

Aperçu rapide

AvoSial

AVOCATS D'ENTREPRISE
EN DROIT SOCIAL

326

En questions : l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes à l'épreuve de la crise sanitaire ?



Justine CORET,
avocat associé, cabinet Ayache Salama,
membre d'AvoSial



Juliette HUBERT,
avocat, cabinet Ayache Salama

TOUTE période de crise met en évidence, voire accentue, les inégalités qui lui préexistent. La crise actuelle, liée à la pandémie du Covid-19, n'échappe malheureusement pas à la règle. La promotion de l'égalité professionnelle en entreprise, portée par de nombreux textes au niveau national, européen ou encore international, doit désormais s'adapter aux enjeux révélés par cette période.

1. Quelle méthode mettre en place pour assurer le principe de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes dans l'entreprise ?

Il semble difficile de faire l'économie d'un état des lieux afin d'identifier les inégalités entre les hommes et les femmes de l'entreprise, au regard du principe général et consacré « à travail égal, salaire égal », qui impose à l'employeur d'assurer l'égalité de rémunération dès lors que les salariés en cause sont placés dans une situation identique. L'égalité de rémunération entre les salariés de l'un ou de l'autre sexe n'est qu'une déclinaison de ce principe général, codifié à l'article L. 3221-2 du Code du travail.

L'article L. 3221-4 du Code du travail prévoit que doivent être 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 ;
- un ensemble comparable de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse.

Une différence de traitement est possible :

- lorsqu'elle est prévue par un texte légal ou conventionnel ;
- lorsqu'elle est justifiée par des raisons objectives et pertinentes.

Si le principe paraît simple à première lecture, il n'est pas évident en pratique pour une entreprise de définir des critères objectifs permettant de justifier une inégalité ou une différence de traitement.

Il convient, par exemple, d'apprécier si le travail des salariés concernés implique :

- des responsabilités similaires : les salariés doivent-ils superviser une équipe ou sont-ils uniquement exécutants ?
- des contraintes particulières : les salariés ont-ils des horaires de travail décalés ?
- l'obtention d'un diplôme particulier ; et, le cas échéant, combien d'années d'études ont été nécessaires ?
- une expérience particulière dans le domaine.

La différence de fonctions n'est en revanche pas un critère objectif permettant de justifier une différence de traitement. La Cour de cassation a en effet considéré que, nonobstant des fonctions différentes (en l'espèce un responsable ressources humaines et un directeur de la politique commerciale et financière), le principe de l'égalité de traitement trouvait à s'appliquer compte tenu du constat d'une « identité de niveau hiérarchique, de classification, de responsabilités, une importance comparable dans le fonctionnement de l'entreprise, chacune d'elles exigeant en outre des capacités comparables et représentant une charge nerveuse du même ordre » (*Cass. soc.*, 6 juill. 2010, n° 09-40.021). À défaut de pouvoir justifier une différence de traitement, des mesures correctrices devront être apportées.

2. Quels sont les outils mis à disposition des employeurs pour assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise ?

L'objectif d'égalité professionnelle s'impose à chaque étape de la relation contractuelle.

Dès l'embauche, l'employeur doit veiller à ce que ses offres d'emploi soient non genrées (à l'exception de certains emplois spécifiques tels les artistes interprètes ou les mannequins), dans le but d'éviter toute discrimination conformément à l'article L. 1132-1 du Code du travail, qui prévoit expressément qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement en raison notamment de son sexe. L'employeur doit donc être très attentif dès la rédaction d'une offre d'emploi pour que sa rédaction ne laisse pas supposer l'existence d'une éventuelle rupture d'égalité professionnelle.

C'est également tout au long des relations contractuelles qu'est prohibée la prise en considération du sexe du salarié, 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*). Longtemps jugés insuffisants et inefficaces, les dispositifs légaux se sont multipliés au cours des dernières années afin d'aider, voire de contraindre l'employeur à une politique efficace d'égalité professionnelle dans l'entreprise.

À ce jour, figurent :

- la négociation collective : dans les entreprises soumises à l'obligation de négocier, *i.e.* celles où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales de syndicats représentatifs et pourvues de délégués syndicaux, l'employeur doit engager une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération et la qualité de vie au travail. En l'absence d'accord d'adaptation fixant une périodicité dérogatoire (d'au maximum 4 ans), la périodicité de cette négociation est d'un an. En l'absence d'accord, l'employeur doit établir un plan d'action unilatéral et prévoir à l'ordre du jour de la négociation sur les salaires la programmation de mesures concrètes visant à supprimer les écarts de rémunération ;

- la BDES : dans les entreprises de 50 salariés et plus dotées d'un comité social et économique, l'employeur doit mettre à la disposition de ce dernier une base de données économiques et sociales (BDES) dans laquelle doit figurer des informations spécifiques relatives à l'égalité femmes-hommes (analyse des données chiffrées par catégorie professionnelle de la situation respective des femmes et des hommes en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de qualification etc. et stratégie d'action (mesures à prendre, objectifs de progression...). Ceci permet d'alerter les représentants du personnel en cas d'irrégularités et d'aider l'employeur à prendre d'éventuelles mesures correctrices, en coordination avec les représentants du personnel ;

- l'index égalité femmes-hommes : les entreprises d'au moins 50 salariés doivent publier chaque année, avant le 1^{er} mars, des indicateurs relatifs aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et aux actions mises en œuvre pour les supprimer. Ces indicateurs sont rassemblés dans un index de l'égalité et permettent de calculer une note sur 100, selon des modalités fixées par décret. Si la note obtenue par l'entreprise est inférieure à 75 sur 100, l'employeur dispose de 3 ans pour se mettre en conformité. Pour ce faire, un plan de rattrapage salarial doit être inscrit à l'ordre du jour de la négociation obligatoire sur l'égalité professionnelle afin de négocier des mesures correctrices et, le cas échéant, la programmation, annuelle ou pluriannuelle, de mesures financières propres à com-

bler les écarts constatés. En l'absence d'accord collectif prévoyant de telles mesures, celles-ci sont déterminées unilatéralement par l'employeur après consultation du CSE.

3. Quelles sanctions en cas de non-respect du principe d'égalité professionnelle ?

Les actes contrevenant au principe d'égalité entre les femmes et les hommes doivent être considérés comme nuls et de nul effet.

Plusieurs sanctions sont prévues par les textes, telles que :

- des sanctions civiles :

- la rémunération plus élevée est substituée de plein droit à celle que comportait la disposition entachée de nullité (*C. trav., art. L. 3221-7*) ;

- la victime de l'inégalité peut demander un rappel de salaire correspondant à la différence de rémunération non perçue ;

- elle peut aussi solliciter l'octroi de dommages-intérêts ;

- une pénalité financière est due – après mise en demeure – par les entreprises d'au moins 50 salariés non couvertes par un accord relatif à l'égalité professionnelle ou, à défaut, par un plan d'action, ainsi que par celles qui n'ont pas publié les indicateurs devant figurer dans l'index de l'égalité ou pas défini de mesures correctives des écarts de salaire dans un délai de 3 ans. L'inspection du travail en fixe le montant en tenant compte des efforts réalisés par l'employeur en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, de sa bonne foi, ainsi que des motifs de sa défaillance. Ce montant est au plus égal à 1 % de la masse salariale ;

- des sanctions pénales :

- peine d'emprisonnement de 3 ans au plus et amende de 45 000 euros en cas d'atteinte au principe de non-discrimination ;

- peine d'emprisonnement d'un an maximum et amende de 3 750 euros en cas d'atteinte au principe d'égalité femmes-hommes ; à noter que le juge peut décider d'ajourner le prononcé de la peine en enjoignant à l'employeur de définir, après consultation du CSE, ou d'exécuter, dans un délai déterminé, les mesures propres à rétablir l'égalité professionnelle ;

- l'absence de mise à disposition des données relatives à l'égalité dans la BDES peut, en outre, être assimilée à un délit d'entrave, passible d'une amende de 7 500 euros par infraction constatée.

4. Quels sont les obstacles à l'atteinte de l'objectif dans certaines entreprises et la période de crise a-t-elle eu un effet ?

Il existe encore aujourd'hui, et malgré les règles qui s'imposent aux entreprises, des inégalités professionnelles entre hommes et femmes. Plusieurs raisons peuvent l'expliquer.

Tout d'abord, c'est seulement dans les entreprises de 50 salariés et plus que le législateur a entendu imposer des règles contraignantes au service de l'égalité professionnelle. Une entreprise de 49 salariés est donc moins incitée à assurer une égalité effective entre les hommes et les femmes qui composent son entreprise.

En outre, les sanctions applicables en cas de non-respect des règles relatives à l'égalité professionnelle ne sont pas suffisamment dissuasives. Il existe, en effet, de nombreuses possibilités de régulariser une situation d'inégalité avant d'être sanctionné.

Ainsi, la pénalité financière due en l'absence d'accord portant sur l'égalité professionnelle ou, à défaut, de plan d'action n'est en pratique due qu'après une mise en demeure de l'inspection du travail non suivie d'effet dans un délai d'un mois. L'employeur récalcitrant bénéficie ainsi d'une sorte de « seconde chance » qui atténue

l'efficacité de l'outil. La pénalité peut également être évitée si l'employeur justifie des motifs de ses défaillances par le franchissement du seuil d'effectifs, des difficultés économiques, d'une restructuration ou d'une procédure collective, etc. Il peut être entendu à sa demande.

La période de crise liée à la pandémie de Covid-19 pourrait être utilement invoquée par un employeur pour justifier l'absence de prises de mesures en faveur de l'égalité professionnelle dans la mesure où, compte tenu des ralentissements économiques potentiellement engendrés par la période commencée à compter du 17 mars 2020 (fermetures d'entreprises, recours massif à l'activité partielle etc.) des retards ont pu être pris dans le respect de ses obligations. Nul doute qu'il s'agira d'un argument avancé en cas de contrôle. Il ne s'agira là néanmoins que d'une possibilité pour l'entreprise de justifier son retard mais, en aucun cas, d'un motif pour s'affranchir de ses obligations en matière d'égalité professionnelle.

5. La crise engendrée par la pandémie de Covid-19 a-t-elle accentué les inégalités entre travailleurs ?

À compter du 17 mars 2020, des mesures d'interdiction de déplacement en lien avec l'extension de la pandémie de Covid-19 ont été imposées en France, restreignant de ce fait la possibilité pour les salariés d'accéder à leur lieu de travail et encourageant le recours au télétravail. Certaines entreprises ont, en outre, été contraintes de cesser totalement leur activité, telles les entreprises de la restauration ou du spectacle. Cette période a fait émerger de nouvelles inégalités entre les travailleurs. En effet, les conditions d'exercice du télétravail par les salariés ne sont pas équivalentes (bénéfice d'une pièce à part dédiée au travail, bénéfice d'outils technologiques adaptés etc.), compte tenu notamment de la rapidité avec laquelle les entreprises ont dû s'adapter.

Aucun outil n'existe, à ce jour, pour permettre à l'entreprise de s'assurer du respect de l'égalité professionnelle entre les salariés en

télétravail et ceux physiquement présents dans l'entreprise. Nul doute que le critère du télétravail sera examiné lors des prochaines négociations obligatoires.

Par ailleurs, la fermeture temporaire de l'ensemble des structures d'accueil de jeunes enfants et d'établissements scolaires décidée dans le cadre des mesures visant à limiter la diffusion du Covid-19 par les autorités publiques a mis en exergue des situations inégalitaires entre les hommes et les femmes. Cette mesure a en effet donné lieu à la prise en charge exceptionnelle d'indemnités journalières par l'assurance maladie pour les parents qui n'auraient pas d'autre possibilité pour la garde de leur enfant que de rester à domicile, sans télétravail. Ce dispositif n'était possible que pour un seul parent à la fois. Les salariés concernés bénéficient du dispositif d'activité partielle à compter du 1^{er} mai 2020. Comment, alors, lorsque les deux parents devaient travailler – sans possibilité de télétravail – choisir le parent devant être placé en arrêt de travail pour garde d'enfants, ou en activité partielle à compter du 1^{er} mai 2020 ? Beaucoup ont – logiquement – choisi le parent qui avait la rémunération la moins élevée.

De la même manière, comment choisir le parent qui devait être placé en activité partielle en cas d'absence de réouverture de l'école des enfants à charge ?

Dès lors que le salaire des femmes est encore, dans certains cas, inférieur à celui des hommes, peut-on craindre que la pandémie de Covid-19 ait fait apparaître de nouvelles inégalités, en contraignant ces dernières à mettre leur carrière de côté ?

Au-delà de son impact sanitaire et économique, les employeurs doivent veiller à ce que la crise du Covid-19 et la généralisation du télétravail n'engendrent pas un retour en arrière en matière d'égalité professionnelle. Si les outils tendant à la promouvoir existent, leur application est encore trop restreinte et les garde-fous légaux qui entourent leur contrôle trop nombreux pour les rendre véritablement efficaces. Les nouvelles difficultés qui apparaissent en période de crise démontrent que des améliorations restent encore à prévoir.



*Consultez vos revues sur
tablette, smartphone et PC*!*



Nouveau
Version Web*



Un accès simple
et rapide
à vos archives



Un confort
de lecture



Un accès
optimisé pour
chaque support



Vos articles en
lecture audio**

Vos revues accessibles
à tout moment
sur votre PC



04/2017 - LEXISNEXIS S.A. - 552 029 431 RCS PARIS

1PREVIND036

TÉLÉCHARGEZ GRATUITEMENT
L'APPLI ET LAISSEZ-VOUS GUIDER...
www.lexisnexis.fr/lexiskiosque



PHOTOS © FOTOLIA.COM