

ENTRE ÉQUITÉ JURIDIQUE

L'ÉGALITÉ

L'égalité de traitement entre salariés est à la fois une obligation juridique et une qualité managériale. Au-delà, la prise en compte d'une réalité objective peut justifier des mesures visant à rétablir l'égalité des chances. Mais dans ce domaine, comme dans bien d'autres, le mieux peut se révéler l'ennemi du bien.

ENTRE

L'égalité entre les personnes et, par conséquent, entre les salariés est un droit fondamental proclamé aussi bien par la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 que par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La règle à travail égal, salaire égal qui en découle est énoncée incidemment par deux articles du code du travail. Le premier concerne les conditions à remplir par une convention de branche pour être susceptible d'extension (1). Le second énumère les attributions de la commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle qui doit, en particulier, « suivre annuellement l'application dans les conventions collectives du principe à travail égal, salaire égal » (2).

La Cour de cassation a posé ce principe en règle impérative et retenu « qu'il s'en déduit que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique » (3). Le principe à travail égal, salaire égal signifie que, si rien ne distingue objectivement deux

salariés, ils doivent percevoir le même salaire (4). Cela vaut également pour les accessoires de rémunération. La Cour de cassation a très vite dépassé le seul thème des salaires pour viser l'égalité de traitement au sens large, c'est-à-dire englobant l'ensemble des droits individuels et collectifs, financiers ou non, accordés aux salariés en raison de leur appartenance à l'entreprise. La discrimination n'est pas une forme particulière d'inégalité de traitement et les deux notions ne se recouvrent pas. Il y a discrimination si le traitement défavorable infligé au salarié est fondé sur l'un des motifs prohibé par les textes et, notamment, l'article L. 1132-1 du code du travail (par exemple, origine, sexe, âge, convictions religieuses) : « L'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés » (5).

À l'inverse, l'application d'un principe d'égalité de traitement implique, par principe, d'opérer une comparaison entre le salarié qui s'estime victime d'une violation de ce principe et un autre salarié placé dans une même situation (6), à charge de celui qui invoque une atteinte au principe d'égalité de traitement de démontrer qu'il se trouve dans une situation identique ou similaire à celui auquel il se compare (7).

ET PRESSION SOCIÉTALE

DE TRAITEMENT

SALARIÉS

Une exception à cette règle est toutefois admise lorsque la différence de traitement résulte expressément de la norme qui l'institue. Ainsi, « lorsque la différence de traitement entre des salariés placés dans une situation identique au regard de l'avantage considéré résulte des termes mêmes de l'accord collectif, il y a lieu de faire application du principe d'égalité de traitement sans recourir nécessairement à une comparaison entre salariés de l'entreprise effectuant le même travail ou un travail de valeur égale » (8).

Le principe d'égalité de traitement interdit les mesures discrétionnaires que des employeurs pourraient être tentés de mettre en œuvre. Il a ainsi été jugé que « les augmentations individuelles ne peuvent être accordées de manière purement discrétionnaire et doivent correspondre à des critères objectifs et vérifiables » (9), étant précisé que la seule allégation de la médiocrité du travail du salarié n'est pas reconnue suffisante pour justifier le non-paiement d'une prime collective à un salarié (10). Une convention collective ne justifie pas davantage une mesure discrétionnaire. Dans cette affaire, une agence de tourisme

avait décidé d'attribuer un 13^e mois aux accompagnateurs et aux guides-accompagnateurs, la convention collective indiquant que les entreprises devaient s'efforcer « dans la mesure du possible d'accorder une gratification annuelle à tout ou partie de leur personnel ayant au moins six mois d'ancienneté ». La Cour de cassation, donne raison aux autres salariés réclamant le même avantage en précisant « qu'il appartenait à l'employeur de justifier la décision de ne le verser qu'à une seule partie des salariés de l'agence » (11). Il en est de même des bonus discrétionnaires fréquemment prévus au contrat de travail. Il a en effet été jugé que « l'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier, de façon objective et pertinente, une différence de rémunération » (12) ; ce qui ne remet pas en cause le fait que l'employeur peut parfaitement verser des bonus discrétionnaires sans s'appuyer sur des critères objectifs préalablement déterminés (13). Le bonus est discrétionnaire vis-à-vis de l'intéressé, mais ne doit pas rompre le principe d'égalité de traitement de salariés placés dans la même situation. Égalité de traitement ne veut pas dire égalitarisme et la réalité de l'entreprise peut être prise en compte. L'employeur

peut justifier un écart de rémunération entre des salariés ayant un travail égal ou de valeur égale en invoquant une différence portant sur les responsabilités et la charge de travail du salarié mieux rémunéré (14), ou la meilleure connaissance d'un site à surveiller, s'agissant d'un agent de sécurité incendie (15). Les diplômés peuvent également justifier une différence de salaire entre ingénieurs, certains ayant bénéficié d'une formation moins généraliste et immédiatement en phase avec l'activité de l'entreprise (16). La qualité du travail fourni peut, bien entendu, être une explication de la différence de traitement (17), mais encore faut-il pouvoir la démontrer. Les comptes rendus d'entretien d'évaluation ou l'historique de tout système d'évaluation seront, ici, déterminants (18).

Il a également été jugé qu'un employeur est fondé à moins bien rémunérer une salariée s'il prouve qu'elle a connu, tout au long de sa carrière, des problèmes relationnels, des insuffisances d'ordre technique (19) ou des difficultés à travailler en équipe, à s'intégrer et à se plier aux directives (20). L'ancienneté ou l'assiduité sont également des critères objectifs (21) sous réserve qu'ils ne soient pas pris en compte par ailleurs par une prime d'ancienneté ou d'assiduité (22). La réalité du marché de l'emploi est également prise en considération et une différence de salaire est admise en cas de pénurie de candidats (23), y compris entre la salariée remplaçante et la titulaire temporairement absente (24). Enfin, il a été jugé qu'une différence de rémunération ou d'avantages sociaux pouvait être maintenue suite à la fusion de deux sociétés, en raison de l'antériorité des différences des statuts collectifs (25), la question étant, le plus souvent, réglée par un accord d'harmonisation sociale.

Concernant les accords, le fait que les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne suffit pas à justifier une différence de traitement, sauf si : l'accord réserve un avantage aux salariés présents lors de son entrée en vigueur, afin de compenser un préjudice subi par ces derniers (26) ; ou si l'employeur démontre qu'il existe des raisons objectives et pertinentes à cette différence de rémunération autres que l'accord lui-même (27), raisons qui peuvent, par exemple, tenir à la formation, aux fonctions ou à l'ancienneté (28). Est acceptée, par conséquent, la différence de salaire à l'embauche d'un salarié après la mise en œuvre d'un accord de réduction du temps de travail prévoyant un maintien de salaire par le biais d'une indemnité différentielle de réduction du salaire de base des salariés en place (29), ou une indemnité différentielle compensant, pour certains salariés, le passage

d'un salaire au pourcentage à un salaire fixe (30). En revanche, lorsqu'un employeur s'engage, par simple volonté contractuelle, à maintenir leur statut collectif aux salariés repris, les salariés ultérieurement embauchés dans la même entité qui effectuent des travaux de même valeur ont droit à ces avantages collectifs (31).

Le principe d'égalité de traitement apparaît ainsi réaliste et pragmatique. Il est respecté par l'entreprise quand les mêmes processus et les mêmes critères de décision s'appliquent à l'ensemble des salariés, peu important, qu'au final, il en résulte une situation différente entre les salariés. La seule obligation juridique est d'être en capacité d'expliquer la différence, ce qui, en soi, est également une règle managériale saine, de nature à préserver l'équité et, par conséquent, à favoriser la confiance nécessaire à l'engagement des salariés. Ce principe ne vise pas à créer un avantage au bénéfice d'une population considérée comme défavorisée. Ce point a été rappelé à plusieurs reprises notamment en matière d'égalité des sexes.

Plusieurs directives communautaires consacrent l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. L'article 119 du traité de Rome pose plus particulièrement la règle de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail ou un travail de même valeur. Ces textes ont suscité un débat médiatisé sur le travail de nuit des femmes qui a amené la France à renoncer, au nom de l'égalité de traitement, à la prohibition du travail de nuit des femmes. Ils ont aussi amené à juger illicite de réserver aux seules femmes les majorations de trimestres par enfant élevé, prévues à l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale (32). Il a aussi été jugé que les primes de crèche, allocations de frais de garde et allocations de naissance ne peuvent être réservées au seul personnel féminin, car elles constituent un complément de rémunération visant à indemniser le salarié des dépenses liées à la présence d'un enfant au foyer, dépenses auxquelles l'homme doit faire face au même titre que la femme (33).

Toujours en application de ce principe, la Cour de cassation a étendu à un homme le bénéfice de dispositions du statut de la RATP réservées aux femmes (34). Bien que principe juridique reconnu et appliqué dans de très nombreux jugements, le législateur considère que l'égalité de traitement n'est pas réellement appliquée entre les salariés de sexe différent et ce au détriment des femmes. De nombreux textes se sont, par conséquent, succédés, tous annonçant la volonté de rendre effective l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. La loi n°2006-340, du 23 mars 2006, relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes, la loi n°2010-1330, du 9 novembre 2010, portant réforme des retraites, la loi n°2014-873, du 4 août 2014, dite « pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », la loi n°2015-994, du 17 août 2015, et en dernier lieu la loi n°2018-771, du 5 septembre 2018, « pour la liberté de choisir son avenir professionnel ». Considérant que la situation n'a pas suffisamment évolué depuis la loi de 2006, le dernier texte fait désormais du respect de l'égalité professionnelle entre les hommes et

Pour bénéficier de mesures identiques au nom du principe d'égalité, hommes et femmes doivent se trouver dans des situations comparables

les femmes une obligation de résultat. Les motivations de ce texte et certaines des mesures qu'il met en place pose la question de savoir s'il s'agit toujours, pour les entreprises, de s'assurer de l'égalité de traitement entre leurs salariés. Ce texte renvoie, en réalité, à un principe complémentaire à celui d'égalité de traitement dont les contours ont été initiés par la jurisprudence.

Le principe d'égalité entre hommes et femmes, qui doivent bénéficier à ce titre de mesures identiques, suppose que les travailleurs masculins et féminins se trouvent dans des situations comparables. À ce titre, la directive n° 76/207 du 9 février 1976 prévoit que le principe d'égalité ne fait pas obstacle « aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ». La Cour de justice des communautés européennes a ainsi considéré qu'était licite une prime réservée aux femmes, versée au moment du départ en congé de maternité et destinée à « compenser les désavantages professionnels résultant pour les travailleurs féminins de leur éloignement du travail » (35). La Cour de justice des communautés européennes et la Cour de cassation font, par conséquent, la différence entre, d'une part, une prime de naissance qui ne peut pas être réservée à la mère puisque l'arrivée de l'enfant dans le foyer commun concerne les deux parents, ou une journée de congé pendant la fête des mères et, d'autre part, une prime versée lors du départ en congé maternité qui ne concerne, alors, que les femmes puisqu'elles sont les seules à être contraintes à un arrêt de travail (36). Les magistrats ont ainsi accepté une rupture de l'égalité en faveur des femmes parce que la dérogation était justifiée en raison de la grossesse et de la maternité qui créent une contrainte professionnelle que ne subit pas l'homme en l'état actuel de la biologie. Les deux salariés n'étaient pas dans la même situation et la différence de traitement était conforme au principe d'égalité de traitement.

Néanmoins, la Cour de justice des Communautés européennes s'est, très tôt, sentie à l'étroit dans ce principe. Elle a ainsi accepté une priorité d'embauche en faveur des candidats de sexe féminin dans des corps administratifs où les femmes étaient sous-représentées, sans exiger, pour autant, que cette inégalité de traitement soit justifiée par des contraintes naturelles féminines spécifiques (37). Par ailleurs, le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, a renforcé cette évolution en introduisant dans les textes européens ce qui est aujourd'hui l'article 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui « pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle » précise que « le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ». Il résulte de ce texte et de la directive plus récente 2006/54/CE, du 5 juillet 2006, du Parlement européen et du Conseil, « relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement

entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail », que l'octroi de mesures favorables aux femmes en raison de la grossesse et de la maternité ne doit plus être apprécié au titre des discriminations positives, mais être considéré comme la simple application de la stricte égalité de traitement puisque, par définition, la grossesse et la maternité ne concernent que les femmes. Dès lors, les discriminations positives relèvent nécessairement d'autres considérations, relatives au rétablissement de l'égalité des chances en matière économique et sociale. En effet, dans certains cas, il est possible d'opérer des différences de traitement au seul bénéfice d'une catégorie particulière de salariés, soit pour des raisons d'intérêt général, soit pour corriger une situation de fait qui leur est défavorable (art. L. 1133-2 et s. du code du travail).

Les applications sont nombreuses pour prendre en compte l'état de santé et les situations de handicap, ou pour protéger des jeunes et des travailleurs âgés.

Il s'agit de faciliter directement l'embauche ou le maintien dans l'emploi. Toutefois, en application des mêmes textes, il a été jugé, en 2017, qu'un accord d'entreprise peut prévoir, au seul bénéfice des salariés de sexe féminin, une demi-journée de repos à l'occasion de la journée internationale de la femme, 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 » (38). Il est ainsi jugé que, si la journée du 8 mars dépasse largement le périmètre du travail des femmes dans les entreprises, elle le concerne aussi très directement. Les manifestations permettent de susciter une réflexion sur la situation spécifique des femmes au travail et sur les moyens de l'améliorer. Il existe dès lors un lien entre cette journée et les conditions de travail. Il ne s'agit plus de lever les freins qui pèsent directement sur une embauche ou un maintien dans l'emploi, une promotion, une formation, mais de participer à un changement culturel de la société civile.

L'entreprise devait assurer l'égalité de traitement entre ses salariés, puis effacer les déséquilibres qui créaient une inégalité de chances. Comme l'illustre l'arrêt sur la journée du 8 mars, l'entreprise doit, maintenant, contribuer au changement culturel de la société civile, et ceci à marche forcée. Les modalités de calcul et le barème des indicateurs de l'égalité entre les femmes et les hommes en entreprise sont détaillés par le décret n° 2019-15 du 8 janvier 2019. Deux dispositions méritent une attention particulière : l'entreprise pourra être pénalisée si le taux d'augmentation individuelle et le taux de promotion entre les femmes et les hommes (pour les entreprises de plus de 250 salariés) n'est pas identique ; elle doit, par conséquent, respecter une obligation de résultat en matière d'évolution des rémunérations. Il ne s'agit plus d'être en mesure d'expliquer pourquoi deux salariés n'ont pas la même augmentation individuelle ou la même promotion, mais de faire en sorte que deux groupes de salariés bénéficient strictement de la même évolution. La même logique a présidé aux dispositions

RÉFÉRENCES

1. C. trav., art. L. 2261-22
2. C. trav., art. L. 2271-1
3. Cass. soc., 29 oct. 1996, no 92-43.680
4. Cass. soc., 15 déc. 1998, no 95-43.630, Bull. civ. V, no 551 ; Cass. soc., 10 oct. 2000, no 98-41.389 ; Cass. soc., 20 juin 2001, no 99-43.905
5. Cass. soc., 29 juin 2011, no 10-14.067
6. Cass. soc., 13 févr. 2013, no 11-25.828
7. Cass. soc., 4 avr. 2018, no 16-27.703
8. Cass. soc., 23 mars 2011, no 09-42.666
9. Cass. soc., 20 oct. 2001, no 90-17.577
10. Cass. soc., 26 nov. 2002, no 00-41.633
11. Cass. soc., 25 mars 2009, no 08-41.229
12. Cass. soc., 30 avr. 2009, no 07-40.527
13. Cass. soc., 10 oct. 2012, no 11-15.296
14. Cass. soc., 30 avr. 2009, no 07-40.527 ; Cass. soc., 23 mars 1999, no 96-43.767).
15. Cass. soc., 16 févr. 2005, no 03-40.465
16. Cass. soc., 24 mars 2010, no 08-42.093
17. Cass. soc., 8 nov. 2005, no 03-46.080
18. Cass. soc., 20 févr. 2008, no 06-40.085 ; Cass. soc., 20 févr. 2008, no 06-40.615
19. Cass. soc., 28 juin 2000, no 98-41.278
20. Cass. soc., 20 févr. 2008, no 06-40.085 ; Cass. soc., 20 févr. 2008, no 06-40.615
21. Cass. soc., 20 juin 2001, no 99-43.905
22. Cass. soc., 29 oct. 1996, no 92-43.680 ; Cass. soc., 31 oct. 2006, no 02-45.480
23. CJCE, 27 oct. 1993, aff. C-127/92, Enderby
24. Cass. soc., 21 juin 2005, no 02-42.658
25. Cass. soc., 28 oct. 2008, no 07-42.720
26. Cass. soc., 21 févr. 2007, no 05-43.136
27. Cass. soc., 4 févr. 2009, no 07-11.884
28. Cass. soc., 4 févr. 2009, no 07-41.406
29. Cass. soc., 1er déc. 2005, no 03-47.197
30. Cass. soc., 31 oct. 2006, no 03-42.641
31. Cass. soc., 19 juin 2007, no 06-44.047)
32. Cass. 2e civ., 19 févr. 2009, no 07-20.668, Bull. civ. II, no 53
33. Cass. soc., 27 févr. 1991, no 90-42.239 ; Cass. soc., 8 oct. 1996, no 92-42.291, Cass. soc., 9 avr. 1996, no 94-43.279
34. Cass. soc., 18 déc. 2007, no 06-45.132).
35. CJCE, 16 sept. 1999, aff. C-218/98
36. CJCE 25 oct. 1988, aff. 321/86, et Cass. soc., 21 mars 2000, no 98-45.485 à no 98-45.490
37. CJCE 17 oct. 1995, aff. C-450/93, et 11 nov. 1997, aff. C-409/95
38. Cass. soc., 12 juill. 2017, no 15-26.262
39. "Sagesse", éditions Albin Michel/Flammarion, p 36

en matière de constitution des listes électorales. Ce sujet est particulièrement d'actualité dans le cadre des nombreuses élections de mise en place des CSE. Parmi les entreprises que nous accompagnons, nous avons pu observer à plusieurs reprises l'impossibilité pour les organisations syndicales de respecter la parité homme/femme dans la constitution de leurs listes électorales, malgré leurs efforts assidus. Cette parité étant d'ordre public il s'ensuit que des sièges ne sont pas pourvus. Il a donc été créé une hiérarchie entre, d'une part la lutte contre un déterminisme social qui conduirait les femmes à être moins candidates aux élections professionnelles, d'autre part la représentation du personnel qui deviendrait ainsi secondaire et pour laquelle une dégradation est acceptée.

Les dispositions récentes relatives à l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes peuvent être également à l'origine de dérives nocives. L'enjeu est important pour les entreprises puisqu'il est question d'une pénalité égale à 1 % de la masse salariale, mais aussi de la réprobation des clients, du risque d'être jeté en pâture aux médias, ou de tensions internes si la politique sociale n'est plus considérée équitable. Il faut donc faire en sorte que les taux d'augmentation individuelle et de promotion soient identiques ou très proches. Les entreprises vont, alors, être tentées de faire de l'écritage pour respecter la parité exigée et ne plus appliquer le principe d'égalité de traitement, au bénéfice de la lutte contre les conséquences d'un déterminisme social. Il s'agit de gérer deux groupes en parallèle en les comparant et en freinant l'un pour éviter la création d'un écart avec l'autre, ce qui est nécessairement source d'antagonismes et de renforcement du communautarisme. En effet, à quel titre ne pas appliquer la même logique aux autres groupes présents dans l'entreprise. Il peut être question (que cela soit réel ou supposé) des rémunérations freinées en raison de l'activité syndicale, des orientations sexuelles, de la religion ou des origines. Il peut aussi s'agir de salariés dévoués et professionnels mais dont les codes sociaux font qu'ils s'expriment peu, ne revendiquent guère. Ceux-là ont moins de chances d'être promus que d'autres, moins bons dans leur profession, mais meilleurs dans l'auto-promotion. Tous ces groupes pourraient être légitimes à demander le bénéfice de cette obligation de résultat en matière d'augmentations individuelles et de promotions. L'inégalité de traitement, en général, mais particulièrement entre les femmes et les hommes, est inacceptable. C'est aussi une erreur managériale.

De même, les inégalités de chances doivent être prises en compte. L'obligation faite aux entreprises d'être impliquées dans la lutte contre les conséquences d'un déterminisme social peut avoir des effets nocifs. Les directions devront prendre en compte ce risque pour éviter un renforcement des revendications communautaristes qui peuvent rendre les entreprises ingérables. Michel Onfray attire l'attention sur le fait que « notre époque égalitariste confond l'inégalité et la différence » (39). Espérons que les derniers textes ne nous aient pas enfermés dans ce piège et que ce nouveau risque social soit

justifié par un enjeu supérieur. En effet, assurer l'égalité de traitement dans les processus de recrutement, d'augmentation, de promotion et de formation, ou rééquilibrer l'inégalité des chances comme vu précédemment, peut se faire par des éléments objectivement vérifiables. La nature et l'importance de la contribution à apporter à la lutte contre les conséquences d'un déterminisme social dépendent de la vision que l'on a de la force et de l'iniquité de ce déterminisme. Encore faut-il aussi que la réponse soit adaptée à une réalité clairement identifiée. En tête, le souvenir d'un échange avec ce jeune ouvrier qui refuse poliment une promotion et une belle perspective de carrière, en expliquant qu'il ne veut pas renoncer à son équilibre de vie. Déterminisme social ? Choix conscientisé ? Libre arbitre ? À quel degré ?

Jacques Uso ■