et économique et de l'absence d'opposition de la Direccte [C. trav., art. L. 1143-2 et D. 1143-6].

Aucun contenu précis n'est imposé, par exemple, la négociation peut porter sur :

- l'embauche, certains postes de travail étant réservés aux femmes ;
- certaines formations, qui pourront être proposées aux seules femmes ;
- des objectifs de nomination de femmes à tels ou tels postes ;
- les conditions de travail : modification de l'environnement, des contraintes ou de l'organisation de tel ou tel atelier ou bureau, en vue d'y faire accéder des femmes.

À NOTER

Le non-respect des règles applicables en matière de négociation obligatoire expose également l'employeur à une peine d'emprisonnement d'un an et à une amende de 3 750 € [C. trav., art. L. 2243-1].

Aides de l'État

52 L'entreprise peut-elle être aidée pour réaliser un diagnostic de sa situation ?

Toute entreprise de moins de 300 salariés peut conclure avec l'État une convention lui permettant de recevoir une aide financière afin de faire procéder à une étude portant sur :

- sa situation en matière d'égalité professionnelle ;
- les mesures à prendre pour rétablir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes [C. trav., art. R. 1143-1].

Pour chaque convention, l'aide financière de l'État est au plus égale à 70 % des frais d'intervention, hors taxe, du consultant chargé de l'étude, sans pouvoir excéder 10 700 € [C. trav., art. D. 1143-4].

ATTENTION

Le comité social et économique doit être consulté sur le projet de convention, ainsi que sur l'étude réalisée et les suites à lui donner. L'étude doit également être communiquée aux délégués syndicaux et transmise au Direccte avec l'avis des représentants du personnel [C. trav., art. D. 1143-2 et D. 1143-5].

53 Comment fonctionne le contrat pour la mixité des emplois et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ?

Un contrat pour la mixité des emplois et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes peut être conclu entre l'État et l'employeur, après avis des organisations syndicales de salariés représentatives au plan national implantées dans l'entreprise si elles existent [C. trav., art. D. 1143-7 ; Circ. DGCS/SDFE/B3n° 2012-77, 17 févr. 2012].

→ Ce dispositif d'aide financière est ouvert à toutes les entreprises, sans condition d'effectif, sous réserve qu'elles aient :

- conclu un accord collectif de travail comportant des actions exemplaires en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;
- élaboré un plan pour l'égalité professionnelle ;
- ou encore adopté une ou plusieurs mesures en faveur de la mixité des emplois [C. trav., art. D. 1143-8].

→ Le contrat doit préciser :

- l'objet et la nature des engagements souscrits par l'employeur ;
- le montant de l'aide de l'État et ses modalités de versement ;
- les modalités d'évaluation et de contrôle de la réalisation des engagements souscrits [C. trav., art. D. 1143-9, D. 1143-10].

→ Le financement de l'État a pour objet de contribuer aux dépenses directement imputables à la réalisation du contrat. Sont ainsi éligibles au financement :

- les actions d'information, sensibilisation et de formation à l'égalité professionnelle du personnel et, plus particulièrement, du personnel d'encadrement. Elles peuvent être mises en œuvre pour favoriser l'accueil des salariées recrutées ou promues à des postes traditionnellement masculins ;
- les actions de formation liées au recrutement ou à la promotion de salariées permettant de développer la mixité des emplois et/ou l'accès de femmes aux postes à responsabilités (sont considérés comme des métiers peu féminisés ceux dans lesquels moins de 30% de femmes sont présentes) ;

Rescrit en matière d'égalité professionnelle

Pour s'assurer de la conformité de son accord ou de son plan d'action, l'employeur a la possibilité de saisir l'administration, dans le cadre d'une procédure de rescrit [C. trav., art. L. 2242-9].

Il doit adresser au Directe, par tout moyen conférant date certaine à sa réception, une demande comportant [C. trav., art. R. 2242-9] :

– la raison sociale de l'établissement, ses adresses postale et électronique le cas échéant,

- son numéro SIRET ;
- les références aux dispositions législatives ou réglementaires au regard desquelles la demande est à apprécier ;
- l'accord ou le plan d'action (accompagné, le cas échéant, du procès-verbal de désaccord à la suite de l'échec des négociations sur l'égalité professionnelle).

Dès réception de l'ensemble des éléments, l'administration dispose d'un délai de deux mois pour notifier sa décision sur la conformité [C. trav., art. R. 2242-10]. Son silence vaut rejet de la demande de l'employeur [C. trav., art. L. 2242-9].

La réponse de conformité de l'accord ou du plan aux dispositions

législatives donnée par le Directe lie celui-ci. Il ne pourra pas appliquer de pénalité pendant la période comprise entre la date de réception de la réponse par l'employeur et :

- le terme de la périodicité de renégociation sur le thème de l'égalité professionnelle, si l'entreprise est couverte par un accord sur l'égalité professionnelle ;
- le terme de la première année suivant le dépôt du plan d'action, si l'entreprise est couverte par un plan d'action.

Attention : si l'entreprise fait l'objet d'un contrôle sur le respect des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, elle ne peut pas engager de procédure de rescrit.

– l'aménagement des postes de travail (destiné à améliorer leur ergonomie afin de les rendre plus accessibles et attractifs aux femmes) et des locaux (sanitaires séparés, etc.) [Circ. DGCS/SDFE/B3 n° 2012-77, 17 févr. 2012].

La participation de l'État est fixée dans la limite maximale de :

- 50 % du coût d'investissement en matériel lié à la modification de l'organisation et des conditions de travail ;
- 30 % des dépenses de rémunération exposées par l'employeur pour les salariés bénéficiant d'actions de formation pendant la durée de la réalisation du plan pour l'égalité professionnelle (sont exclues de l'aide éventuelle les augmentations de rémunérations, quelles qu'en soient les modalités, acquises par les salariés du fait de la réalisation du plan) ;
- 50 % des autres coûts [C. trav., art. D. 1143-12].

→ Le comité social et économique doit être régulièrement informé de l'exécution des engagements souscrits par l'employeur dans le contrat [C. trav., art. D. 1143-16].

L'employeur doit réaliser et transmettre au Direccte et au chargé de mission départemental aux droits des femmes et à l'égalité :

- un compte-rendu de l'exécution des engagements souscrits selon les modalités prévues au contrat [C. trav., art. D. 1143-17] ;
- au terme du contrat, une évaluation des engagements souscrits et des mesures concrètes mises en œuvre [C. trav., art. D. 1143-18].

→ En cas de non-respect par l'entreprise du contrat pour la mixité des emplois et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'aide de l'État fait l'objet d'un ordre de reversement [C. trav., art. D. 1143-15].

À NOTER

Un plan de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) peut comprendre des actions favorisant l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, en particulier grâce à des mesures améliorant l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale [C. trav., art. D. 5121-4]. La recherche de l'égalité professionnelle peut donc entrer dans le cadre d'un tel plan et par conséquent ouvrir droit au dispositif d'appui et à l'aide financière de l'État prévus à ce titre [C. trav., art. L. 5121-3].

Moyens d'action contre les inégalités

Alerte interne

54 Quel rôle les représentants du personnel peuvent-ils jouer en matière d'égalité ?

Les membres du comité social et économique, que l'entreprise emploie plus ou moins de 50 salariés ont pour mission, notamment :

- de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires et à l'application du Code du travail et des conventions et accords en vigueur dans l'entreprise ;
- de saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions légales dont elle est chargée d'assurer le contrôle [C. trav., art. L. 2312-5 et L. 2312-8].

Les membres du comité social et économique peuvent donc recevoir les réclamations des salariés en matière de salaire afin de les présenter à l'employeur. Ils peuvent aussi saisir l'inspecteur du travail de toute question touchant aux discriminations ou à l'égalité dans l'entreprise.

55 Un membre du comité social et économique peut-il faire usage de son droit d'alerte en cas de discrimination ?

Un membre du comité social et économique peut exercer son droit d'alerte face à une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise pouvant notamment résulter d'une discrimination constatée en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclasse-

ment, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement [C. trav., art. L. 2312-59].

REMARQUE

Le représentant du personnel peut même faire usage de ce droit pour lui-même lorsqu'il s'estime victime de discrimination [Cass. soc., 26 mai 1999, n° 97-40.966].

L'employeur doit alors procéder sans délai à une enquête avec le membre de la délégation du personnel du comité et prendre les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation. En cas de carence de l'employeur ou de divergence d'appréciation, le salarié concerné peut saisir le juge des référés du conseil de prud'hommes afin qu'il ordonne, éventuellement sous astreinte, toutes les mesures propres à faire cesser cette atteinte. Cette action peut également être exercée par le membre du comité social et économique dès lors que le salarié, averti par écrit, ne s'y oppose pas.

56 L'employeur peut-il sanctionner un salarié qui ne respecte pas les principes d'égalité et de non-discrimination ?

Un tel comportement constitue une faute pouvant justifier une sanction [Cass. soc., 5 déc. 2018, n° 17-14.594]. Pour le moins, un rappel à l'ordre s'impose. L'employeur ne doit pas tolérer les comportements contraires à la loi qui peuvent se développer au sein de l'entreprise. La sanction doit varier en fonction de la gravité des faits et aussi du niveau hiérarchique et des responsabilités de la personne intéressée. Si certains propos, même tenus dans l'entreprise, peuvent ne faire l'objet que d'une observation verbale, dès lors qu'il ne s'agit pas d'injures ou de diffamation, l'adoption par un DRH ou un chef de service d'une attitude discriminatoire est particulièrement grave en raison des pouvoirs qu'il détient sur l'embauche et le déroulement de la carrière des salariés.

EXEMPLE Un directeur pourra être licencié – dans certains cas pour faute grave – s'il fait preuve de favoritisme et commet des actes discriminatoires à l'encontre de certains personnels [Cass. soc., 16 déc. 2009, n° 08-43.492; Cass. soc., 5 juill. 2011, n° 10-15.980].

57 Un dispositif d'alerte interne peut-il être prévu ?

■ Dénonciation de faits de discrimination

Un dispositif d'alerte professionnelle est un système mis en place à l'intérieur de l'entreprise afin d'inciter ses employés à signaler

des problèmes pouvant sérieusement affecter l'activité de cette dernière ou engager gravement sa responsabilité. Il peut s'agir, par exemple, d'un numéro de téléphone ou d'une adresse électronique particulière à contacter pour rapporter certains faits de cette nature. Les alertes recueillies sont ensuite vérifiées, dans un cadre confidentiel, et permettent à l'employeur de décider, en connaissance de cause, des mesures correctives à prendre. Le champ d'application du dispositif, défini par l'employeur, doit être restreint. Il ne saurait avoir une portée générale et viser le respect de l'ensemble des dispositions législatives ou réglementaires ou des règles internes. Il s'agit par cette limitation d'éviter que le dispositif ne se transforme en système organisé et général de délation sur les lieux de travail. Parmi les faits pouvant être dénoncés, figurent ceux mettant en jeu l'intégrité physique ou morale des employés dont le harcèlement moral ou sexuel et les discriminations.

■ Conditions de mise en place

Un tel dispositif ne peut être mis en place dans l'entreprise sans que le comité social et économique ait été préalablement consulté [C. trav., art. L. 2312-38]. Il doit également être porté préalablement et individuellement à la connaissance des salariés [C. trav., art. L. 1222-4].

À NOTER

En application du RGPD (règlement général sur la protection des données), l'employeur qui met en place un tel dispositif doit communiquer aux salariés les informations suivantes :

- les finalités poursuivies par le traitement auquel les données sont destinées ;
- le droit d'introduire une réclamation auprès de la Cnil, ainsi que les coordonnées de la Cnil ;
- les coordonnées du délégué à la protection des données de l'entreprise s'il a été mis en place ;
- le droit de demander l'accès aux données, leur rectification, leur effacement, ainsi que la limitation du traitement de données.

Dans la mesure où le dispositif d'alerte est susceptible de comporter un risque pour les droits et libertés des personnes visées, il doit logiquement être inscrit au sein du registre des activités de traitement mis en place conformément au RGPD, quel que soit l'effectif de l'entreprise [Règl. UE n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 30].

Une analyse d'impact relative à la protection des données est également requise [Délib. Cnil, n° 2018-327, 11 oct. 2018], dans la mesure où le dispositif comporte des risques importants pour le lanceur d'alerte (risque de représailles, de discrimination, de mesures disciplinaires pour avoir dénoncé les faits) et pour la personne mise en cause (risque de dénonciation calomnieuse).

À NOTER

La Cnil avait mis en place une décision unique d'autorisation pour les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle [Autorisation unique n° AU-004; Délib. Cnil n° 2005-305, 8 déc. 2005; Délib. Cnil n° 2017-191, 22 juin 2017; www.cnil.fr]. Compte tenu de l'entrée en vigueur du RGPD, ce dispositif d'autorisation a disparu depuis le 25 mai 2018. La Cnil définit actuellement de nouveaux référentiels actualisant ces anciennes autorisations. En matière d'alerte professionnelle, l'élaboration du référentiel est en cours. Le projet de référentiel reprend en les mettant à jour, les principales dispositions existant avant le RGPD. Le dispositif doit ainsi notamment :

- répondre à une obligation légale ou à un intérêt légitime ;
- l'émetteur de l'alerte professionnelle doit s'identifier, mais son identité doit être traitée de façon confidentielle par le gestionnaire des alertes. Par exception, l'alerte peut rester anonyme notamment si la gravité des faits est établie ;
- les données personnelles recueillies ne doivent être accessibles qu'aux personnes habilitées à en connaître, au regard de leurs attributions ;
- une sous-traitance est possible, sous réserve que le prestataire présente des garanties suffisantes. Un contrat définissant les caractéristiques du traitement et les différentes obligations des parties en matière de protection des données doit être établi ;
- les données considérées comme n'entrant pas dans le champ du dispositif d'alerte par le responsable du traitement, doivent être en principe immédiatement détruites ;
- si l'alerte n'est pas suivie d'une procédure disciplinaire ou judiciaire, les données relatives à l'alerte doivent être détruites ou archivées, après anonymisation à bref délai, dans un délai de deux mois à compter de la clôture des opérations de vérification ;
- si une procédure disciplinaire ou contentieuse est engagée à l'encontre de la personne mise en cause ou de l'auteur d'une alerte abusive, les données relatives à l'alerte doivent en principe être conservées jusqu'au terme de la procédure et expiration des voies de recours ;
- le responsable du traitement doit informer la personne visée par l'alerte dès l'enregistrement de celle-ci, de données la concernant afin de lui permettre de s'opposer au traitement de ses données. L'information doit notamment porter sur les faits reprochés. Par exception, des dérogations à cette information peuvent être définies lorsque celle-ci est susceptible de compromettre gravement la réalisation des objectifs du traitement. Tel est le cas si l'information de la personne mise en cause dans le cadre de l'alerte risque de faire échec à la prise de mesures conservatoires permettant de prévenir la destruction de preuves relatives à l'alerte.

Interventions extérieures

Inspecteur du travail

58 Le salarié peut-il saisir l'inspecteur du travail ?

Tout salarié qui s'estime victime de discrimination ou d'une inégalité de traitement peut saisir l'inspecteur du travail qui jugera de l'opportunité ou non d'intervenir. La même possibilité est ouverte aux membres du comité social et économique agissant dans le cadre de leur mission générale ou de leur droit d'alerte (voir n° 54 et s.).

59

Comment l'inspecteur du travail peut-il intervenir dans l'entreprise ?

Qu'il agisse à la demande d'un salarié, d'un membre du comité social et économique ou de sa propre initiative, l'inspecteur du travail, chargé de veiller à l'application des dispositions du Code du travail et des conventions et accords collectifs, peut, lors de ses visites dans l'entreprise, constater les infractions commises [C. trav., art. L. 8112-1].

Il peut exiger de l'employeur qu'il lui communique tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de constituer une discrimination, une violation de l'égalité entre les femmes et les hommes ou des règles du droit syndical [C. trav., art. L. 8113-4 et L. 8113-5].

Il a accès aux registres et documents obligatoires tels que ceux relatifs à l'égalité professionnelle (par exemple, l'accord collectif ou, à défaut, le plan d'action sur l'égalité professionnelle, le calcul des indicateurs d'égalité professionnelle entre hommes et femmes, les données relatives à l'égalité professionnelle présentées dans la base de données économiques et sociales).

Il peut exiger communication des différents éléments qui concourent à la détermination des rémunérations dans l'entreprise, notamment des normes, catégories, critères et bases de calcul. Il peut procéder à une enquête contradictoire au cours de laquelle l'employeur et les salariés intéressés peuvent se faire assister d'une personne de leur choix [C. trav., art. R. 3221-1].

ATTENTION

Le fait de ne pas communiquer les éléments qui concourent à la détermination des rémunérations dans l'entreprise est puni de 450 € d'amende [C. trav., art. R. 3222-2].

Défenseur des droits

60

Quel est le rôle du Défenseur des droits ?

Le Défenseur des droits est une autorité indépendante chargée de veiller à la protection des droits et des libertés et de promouvoir l'égalité. Il a notamment pour mission de lutter contre les discriminations, directes ou indirectes et de promouvoir l'égalité

[L. n° 2011-333, 29 mars 2011 ; D. n° 2011-904, 29 juill. 2011]. Son site internet est le suivant : www.defenseurdesdroits.fr

61 Par qui et comment le Défenseur des droits peut-il être saisi ?

Le Défenseur des droits peut être saisi par toute personne qui s'estime victime d'une discrimination, directe ou indirecte. Il peut également l'être par toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits et dont l'objet est de combattre les discriminations ou d'assister les victimes de celles-ci. Dans ce cas, l'accord de la victime est nécessaire.

ATTENTION

La saisine du Défenseur des droits n'interrompt pas et ne suspend pas les délais de prescription des actions en matière civile et pénale et en matière de recours administratifs et contentieux.

La saisine s'effectue directement et gratuitement par courrier postal comportant les éléments de la réclamation, par voie électronique, à l'aide des pages consacrées aux réclamations sur le site internet de l'autorité, ou bien auprès d'un délégué, dont la liste par département figure sur le site internet.

REMARQUE

La réclamation peut aussi être adressée à un député, un sénateur ou un représentant français au Parlement européen, qui la transmettra au Défenseur des droits s'il estime qu'elle appelle son intervention. Le Défenseur des droits peut également se saisir d'office de cas de discrimination dont il a connaissance. La victime (ou ses ayants droit) doit être avertie et ne pas s'opposer à cette intervention. Dans tous les cas, le Défenseur des droits apprécie si les faits qui font l'objet d'une réclamation ou qui lui sont signalés appellent une intervention de sa part. Si c'est le cas, il assiste la personne concernée dans la constitution de son dossier et l'aide à identifier les procédures adaptées à son cas.

62 Comment le Défenseur des droits peut-il intervenir dans l'entreprise ?

Le Défenseur des droits peut demander des explications à toute personne physique ou morale mise en cause devant lui (dont l'employeur). Ces personnes peuvent se faire assister d'un avocat. Un procès-verbal contradictoire de l'audition est dressé et remis à la personne entendue.

Il peut se faire communiquer toutes informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission sans que, le cas échéant, leur caractère secret ou confidentiel ne puisse lui être opposé (sauf en matière de secret

concernant la Défense nationale, la sûreté de l'État ou la politique extérieure et à certaines conditions pour les informations couvertes par le secret médical ou par le secret professionnel). Lorsque ses demandes d'information, d'explication ou de documents ne sont pas suivies d'effet, il peut mettre en demeure les personnes intéressées de lui répondre dans un délai qu'il fixe. Si la mise en demeure n'est pas suivie d'effet, le juge des référés peut être saisi.

Le Défenseur des droits peut, en outre, faire procéder à des vérifications sur place, notamment dans les locaux professionnels. Il peut aussi demander à entendre toute personne susceptible de fournir des informations. En cas d'opposition du responsable des lieux, le juge des référés peut être saisi. Le responsable des locaux privés, qui doit être préalablement informé, peut s'opposer à la visite. Dans ce cas, la visite ou la vérification sur place ne peut se dérouler que sur autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance (qui devient le tribunal judiciaire à compter du 1^{er} janvier 2020) qui statue dans les 48 heures. À noter, toutefois, que lorsque l'urgence, la gravité des faits à l'origine du contrôle ou le risque de destruction ou de dissimulation de documents le justifient, la visite peut avoir lieu sans que le responsable des locaux en ait été informé, sur autorisation préalable du juge des libertés et de la détention, sans opposition possible. La visite s'effectue alors en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant, qui peut se faire assister d'un conseil de son choix ou, à défaut, en présence de deux témoins.

63 Sur quoi l'action du Défenseur des droits peut-elle déboucher ?

■ Recommandations

Le Défenseur des droits peut formuler des recommandations si elles lui apparaissent de nature à garantir le respect des droits et libertés de la personne lésée et à régler les difficultés soulevées devant lui ou à en prévenir le renouvellement. Il peut notamment recommander de régler en équité les situations dont il est saisi. Mais si la recommandation formulée n'est pas suivie d'effet, il peut enjoindre à la personne mise en cause de prendre, dans un délai déterminé, les mesures nécessaires.

■ Médiation, transaction

Le Défenseur des droits peut aussi procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation, ou

bien proposer à l'auteur de la réclamation et à la personne mise en cause de conclure une transaction pénale (voir ci-dessous).

■ Intervention devant les autorités judiciaires

Le Défenseur des droits peut présenter des observations écrites ou être entendu par toute juridiction saisie d'un problème de discrimination, qu'elle soit civile, administrative ou pénale. Son audition est alors de droit. Il peut aussi être invité par le tribunal saisi, agissant de sa propre initiative ou à la demande des parties, à présenter des observations écrites ou orales. Lorsque les faits portés à la connaissance du Défenseur des droits sont constitutifs d'un crime ou d'un délit, il en informe le procureur de la République.

■ Saisine ou consultation d'autres autorités de l'État

Le Défenseur des droits peut encore saisir l'autorité investie du pouvoir d'engager les poursuites disciplinaires ou le préfet des faits dont il a connaissance et qui lui paraissent de nature à justifier une sanction.

REMARQUE

Il a également la possibilité de consulter le Conseil d'État lorsqu'il est saisi d'une réclamation, non soumise à une autorité juridictionnelle, qui soulève une question touchant à l'interprétation ou à la portée d'une disposition législative ou réglementaire, ainsi que de recommander aux pouvoirs publics de procéder aux modifications législatives ou réglementaires qui lui apparaissent utiles.

■ Amende transactionnelle

Cette solution ne peut être proposée aux parties que si les faits n'ont pas déjà donné lieu à la mise en mouvement de l'action publique. Dans ce cas, le Défenseur des droits peut proposer à l'auteur de la discrimination une transaction consistant dans le versement d'une amende transactionnelle. Le montant de celle-ci est fixé en fonction de la gravité des faits, des ressources et des charges de l'auteur des faits. Il inclut des dommages et intérêts dus à la victime. Son montant maximal est de 3 000 € s'il s'agit d'une personne physique et de 15 000 € s'il s'agit d'une personne morale [L. n° 2011-333, 29 mars 2011, art. 28]. La personne à qui est proposée une transaction est informée qu'elle peut se faire assister par un avocat avant de donner son accord à la proposition du Défenseur des droits.

À NOTER

La transaction doit être homologuée par le procureur de la République.

La transaction peut également consister dans l'une des mesures suivantes :

- l'affichage d'un communiqué dans certains lieux et pour une durée de deux mois au plus ;
- la transmission, pour information, d'un communiqué au comité social et économique ;
- l'obligation de publier la décision au sein de l'entreprise ;
- la diffusion d'un communiqué au Journal officiel ou dans une ou plusieurs autres publications de presse, ou par la voie de services de communication électronique.

En cas de refus de la proposition de transaction ou d'inexécution d'une transaction homologuée par le procureur de la République, le Défenseur des droits peut mettre en mouvement l'action publique.

À NOTER

Les actes tendant à la mise en œuvre ou à l'exécution de la transaction interrompent la prescription de l'action publique. L'exécution de la transaction éteint l'action publique. La partie civile conserve toutefois le droit de délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel. Celui-ci ne statue alors que sur les seuls intérêts civils.

Actions en justice et sanctions

Actions en justice

64

Vers quel tribunal se tourner en matière de discrimination et d'égalité ?

Toute action individuelle en matière d'égalité (qu'elle soit fondée sur le principe général d'égalité entre salariés ou sur les dispositions relatives à l'égalité entre les femmes et les hommes) doit être portée devant le conseil de prud'hommes. C'est également lui qui est compétent pour connaître de tout litige relatif à une discrimination, même si celle-ci a eu lieu à l'occasion d'une procédure de recrutement, alors qu'aucun contrat de travail n'était encore signé [Cass. soc., 20 déc. 2006, n° 06-40.864]. Le juge est saisi selon les

Autres initiatives pour lutter contre les discriminations

→ **Négociation collective.** Un accord national interprofessionnel relatif à la diversité dans l'entreprise prévoit différentes actions prioritaires parmi lesquelles [ANI 12 oct. 2006 étendu par Arr. 22 févr. 2008] :

- la sensibilisation des chefs d'entreprise, des lignes hiérarchiques, des salariés et de leurs représentants aux problèmes posés par les discriminations ;
- la réalisation d'outils de communication et de formation adaptés aux caractéristiques des entreprises et destinés à promouvoir la diversité et l'égalité des chances et de traitement et à lutter contre les discriminations ;

- la mobilisation des branches et des entreprises pour identifier les stéréotypes et les démystifier, ainsi que la prise de conscience collective des atouts de la diversité ;
- la nécessité d'adopter pour le recrutement et pour l'évolution professionnelle des critères qui soient strictement fondés sur les compétences et les capacités professionnelles, appréciées objectivement et en dehors de tout présupposé tenant à l'apparence physique, au nom de famille, au lieu de résidence ou de naissance.

→ **Élections professionnelles.** Pour chaque collège électoral, les listes de candidats comportant plusieurs candidats doivent être composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale. En outre, les listes

doivent être composées alternativement d'un candidat de chaque sexe, jusqu'à épuisement des candidats d'un des sexes [C. trav., art. L. 2314-30].

→ **Label « diversité ».** Il vise à promouvoir la diversité et à prévenir les discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines. Il est attribué, pour trois ans, par Afnor Certification aux entreprises qui en font la demande, après avis d'une commission [D. n° 2008-1344, 17 déc. 2008].

À noter : le « CV anonyme » n'aura finalement jamais vu le jour. Bien que l'obligation d'y recourir ait été intégrée au Code du travail en 2006, faute de publication du décret nécessaire, la mesure n'est jamais entrée en vigueur et a finalement été supprimée [L. n° 2015-994, 17 août 2015, art. 48].

règles normales de procédure applicables devant le conseil de prud'hommes. Toutefois, le salarié bénéficie d'un régime particulier de la preuve (voir nos 66 et s.). Le salarié pourra obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi et, dans certains cas, l'annulation de la décision prise à son encontre ou de la disposition incriminée (voir nos 74 et s.).

En cas d'urgence, et en l'absence de toute contestation sérieuse, le salarié peut également saisir la formation de référé du conseil de prud'hommes pour obtenir, par exemple, sa réintégration après un licenciement discriminatoire et une provision sur dommages et intérêts.

Par ailleurs, une action de groupe peut être exercée devant le Tribunal de grande instance (qui devient le tribunal judiciaire à compter du 1^{er} janvier 2020) (voir n° 73).

65 Dans quel délai le salarié doit-il agir ?

Toutes les actions fondées sur une inégalité salariale ou de traitement sont soumises à une prescription de cinq ans [C. trav., art. L. 1134-5 et L. 1471-1]. Le même délai de prescription de cinq ans est applicable à l'action en réparation du préjudice résultant d'une

discrimination. Ce délai, qui court à compter de la révélation de la discrimination, n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel. En revanche, les dommages et intérêts octroyés au salarié peuvent réparer l'intégralité du préjudice qui résulte de la discrimination, pendant toute sa durée [C. trav., art. L. 1134-5].

À NOTER

Quelque soit le moment de révélation de la discrimination, qui marque le début du délai de cinq ans, a priori le droit d'agir à l'encontre de cette discrimination s'éteint tout de même au bout de 20 ans [C. civ., art. 2232].

66 Qui doit prouver qu'il y a bien discrimination ou inégalité de traitement ?

En cas de discrimination, comme en cas de rupture d'égalité, le régime de la preuve facilite l'action du salarié [C. trav., art. L. 1134-1, L. 1144-1 et L. 3221-8; Cass. soc., 6 janv. 2010, n° 08-42.626]. La preuve de l'inégalité de traitement se déroule en deux temps :

→ **dans un premier temps**, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise n'est tenu que de « présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » ou susceptible de caractériser une violation du principe d'égalité. Il n'est donc pas tenu d'établir la preuve de la discrimination ou de la rupture d'égalité [Cass. soc., 6 juill. 2011, n° 10-13.960]. Ainsi, peut-il se borner à présenter des éléments (bulletins de paye par exemple) mettant en évidence une disparité de situation, une différence de traitement, un comportement de l'employeur ou de son représentant, susceptibles d'être le résultat d'une attitude répréhensible de l'employeur (voir n° 67) ;

→ **dans un second temps**, au vu de ces éléments, il appartient à l'employeur de « prouver » que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (voir n° 68).

→ **au final**, le juge forme sa conviction après avoir ordonné toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles (voir n° 69).

67 Quels types d'éléments le salarié peut-il apporter ?

Si le salarié n'est pas tenu d'établir la preuve du comportement discriminatoire ou inégalitaire qu'il invoque, il doit néanmoins

apporter des faits précis. De simples allégations ou des attestations rédigées en termes très généraux ne seront pas jugées suffisantes [Cass. soc., 17 déc. 2008, n° 07-42.205; Cass. soc., 20 oct. 2010, n° 08-19.748].

Le salarié peut s'appuyer, par exemple, sur :

- tout document en sa possession ou circulant dans l'entreprise de nature à rendre vraisemblable l'existence d'une discrimination (notes internes, bulletins de paye, fiches d'évaluation, courriers reçus de l'employeur, messages électroniques) ;
- des témoignages et attestations de salariés ou anciens salariés ;
- les refus opposés par l'employeur à ses demandes (demande de changement de poste, de formation, etc.) ;
- ses fiches d'évaluation faisant référence aux activités prud'homales et syndicales et aux perturbations que cela entraîne [Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 08-40.988] ;
- les sanctions disciplinaires prononcées contre lui, même si elles ont été amnistiées [Cass. avis, 21 déc. 2006, n° 06-00.014] ;
- l'existence dans l'entreprise de grilles de rémunération distinctes pour les hommes et pour les femmes [Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-15.198] ;
- l'absence de toute évaluation professionnelle le concernant alors que les autres salariés en bénéficient ;
- la chronologie de certains faits [Cass. soc., 28 juin 2018, n° 16-28.511 : en l'occurrence, une proposition de réduction du temps de travail était intervenue après deux arrêts de travail pour fécondation in vitro, et annonce d'une troisième arrêt à venir].

Le contenu des informations fournies dans la base de données économiques et sociales, les données fournies dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire, ainsi que les informations contenues dans le registre unique du personnel peuvent également être exploités pour étayer la demande. De même, les procès-verbaux et rapports éventuellement dressés par l'inspecteur du travail peuvent être pris en compte par les juges [Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-27.261].

ATTENTION

Le salarié ne peut faire état que de documents qui lui sont personnels ou dont il a eu normalement connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et qui sont strictement nécessaires à sa défense dans le litige l'opposant à son employeur [Cass. soc., 31 mars 2015, n° 13-24.410]. Il ne peut donc pas présenter des documents frauduleusement soustraits à ce dernier [Cass. soc., 2 déc. 1998, n° 96-44.258], mais il peut produire des documents protégés par le secret professionnel [Cass. soc., 18 nov. 2009, n° 08-42.498]. Quant aux bulletins de salaire d'autres salariés, ils ne peuvent être utilisés comme preuve qu'avec leur accord. Ainsi, constitue une faute grave justifiant le licenciement immédiat le fait pour un salarié de s'être emparé de la fiche de paye d'un collègue, à son insu afin d'en faire usage auprès de l'inspection du travail [Cass. soc., 1^{er} févr. 2011, n° 09-67.959].

Face au salarié qui a présenté des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination, il incombe à l'employeur de prouver que les décisions prises, considérées comme discriminatoires par le salarié, sont en fait justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination [Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-15.792]. Il pourra ainsi :

- faire état de critères professionnels justifiant la différence de traitement dénoncée ;
- contester le choix des salariés auxquels l'intéressé se compare [Cass. soc., 5 mai 2011, n° 10-14.413] ;
- démontrer qu'il s'appuie bien, pour évaluer le travail, sur la qualité des prestations fournies et non, par exemple, sur les absences dues au mandat exercé [Cass. soc., 29 sept. 2010, n° 09-41.353] ;
- invoquer des difficultés financières ou la taille réduite de l'entreprise limitant les possibilités d'évolution de carrière [Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 08-40.345].

Il peut encore établir que le salarié a vu sa carrière stagner de son propre fait, ayant toujours manifesté la volonté de rester dans son emploi, alors qu'il a été informé par l'employeur, comme l'ensemble du personnel, des opportunités d'emploi qui auraient pu lui permettre d'évoluer [Cass. soc., 6 juill. 2010, n° 09-41.354].

En tout état de cause, les éléments objectifs apportés par l'employeur pour expliquer la disparité constatée doivent être étrangers à toute discrimination. L'employeur ne peut donc pas, pour se justifier, invoquer les absences fréquentes du salarié en raison du mandat représentatif exercé [Cass. soc., 5 nov. 2009, n° 08-44.400]. De même, la justification d'un retard de carrière par des absences pour maladie (et a fortiori en raison de maternités) est discriminatoire [Cass. soc., 28 janv. 2010, n° 08-44.486].

Le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis, d'une part, par le salarié et, d'autre part, par l'employeur, et ce après avoir ordonné, si besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles [C. trav., art. L. 1134-1, L. 1144-1 et L. 3221-8]. Le juge saisi peut ainsi confier à un conseiller rapporteur le soin de rechercher, par exemple, les éléments de comparaison nécessaires, en sommant

Action préalable devant le juge des référés

Le juge des référés peut être sollicité avant tout procès pour que des mesures d'instruction soient ordonnées en vue de conserver ou établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la

solution d'un litige [C. proc. civ., art. 145]. Cette procédure est utile en matière de discrimination ou d'inégalité salariale, dans la mesure où elle permet d'obtenir la délivrance par l'employeur d'éléments de comparaison permettant au salarié de prouver la discrimination ou l'inégalité de traitement dont

il est victime : contrats de travail, bulletins de paye, tableaux d'avancement, de promotion, récapitulatif de primes versées [Cass. soc., 19 déc. 2012, n° 10-20.526].

Attention cependant, cette procédure doit être engagée « avant tout procès ». À défaut, une telle demande encourt le rejet.

au besoin l'entreprise de fournir certains documents. Une mission d'expertise peut également être décidée.

Ainsi, lorsque le salarié aura, par les éléments apportés, rendu la discrimination vraisemblable, la situation décrite ne sera pas déterminante si elle est contredite par la démonstration de l'employeur ou le résultat d'une mesure d'instruction [Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-15.792].

70

Comment le salarié qui réagit contre un comportement discriminatoire ou un traitement inégalitaire est-il protégé ?

■ Protection en cas d'action en justice

Tout licenciement dont il apparaît qu'il a été prononcé en rétorsion à une action en justice introduite par le salarié est nul. La Cour de cassation juge qu'il s'agit d'une atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice [Cass. soc., 3 févr. 2016, n° 14-18.600; Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 15-10.263; Cass. soc., 21 nov. 2018, n° 17-11.122; C. trav., art. L. 1134-4, L. 1144-3].

À NOTER

Toutefois, en cas de pluralité de motifs de licenciement, si l'un des griefs reprochés au salarié porte atteinte à une liberté fondamentale, ce qui est le cas du droit d'agir en justice, la rupture encourt la nullité mais le juge doit examiner l'ensemble des griefs énoncés, pour en tenir compte, le cas échéant, dans l'évaluation de l'indemnité à allouer au salarié [C. trav., art. L. 1235-2-1].

Lorsque le licenciement est déclaré nul, la réintégration est de droit et le salarié est regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi [C. trav., art. L. 1132-4 et L. 1144-3].

Si le salarié, comme il en a le droit, refuse de poursuivre l'exécution du contrat de travail, c'est-à-dire d'être réintégré, le conseil de prud'hommes lui alloue :

- une indemnité qui ne peut pas être inférieure aux salaires des six derniers mois ;
- et une indemnité correspondant aux indemnités de rupture si celles-ci n'ont pas déjà été versées (voir n° 74).

■ Protection générale en cas de discrimination

Aucune décision défavorable à une personne ne peut être fondée sur sa soumission ou son refus de se soumettre à une discrimination prohibée [L. n° 2008-496, 27 mai 2008, art. 3]. D'application générale, ce texte se superpose à la règle protégeant le salarié qui saisit le juge pour dénoncer un comportement discriminatoire (voir ci-dessus).

À NOTER

Le champ d'application de cette protection doit toutefois être bien précisé :

- ce texte ne trouve à s'appliquer qu'en matière de discrimination ;
- il ne vise pas seulement le licenciement mais toute « décision défavorable », c'est-à-dire toute mesure de rétorsion quelle qu'elle soit (brimades, sanction disciplinaire, gel de l'avancement, etc.) ;
- la protection résultant de ce texte joue même si aucune action en justice n'a été engagée. Sont en effet visés la soumission ou le refus de se soumettre à une discrimination.

Il est à noter par ailleurs que l'interdiction n'est assortie d'aucune sanction spécifique. En particulier, la nullité de la décision prise n'est pas prévue. Le juge saisi sur la base de ce texte ne pourra donc pas annuler la mesure jugée discriminatoire, il ne pourra qu'accorder des dommages et intérêts dont il appréciera librement le montant.

Par ailleurs, la loi protège de manière générale tout salarié qui relate des agissements discriminatoires (voir n° 71).

71 Une protection particulière est-elle prévue en faveur des témoins d'agissements discriminatoires ?

Une protection existe, mais elle ne concerne que les cas de discrimination. Ici encore, deux règles se superposent :

- aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné d'agissements discriminatoires, ou pour les avoir relatés [C. trav., art. L. 1132-3] ;
- aucune personne ayant témoigné de bonne foi d'un agissement discriminatoire ou l'ayant relaté ne peut être traitée défavorablement de ce fait [L. n° 2008-496, 27 mai 2008, art. 3].

Il résulte de ce dispositif que le fait d'avoir témoigné d'agissements discriminatoires ne doit entraîner aucune conséquence défavorable.

72 Comment les syndicats et les associations peuvent-ils agir ?

→ **Les organisations syndicales représentatives au niveau national ou dans l'entreprise** peuvent exercer en justice toutes actions qui naissent, soit :

- de la contestation d'une mesure discriminatoire [C. trav., art. L. 1134-2] ;
- des dispositions du Code du travail [C. trav., art. L. 3221-2 à L. 3221-7] relatives à l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes [C. trav., art. L. 1144-2].

Elles sont habilitées à agir en ces deux domaines en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise ou d'un salarié de l'entreprise. Elles n'ont pas à justifier d'un mandat de l'intéressé ; il suffit qu'il ait été averti par écrit de cette action et ne s'y soit pas opposé dans un délai de 15 jours à compter de la date à laquelle le syndicat lui a notifié son intention d'agir. L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat.

En outre, tout syndicat lui-même victime d'une mesure discriminatoire peut en demander l'annulation en justice [Cass. soc., 10 juill. 2001, n° 99-21.884].

→ **Le même droit est reconnu, mais exclusivement dans le domaine des discriminations, aux associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap.** Mais, contrairement aux organisations syndicales, les associations doivent justifier d'un accord écrit de l'intéressé. Celui-ci peut toujours intervenir à l'instance engagée par l'association et y mettre un terme à tout moment [C. trav., art. L. 1134-3].

73 En quoi consiste l'action de groupe ?

La loi de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle [L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, JO 19 nov.] a ouvert la possibilité d'engager une action de groupe en cas de discrimination.

Cette action qui a pour objet de faire reconnaître que plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise, ou plusieurs salariés font l'objet d'une discrimination imputable à un même employeur, doit en principe être exercée par une organisation syndicale de salariés représentative [C. trav., art. L. 1134-7].

À NOTER

Par exception, une association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap, a la possibilité d'engager une action de groupe, mais uniquement pour la défense des intérêts de plusieurs candidats à un emploi ou à un stage en entreprise.

L'organisation syndicale, ou l'association doit préalablement demander à l'employeur, par tout moyen conférant date certaine à la demande, de faire cesser la situation de discrimination collective [C. trav., art. L. 1134-9].

L'employeur dispose d'un mois pour en informer le comité social et économique et les organisations syndicales représentatives au sein de l'entreprise. Si ces derniers le demandent, l'employeur engage une discussion sur les mesures permettant de faire cesser la situation de discrimination collective.

L'action de groupe peut être engagée :

- au bout de six mois à compter de la demande préalable, en l'absence de régularisation de l'employeur ;
- ou à compter de la notification par l'employeur du rejet de la demande.

C'est le Tribunal de grande instance (ou, à compter du 1^{er} janvier 2020, le tribunal judiciaire) qui est compétent pour se prononcer sur l'action de groupe.

L'action de groupe a pour objet de faire cesser le manquement et de réparer les préjudices subis en cas de manquement [C. trav., art. L. 1134-8]. Seuls les préjudices nés après la réception de la demande préalable sont indemnisables, sauf en ce qui concerne les candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation.

À NOTER

Pour le préjudice antérieur, les salariés peuvent saisir le conseil de prud'hommes.

Sanctions civiles

74 Quelles sont les sanctions civiles applicables en cas de discrimination ?

■ Nullité des dispositions et actes discriminatoires

Doit être annulé toute disposition ou tout acte constitutif de discrimination [C. trav., art. L. 1132-4]. La disposition en cause (clause du statut, disposition conventionnelle, etc.) ou la mesure prise par l'employeur (mutation, sanction, licenciement, etc.) est donc privée d'effet.

EXEMPLES

→ Une disposition conventionnelle qui contient une mesure discriminatoire en raison de l'activité syndicale est nulle. Il en a été jugé ainsi à propos d'un accord relatif à la progression de carrière de certains représentants du personnel et syndicaux qui limitait pour ces salariés l'augmentation de salaire attachée à leur promotion [Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 06-46.179].

→ Le même sort doit être réservé à une mutation, décidée par l'employeur, s'il s'avère qu'elle a été prise en considération de l'appartenance ou de l'activité syndicale du salarié [Cass. soc., 4 déc. 2001, n° 99-43.231].

→ Il en va bien sûr de même pour un licenciement s'il repose sur un motif discriminatoire : licenciement fondé sur l'âge [Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-42.535], sur les activités syndicales du salarié [Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628] ou sur son état de santé, en l'absence d'inaptitude constatée par le médecin du travail [Cass. soc., 25 févr. 2009, n° 07-41.724].

■ Réintégration

Si la mesure prise a valu au salarié la perte de son emploi, il doit retrouver sa place dans l'entreprise. Le juge doit donc ordonner – si l'intéressé le demande – la poursuite de l'exécution du contrat de travail qui n'a pas été valablement rompu [Cass. soc., 17 mars 1999, n° 97-45.555] accompagnée de versement des rémunérations dont le salarié a été privé depuis son éviction de l'entreprise [Cass. soc., 16 déc. 2010, n° 09-43.074].

Les sommes que le salarié a pu percevoir dans l'intervalle (salaires ou revenus de remplacement, telle l'indemnisation chômage) doivent, en principe, être déduites [Cass. soc., 3 juill. 2003, n° 01-44.522]. Néanmoins, dans certaines hypothèses de nullité, cette indemnisation est forfaitaire, il n'y a pas lieu d'en déduire les revenus de remplacement. Tel est le cas pour le licenciement prononcé en raison :

- de la participation à une grève [Cass. soc., 2 févr. 2006, n° 03-47.481];
- d'activités syndicales [Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-43.277];
- de l'état de santé [Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-28.734];
- d'une action en justice en vue de faire reconnaître l'existence d'une discrimination [Cass. soc., 5 déc. 2018, n° 17-17.687].

La Cour de cassation considère en effet qu'il s'agit là d'une atteinte à un droit ou à une liberté fondamentale.

À NOTER

A contrario, le principe de non-discrimination fondée sur l'âge ne constitue pas une liberté fondamentale. Les revenus de remplacement doivent donc être déduits de l'indemnité que l'employeur doit verser au salarié [Cass. soc., 15 nov. 2017, n° 16-14.281].

Dans ces hypothèses, les salariés doivent percevoir l'intégralité des sommes dont ils ont été privés, peu important qu'ils aient ou non reçu des salaires ou un revenu de remplacement pendant cette période (la solution est la même pour les salariés bénéficiant d'une protection particulière, tels que les représentants du personnel licenciés sans autorisation de l'inspecteur du travail).

La réintégration a lieu dans l'emploi initialement occupé ou, à défaut, dans un emploi équivalent. L'obligation de réintégration ne s'étend pas au groupe auquel appartient l'employeur : le salarié ne peut pas exiger d'être réintégré dans une autre entreprise de celui-ci, plus proche de son domicile, même s'il fait valoir des raisons de santé [Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 07-41.845].

■ Indemnisation

Si le salarié ne demande pas sa réintégration, il percevra :

- les indemnités de rupture, y compris l'indemnité compensatrice de préavis [Cass. soc., 5 juin 2001, n° 99-41.186];
- une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à six mois de salaire [C. trav., art. L. 1235-3-1].

Que le salarié soit ou non réintégré dans l'entreprise, les dommages et intérêts alloués doivent réparer l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée [C. trav., art. L. 1134-5], même si celle-ci excède le délai de prescription de cinq ans (voir n° 65).

ATTENTION

Les dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice résultant de la discrimination peuvent être cumulés avec une indemnisation au titre du harcèlement moral [Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-23521].

75 Le salarié peut-il obtenir un reclassement ?

Le salarié victime d'un retard dans son avancement pour un motif discriminatoire reconnu peut-il obtenir du juge qu'il impose à l'employeur l'application de la classification revendiquée et du salaire correspondant ? Oui, le juge peut, en se référant à la classification des

emplois prévue dans l'entreprise, décider d'un reclassement de l'intéressé à la date qu'il fixe [Cass. soc., 24 févr. 2004, n° 01-46.499; Cass. soc., 23 nov. 2005, n° 03-40.826; Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-45.201]. Ainsi, un salarié, privé d'une possibilité de promotion par suite d'une discrimination, peut prétendre, en réparation du préjudice qui en est résulté dans le déroulement de sa carrière, à un reclassement dans le coefficient de rémunération qu'il aurait atteint en l'absence de discrimination.

La solution ne vaut, toutefois, que si la discrimination subie affecte l'évolution de carrière de l'intéressé et par là son coefficient de rémunération [Cass. soc., 19 janv. 2011, n° 09-70.076]. En revanche, il importe peu que le salarié ait, dans l'intervalle, été mis à la retraite; cette circonstance ne s'oppose pas au reclassement [Cass. soc., 30 juin 2011, n° 09-71.538].

76

Quelles sont les sanctions civiles applicables en cas de méconnaissance du principe d'égalité ?

■ Nullité de toute disposition méconnaissant l'égalité femmes-hommes

Doit être annulée toute clause d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou d'un contrat de travail :

- qui réserve le bénéfice d'une mesure quelconque à un ou des salariés en considération du sexe [C. trav., art. L. 1142-3];
- ou qui comporte, pour un ou des salariés de l'un des deux sexes une rémunération inférieure à celle de salariés de l'autre sexe pour un même travail ou un travail de valeur égale [C. trav., art. L. 3221-7].

Toute disposition qui méconnaît l'égalité professionnelle ou l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes est donc privée d'effet.

■ Substitution de rémunération

Lorsque c'est l'égalité de rémunération entre les deux sexes qui a été méconnue, la nullité entraîne la substitution de plein droit de la rémunération plus élevée à celle qui résulte de la disposition entachée de nullité [C. trav., art. L. 3221-7].

REMARQUE

Pour l'application de cette disposition, la rémunération doit être entendue au sens large : à propos d'un congé supplémentaire de deux jours ouvrés par enfant à charge accordé par une convention collective aux mères de famille, les magistrats ont estimé qu'une indemnité de congés payés constituait une rémunération. Par

conséquent, la disposition conventionnelle en cause était nulle dans la mesure où elle accordait aux hommes un salaire inférieur à celui des femmes. Ainsi, la rémunération plus élevée dont bénéficiaient les femmes devait être substituée de plein droit à celle qui résultait pour les hommes de l'application de la clause [Cass. soc., 26 févr. 1997, n° 94-40.474].

■ Dommages et intérêts

La méconnaissance du principe général d'égalité entre salariés sans considération du sexe n'est pas sanctionnée par une nullité. Lorsqu'il reconnaît que ce principe n'a pas été respecté, le juge accorde au salarié un rappel de salaire dans la limite de la prescription de trois ans et/ou des dommages et intérêts.

Sanctions pénales

77 La discrimination est-elle pénalement sanctionnée ?

La discrimination constitue un délit prévu et réprimé par le Code pénal [C. pén., art. 225-1 et 225-2]. La définition donnée par le Code pénal de la discrimination est proche de celle qui figure dans le Code du travail mais la discrimination n'est sanctionnée que si elle est commise au cours de certaines opérations. En matière sociale, sont visés : le refus d'embauche ou de stage, la sanction, le licenciement, ainsi que le fait de subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur un motif discriminatoire.

Comme il est de règle en matière pénale, ce texte doit faire l'objet d'une **interprétation stricte**. Ainsi, il n'est pas applicable dans le cas d'une mutation de service d'un salarié, dès lors qu'elle n'entraîne aucune conséquence sur sa carrière ou sa rémunération [Cass. crim., 14 mars 2006, n° 05-82.505]. En revanche, il s'applique bien à une mise à pied conservatoire préalable à un licenciement : celle-ci a pu être annulée en raison du lien qu'elle présentait avec le mandat électif de la salariée [Cass. crim., 23 nov. 2004, n° 03-84.389].

Lorsqu'elle est commise par une personne physique, la discrimination est passible d'une peine pouvant aller jusqu'à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende [C. pén., art. 225-2]. Des peines complémentaires peuvent être prononcées, notamment l'interdiction des droits civiques. Les personnes morales déclarées responsables d'une discrimination encourent, quant à elles, une amende pouvant aller jusqu'à 225 000 €, ainsi que des peines

complémentaires, comme par exemple l'exclusion des marchés publics [C. pén., art. 225-4].

ATTENTION

Le délit est constitué même s'il a été commis à l'encontre d'une personne ayant mis en œuvre une procédure dite de «testing», c'est-à-dire sollicité par exemple une embauche dans le but de démontrer l'existence d'un comportement discriminatoire [C. pén., art. 225-3-1].

Par ailleurs, pour certaines infractions limitativement prévues, les peines encourues sont aggravées lorsqu'elles ont été commises à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, des victimes à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée ou à raison de leur sexe, orientation sexuelle ou identité de genre vraie ou supposée [C. pén., art. 132-76 et 132-77].

Le Code du travail prévoit également des dispositions pénales en matière de discriminations commises à la suite d'un harcèlement moral ou sexuel : un an d'emprisonnement et une amende de 3 750 € [C. trav., art. L. 1155-2].

78

Comment le salarié peut-il déclencher des poursuites pénales pour discrimination ?

Le salarié peut :

- déposer une plainte simple auprès du commissariat de police. Celle-ci pourra amener les services de police à diligenter une enquête et conduire à l'ouverture d'une instruction. Elle pourra aussi être classée sans suite ;
- se constituer partie civile auprès du parquet du tribunal correctionnel. Une information judiciaire doit alors être ouverte, le juge d'instruction pouvant toutefois conclure à un non-lieu ;
- procéder à une citation directe devant le tribunal correctionnel, ce qui suppose que sa plainte soit correctement argumentée tant au plan juridique que factuel, aucune enquête n'intervenant dans ce cas.

Le salarié aura souvent intérêt à saisir préalablement l'inspecteur du travail afin qu'il constate l'infraction et dresse un procès-verbal.

Devant le tribunal correctionnel, le salarié reconnu victime de discrimination peut demander la condamnation de l'employeur à des dommages et intérêts. Il peut saisir parallèlement le conseil prud'hommes pour demander notamment l'annulation d'un licenciement. Cette action n'est pas nécessairement liée à celle devant le tribunal correctionnel. Mais si, par une décision définitive, le juge

répressif considère que le licenciement litigieux est discriminatoire parce que lié à l'activité syndicale du salarié, par exemple, le conseil de prud'hommes ne pourra qu'en déduire que ce licenciement est nul [Cass. soc., 10 av. 1991, n° 8940.216]. En revanche, un classement sans suite ou une ordonnance de non-lieu reste sans incidence sur une procédure prud'homale [Cass. soc., 4 av. 2006, n° 04-41.564].

ATTENTION

En matière pénale, l'administration de la preuve obéit aux règles du droit commun ; l'aménagement des règles de preuve en faveur du salarié qui se plaint de discrimination prévue par le Code du travail (voir nos 66 et s.) n'est donc pas applicable [Cass. crim., 3 av. 2007, n° 06-81.784].

79

La méconnaissance du principe d'égalité est-elle pénalement sanctionnée ?

Des sanctions pénales sont applicables aux infractions concernant :

→ **l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes** : un an d'emprisonnement et 3 750 € d'amende. Le juge peut également ordonner l'affichage du jugement aux frais de la personne condamnée et son insertion, intégrale ou par extraits, dans des journaux [C. trav., art. L. 1146-1] ;

→ **l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes** : 1 500 € d'amende, appliquée autant de fois qu'il y a de travailleurs rémunérés dans des conditions illégales [C. trav., art. R. 3222-1].

→ **l'égalité de rémunération entre les salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée et ceux titulaires d'un contrat à durée déterminée** : 3 750 € amende [C. trav., art. L. 1248-8].

REMARQUE

Dans le cas de poursuites pour infraction aux dispositions relatives à l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes, le juge peut prononcer un ajournement de peine avec injonction à l'employeur de définir, après consultation du comité social et économique, et dans un délai déterminé, les mesures propres à rétablir cette égalité. Le juge peut ordonner l'exécution provisoire de sa décision. À l'audience de renvoi, la juridiction apprécie s'il y a lieu de prononcer une dispense de peine ou d'infliger les peines prévues par la loi [C. trav., art. L. 3222-1 et L. 3222-2].

Hors contexte de discrimination ou infraction à l'égalité professionnelle ou de rémunération entre les femmes et les hommes, la méconnaissance par l'employeur du principe général d'égalité de traitement entre salariés, sans considération de sexe, n'est pas assortie de sanctions pénales.

.fr

Votre publication est désormais disponible sur liaisons-sociales.fr, et prend une nouvelle dimension !

liaisons-sociales.fr

1^{er} site d'actualités en continu pour toutes vos questions quotidiennes et vos réflexions stratégiques !

Pour vous liaisons-sociales.fr c'est :



+ DE RÉACTIVITÉ
ET DE FIABILITÉ

Soyez les premiers à connaître, comprendre et suivre les réformes et les grands chantiers en droit social du moment. Des alertes par e-mail pour être averti des nouveautés.



+ DE RÉACTIVITÉ
ET D'EFFICACITÉ

Un accès rapide à la veille sur la réglementation sociale et aux contenus dont vous avez le plus besoin : suivi des réformes en cours, accords et outils pour négocier, jurisprudence et un moteur de recherche puissant.



+ DE CONSEILS
ET D'EXPERTISES

Les spécialistes des rédactions de Liaisons Sociales et Lamy vous fournissent des conseils opérationnels, des modèles et des dossiers thématiques.

liaisons-sociales.fr

Partageons le même lien !

Rendez-vous sur www.liaisons-sociales.fr - 0 825 08 08 00

Service 0,15 € / min
hors taxes

Wolters Kluwer - Case Postale 402 - 14, rue Fructidor - 75814 Paris Cedex 17