

À LA UNE

EGALITE FEMMES-HOMMES : UN NOUVEL ELAN ?

La question de **l'égalité entre les hommes et les femmes** est devenue un véritable **enjeu de société**, comme l'a illustré l'actualité en ce mois de novembre 2018. Le mouvement #6Novembre15h35 a ainsi dénoncé les **écarts de salaire** entre les deux sexes, faisant symboliquement référence à la date et l'heure à partir desquelles les femmes en France travaillent « *gratuitement* » jusqu'à la fin de l'année.

Diverses organisations et associations françaises dressent le bilan suivant : **l'écart de salaires dans notre pays, entre hommes et femmes, est de 9% à travail égal**. Cet écart atteint **23,7 % pour les postes les moins qualifiés** et **25% sur l'ensemble de la carrière**. Au-delà des inégalités salariales, la faible mixité et le « plafond de verre » perdurent pour de nombreux métiers.

Ce constat cache toutefois d'**importantes disparités entre les entreprises**. Deux entreprises tricolores, L'Oréal et Kering, figurent par exemple parmi les trois meilleures élèves en matière d'égalité professionnelle dans le monde, et cinq sont dans le Top 20 (Société Générale, TF1 et Schneider Electric), selon la dernière édition du palmarès international de l'association Equileap.

Cette réduction des inégalités s'explique, notamment, par l'évolution de la société et la prise de conscience des atouts de la mixité, mais aussi la contrainte de la loi. Pour autant, il reste du chemin à parcourir : les normes juridiques actuelles n'ont pas suffi à conquérir une égalité de fait.

Pour inciter chaque entreprise à garantir l'égalité hommes-femmes, la ministre du Travail, Muriel Pénicaud, a récemment déclaré que **les entreprises, sur lesquelles pesait jusqu'à présent une obligation de moyens, auront bientôt une « obligation de résultats »**. Ce changement s'inscrit dans la lignée des objectifs fixés par le président de la République qui avait annoncé, il y a un an jour pour jour, que **l'égalité entre les sexes serait « la grande cause du quinquennat »** (discours du 25 novembre 2017 à l'occasion de la journée internationale pour l'élimination de la violence à l'égard des femmes).

Si le sujet est omniprésent dans le code du travail depuis plusieurs dizaines d'années, les **réformes à venir devraient davantage inciter les entreprises à prendre part à la promotion de l'égalité entre les sexes**. La feuille de route du gouvernement du 7 mars dernier comprenait ainsi dix actions en vue de renforcer l'égalité professionnelle hommes-femmes et cinq actions en vue de réprimer les violences à caractère sexuel et sexiste. **A l'incitation sera adjointe la sanction.**

Plus que jamais, les entreprises sont donc incitées - et contraintes - à prendre part aux changements nécessaires à l'égalité de traitement, peu importe le sexe. Ce mouvement s'inscrit dans la lignée du **développement de la « responsabilité sociétale » des entreprises**. Il est donc dans leur intérêt de prendre davantage d'initiatives en matière d'égalité hommes-femmes, afin de modérer les « velléités sanctionnatrices » du législateur et son flot de réformes.

Dès lors, les questions suivantes méritent d'être posées : **quel bilan dresser des règles adoptées au cours des dernières décennies pour favoriser l'égalité hommes-femmes en**

entreprise ? Le droit du travail a-t-il réellement évolué en la matière ? Quid des nouvelles mesures tendant à assurer de façon plus concrète l'égalité entre les sexes ?

Les exemples qui suivent présentent les nouveaux textes que les entreprises devront s'approprier, et leur complémentarité avec les grands principes posés antérieurement.

Des principes généraux forts sur le papier... faibles en pratique

Le célèbre article L. 1132-1 du code du travail **prohibait déjà, de manière générale, les discriminations, notamment en raison du sexe.**

L'article L. 3221-2 du code du travail prévoyait aussi que « *tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes* ».

Malgré ces grands principes et les actions qu'ils autorisent (actions en rappel de salaire ou en réparation du préjudice résultant d'une discrimination), les différences de traitement ont persisté. Pour y remédier, la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel du 5 septembre 2018 est venue poser de nouveaux garde-fous.

La mise en place d'un index de l'égalité professionnelle

La ministre du Travail, Muriel Pénicaud, a annoncé la **création d'un Index de l'égalité femmes-hommes**, pour « *en finir avec les inégalités salariales, de façon simple, fiable et motivante pour tous* ». Cet index devrait permettre aux entreprises de mesurer leur niveau en matière d'égalité professionnelle entre les deux sexes.

- **Les critères**

Le 22 novembre dernier, le gouvernement a présenté les **cinq indicateurs** que les entreprises devront utiliser pour **mesurer les inégalités hommes-femmes** dans leur effectif :

- les **écarts de salaire entre les hommes et les femmes, à poste et âge comparable** (40 points). Pour comparer les rémunérations moyennes, seront pris en compte les rémunérations de base et variables, les primes individuelles de performance et les avantages en nature. En revanche, les primes et salaires liés aux conditions de travail (travail de nuit ou heures supplémentaires, par exemple) et les primes de départ et de précarité seront exclus ;
- les **chances d'avoir une augmentation** (20 points). Si l'entreprise a augmenté autant d'hommes que de femmes, le maximum de points lui sera accordé, à 2% ou à deux personnes près. Cet indicateur pourra être calculé sur trois ans si cela correspond à la politique de ressources humaines de l'entreprise ;
- les **chances d'obtenir une promotion** (15 points). Pour obtenir l'intégralité des points, l'entreprise devra promouvoir autant de femmes que d'hommes, à 2% ou à deux personnes près. Ici encore, l'indicateur pourra être calculé sur trois ans si cela correspond à la politique de ressources humaines de l'entreprise ;
- les **augmentations post-congé maternité** (15 points). A la suite d'un congé maternité, la rémunération de la salariée devra être majorée des augmentations générales, ainsi que de la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant la durée de ce congé par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou, à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise. Si cette obligation est respectée pour chaque salariée concernée, l'entreprise obtiendra la totalité des points. A défaut, elle n'obtiendra aucun point ;
- le **nombre de femmes parmi les dix plus hautes rémunérations** (10 points).

Seuls **quatre indicateurs seront appliqués aux entreprises de 50 à 250 salariés** : les indicateurs relatifs à la chance d'avoir une augmentation et une promotion seront remplacés par un indicateur relatif aux chances d'obtenir une augmentation de salaire, peu importe que l'augmentation soit liée à une promotion.

- **Le calendrier et l'accompagnement**

S'agissant de la mise en œuvre de cet index, le calendrier est le suivant :

- les entreprises **de plus de 250 salariés** seront assujetties à cette nouvelle obligation dès le **1^{er} mars 2019**, la première mesure concernant ainsi l'année 2018. Les entreprises de 251 à 1000 salariés bénéficieront, dans ce cas, d'une période d'accompagnement pédagogique assuré par un « *réseau de délégués à l'égalité* » jusqu'au 1^{er} septembre 2019 (date butoir pour publier leur note) ;
- les entreprises **de 50 à 250 salariés** seront assujetties à compter du **1^{er} mars 2020**. Elles seront accompagnées par les Direccte et des référents régionaux, qui devront faire état des éventuelles difficultés d'application pour améliorer le fonctionnement de l'index et favoriser son appropriation.

Selon le gouvernement, « *les données nécessaires à la méthodologie sont déjà existantes dans les entreprises car elles sont transmises dans la base de données économiques et sociales (BDES) ou font partie des obligations légales* ».

A noter que ces obligations **ne s'appliquent pas aux entreprises de moins de 50 salariés**.

Les critères précités figurent dans le dossier de presse sur « L'index de l'égalité femmes/hommes », publié par le ministère du Travail le 22 novembre 2018. Ils **doivent être confirmés par décrets dans les prochaines semaines**. Nous ne manquerons pas de vous tenir informés en cas de changement.

- **Les incitations et les sanctions**

Les entreprises concernées devront mesurer **chaque année** les indicateurs de l'égalité professionnelle hommes-femmes et **publier leur note globale sur leur site Internet**. Les résultats détaillés de la mesure de chaque indicateur devront également être **mis à disposition des membres du CSE** de l'entreprise. Cette double transparence devrait inciter chaque entreprise à s'investir dans la promotion de l'égalité professionnelle.

De manière plus coercitive, **les entreprises dont le score sera inférieur à 75 points sur 100 devront mettre en place des actions correctives adéquates dans les trois ans pour atteindre ce score minimal. A défaut, elles seront passibles d'une pénalité financière pouvant atteindre jusqu'à 1% de la masse salariale** - la Direccte pouvant toutefois accorder un délai supplémentaire d'un an, notamment pour les petites entreprises dont les marges de manœuvre budgétaires sont parfois plus limitées.

Soulignons que l'amende pouvant atteindre 1% de la masse salariale existait déjà dans la loi, mais n'était que **très rarement appliquée**. Le ministère du Travail a toutefois prévu d'augmenter les contrôles de l'inspection du travail de 1.730 à 7.000 par an. Les entreprises doivent donc s'attendre à des contrôles sur ce sujet.

L'information et la consultation renforcées

Depuis plusieurs années, les employeurs doivent **informer, consulter et négocier sur l'égalité professionnelle** hommes-femmes. Ces obligations vont être renforcées.

- **L'information à tous niveaux**

L'article L. 2312-18 du code du travail, dans sa version initiale créée par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, disposait déjà qu'« *une base de données économiques et sociales rassemble*

*l'ensemble des informations nécessaires aux consultations et informations récurrentes que l'employeur met à disposition du comité social et économique. Ces informations comportent en particulier des **indicateurs relatifs à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, notamment sur les écarts de rémunération** ».*

Le texte a été modifié par la loi du 5 septembre 2018 afin d'ajouter aux informations mises sur la BDES « **les informations sur la méthodologie et le contenu des indicateurs prévus à l'article L. 1142-8** », c'est-à-dire les indicateurs pris en compte par le nouvel index de l'égalité hommes-femmes (v. supra).

Cette modification, en apparence légère, va **contraindre les entreprises à compléter leurs BDES**, notamment en précisant :

- la **rémunération moyenne pour les femmes et les hommes, selon les tranches d'âge retenues par le gouvernement** (moins de 30ans, de « 0 à 40ans, de 40 à 50ans, et 50 ans et plus) ;
- le **nombre** ou le **taux d'augmentations** dans l'entreprise par sexe ;
- le **pourcentage de femmes augmentées après leur retour de congé maternité**.

Le suivi de ces nouveaux indicateurs devrait permettre, en premier lieu, d'informer et de consulter le CSE et, en second lieu, de négocier un accord sur l'égalité professionnelle hommes-femmes.

Qui plus est, **les informations délivrées au CSE ainsi que les indicateurs publiés annuellement par l'employeur serviront de base à la délibération annuelle du conseil d'administration ou de surveillance** d'une société anonyme ou d'une société en commandite par actions portant sur la politique de la société en matière d'égalité professionnelle et salariale.

Parallèlement, **les obligations des branches en matière d'information sur l'égalité professionnelle vont également être renforcées**. Les branches devront rendre compte, dans leur rapport annuel d'activité, de leur action en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, « *notamment en matière de classifications, de promotion de la mixité des emplois et d'établissement des certificats de qualification professionnelle, des données chiffrées sur la répartition et la nature des postes entre les femmes et les hommes ainsi qu'un bilan des outils mis à disposition des entreprises pour prévenir et agir contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes* » (C. trav., art. L. 2232-9 3° en vigueur le 1^{er} janvier 2019).

L'information individuelle sera favorisée sur ce dernier point. L'article L. 1153-5 du code du travail, dans sa version modifiée par la loi du 5 septembre 2018, **impose une information « dans les lieux de travail, ainsi que dans les locaux ou à la porte des locaux où se fait l'embauche » du texte de l'article 222-33 du code pénal sur le harcèlement sexuel**, ainsi que des actions contentieuses civiles et pénales ouvertes en la matière et des coordonnées des autorités et services compétents.

○ **La consultation**

A l'avenir, **dès lors que l'entreprise (d'au moins 50 salariés) n'atteindra pas 75 points, la négociation obligatoire sur l'égalité professionnelle devra également porter sur les mesures adéquates et pertinentes de correction** et, le cas échéant, la programmation, annuelle ou pluriannuelle, de mesures financières de rattrapage salarial.

En l'absence d'accord prévoyant de telles mesures, celles-ci seront déterminées par **décision unilatérale de l'employeur, après consultation du CSE**. Cette décision devra alors être déposée auprès de l'administration, dans les mêmes conditions que le plan d'action établi en l'absence d'accord.

L'autorité administrative pourra présenter des observations sur les mesures retenues par l'accord ou l'employeur (C. trav, art. L. 1142-9).

Enfin, **certaines entreprises se sont d'ores et déjà saisies des consultations obligatoires pour s'engager en matière d'égalité professionnelle et montrer la voie**. C'est l'exemple de

Renault qui a prévu, dans son dernier accord en faveur de l'égalité professionnelle et de la mixité, de porter à 22,2% le taux de femmes aux « postes clés » ou encore d'Air France dont l'accord entend allonger la durée du congé paternité et faciliter l'accès au télétravail pour les femmes enceintes - le combat pour l'égalité professionnelle ne se limitant pas uniquement à l'égalité salariale.

Conclusion

Les entreprises ont tout intérêt à participer à ce nouvel élan en matière d'égalité hommes-femmes. **Une telle égalité, non cantonnée aux salaires, devrait renforcer leur attractivité et compétitivité.**

Selon Diana van Maasdijk (cofondatrice d'Equileap - organisation visant à accélérer les progrès vers l'égalité des sexes sur le lieu de travail), les **entreprises soucieuses de l'égalité hommes-femmes ont notamment de meilleurs résultats financiers.**

Certaines études ont également relevé que **les équipes de direction plus diversifiées sont aussi plus innovatrices, et parviennent à de meilleurs résultats commerciaux** : en 2017, le Boston Consulting Group a constaté que les entreprises ayant obtenu des résultats supérieurs à la moyenne en matière de diversité généraient **45% de revenus d'innovation en plus** par rapport à celles dont les profils des collaborateurs étaient moins diversifiés.

Le cap est clair et l'intérêt évident. Reste aux entreprises à se saisir du sujet. Sans volontarisme, cette nouvelle réforme ne sera qu'un coup d'épée dans l'eau. Un de trop ?

Cass. soc., 7 novembre 2018, n° 17-16.799

La transmission des bulletins de salaire de salariés mentionnant des données personnelles à d'autres parties au litige, et sans leur accord préalable, constitue une atteinte à la vie privée, pouvant donner lieu à une indemnisation.

Dans cet arrêt, les seules mentions relatives à l'emploi occupé et la classification, ainsi qu'au coefficient étaient nécessaires au succès de la prétention de l'employeur. Dès lors, la Cour de cassation considère que les bulletins de salaire produits auraient dû occulter les données personnelles telles que l'âge, le salaire, l'adresse personnelle, la domiciliation bancaire et l'existence d'arrêts de travail pour maladie.

Cass. soc., 7 novembre 2018, n° 17-18.936

Durant le congé de reclassement, le salarié conserve un lien contractuel avec son employeur.

La Chambre sociale précise pour la première fois que **les salariés en congé de reclassement doivent également bénéficier de la participation mise en place au sein de l'entreprise, sous réserve du respect de la condition d'ancienneté fixé par l'accord ou la loi.**

Cass. soc., 7 novembre 2018, n° 17-14.716

Lorsqu'un salarié protégé demande sa réintégration pendant la période de protection, au titre de la méconnaissance du statut protecteur, il a droit à une indemnité égale à la rémunération qu'il aurait perçue depuis la date de son éviction jusqu'à sa réintégration.

La Chambre sociale considère néanmoins qu'à l'expiration de la période de protection, lorsque la demande de réintégration par le salarié est tardive, en l'espèce quatre ans après son licenciement, ce dernier n'a droit qu'à la rémunération qu'il aurait perçue du jour de sa demande de réintégration à celui de sa réintégration effective.

Cass. soc., 14 novembre 2018, n° 17-20.659 et 17-16.959

La Cour de cassation précise son analyse en matière de reconnaissance d'heures supplémentaires.

Un salarié peut prétendre au paiement des heures supplémentaires, peu important l'absence d'accord préalable de son supérieur hiérarchique, s'il est établi que la réalisation de telles heures a été rendue nécessaire par les tâches qui lui ont été confiées.

Cass. soc., 21 novembre 2018, n° 17-16.766

Depuis la loi n°2013-504 du 14 juin 2013, le juge administratif est compétent en matière de vérification du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (« PSE »).

La Chambre sociale affirme pour la première fois que le juge judiciaire, qui contrôle le respect par l'employeur de l'obligation individuelle de reclassement, ne peut fonder sa décision sur les éventuelles insuffisances des dispositions relatives au reclassement contenues dans un PSE.

Cass. soc., 21 novembre 2018, n° 16-27.690

Dans le cadre des groupes de sociétés uniquement, la Cour de cassation vient préciser le périmètre de reconnaissance d'une unité économique et sociale (« UES »). Cet arrêt s'attache plus particulièrement à la prise en compte des entités n'ayant pas la personnalité morale, à l'instar des succursales.

L'UES peut donc être reconnue par convention ou par décision de justice **entre des entités juridiquement distinctes dotées, ou non, de la personnalité morale, si les critères classiques de l'UES sont réunis** (concentration des pouvoirs de direction, similarité ou complémentarité des activités, et une communauté de travailleurs).

La Chambre sociale revient donc partiellement sur son arrêt dit « Vivendi » du 7 mai 2002 limitant la reconnaissance de l'UES aux entités dotées de la personnalité morale (Cass. soc., 7 mai 2002, n° 00-60.424).

La Chambre sociale de la Cour de cassation statue pour la première fois sur la qualification du contrat liant un livreur à une plate-forme numérique.

Par un attendu très classique reprenant les critères servant à caractériser l'existence d'un contrat de travail, la Cour de cassation estime

qu'un **lien de subordination** existait dès lors que :

« l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci et, d'autre part, que la société Take Eat Easy disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier ».

EN BREF

Un « **questions-réponses** » sur les **emplois francs**, expérimenté dans des quartiers prioritaires avant sa généralisation prévue en 2020, a été publié le 25 octobre 2018 sur le site internet du ministère du travail.

Le **décret n° 2018-990 du 14 novembre 2018** permettant la mise en œuvre de l'expérimentation par les entreprises adaptées volontaires d'un accompagnement des transitions professionnelles afin de favoriser la mobilité professionnelle des travailleurs handicapés volontaires vers les autres entreprises en recourant au contrat à durée déterminée, a été publié.

Le **décret n° 2018-1002 du 19 novembre 2018** porte création du conseil de l'inclusion dans l'emploi et vient remplacer le Conseil national de l'insertion par l'activité économique.

En application de la loi Avenir professionnel, un **projet de décret relatif aux modalités de conversion en euros** des heures acquises au titre du compte personnel de formation (« CPF ») et du droit individuel à la formation (« DIF ») au 31 décembre 2018, a été examiné par le Conseil National de l'Emploi, de la Formation et de l'Orientation Professionnelles (« CNEFOP ») le 20 novembre 2018. Il devrait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2019.

LE COIN DU PRATICIEN : LES FORFAITS-JOURS

Le dispositif du forfait-jours – qui concerne près d'un cadre sur deux – consiste à décompter le temps de travail, non pas selon une référence horaire, mais selon le nombre de jour travaillés sur l'année.

Pour les salariés soumis à ce dispositif, les dispositions suivantes, relatives à la durée du travail, **ne sont pas applicables** (C. trav., L. 3121-62) :

- durée légale hebdomadaire (35 h) ;
- durée quotidienne maximale ;
- durées maximales hebdomadaires.

En revanche, leur sont applicables celles concernant :

- le repos quotidien minimum (11h) ;
- le repos hebdomadaire (24 h) ;
- les jours fériés et congés payés.

Salariés concernés

Une convention de forfait en jours sur l'année peut être conclue avec (C. trav., L. 3121-58) :

- des **cadres disposant d'une autonomie** dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature de leur fonction ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ;
- des salariés dont la **durée de travail ne peut pas être prédéterminée** et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées.

Pour être éligible au forfait-jours, le salarié doit relever d'une des catégories définies par **l'accord collectif** applicable dans la Société.

Enfin, il convient de rappeler que l'application d'un tel forfait nécessite **l'accord exprès du salarié** (formalisé par un écrit) (C. trav., L. 3121-55).

S'agissant d'une modification de son contrat de travail, ce forfait ne saurait lui être imposé (sauf exception tenant à ce qu'un accord de performance collective modifie les dispositions de l'accord collectif pour un salarié déjà soumis à un tel forfait) (Cass. soc., 30 mai 2007, n° 05-41.802).

Mise en place

Seul un accord collectif (accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, convention collective ou accord de branche) peut permettre la mise en place des forfaits-jours : **les clauses que doit comporter l'accord collectif sont listées à l'article L. 3121-64 du code du travail.**

L'accord collectif doit garantir « le respect du droit à la santé et au repos des salariés » et le CSE doit être informé et consulté sur le recours aux conventions de forfait et les modalités de suivi de la charge de travail des salariés (C. trav., L. 2312-26).

En sus de l'existence d'un accord collectif, une **convention individuelle de forfait doit être conclue** avec chaque salarié concerné (C. trav., L. 3121-55).

Fonctionnement

Le **nombre de jours de travail** imposés au salarié est fixé dans la convention individuelle de forfait et est limité à 218 jours par an.

En cas de dépassement (jusqu'à 235 jours maximum, à défaut d'accord), il faudra les rémunérer (en payant des majorations).

Les jours (ou ½ journées travaillées) sont décomptés chaque année par l'employeur (C. trav., D. 3171-10) et la charge de la preuve de ce nombre est répartie entre l'employeur et le salarié (Cass. soc., 7 décembre 2010, n° 09-42.626).

Suivi

L'employeur doit s'assurer régulièrement du **caractère raisonnable de la charge de travail.**

Son suivi peut être assuré par la réalisation de plusieurs entretiens dans l'année et complété par un système d'alertes.

Plusieurs dispositifs de contrôle permettant d'assurer une amplitude de travail raisonnable sont envisageables (système auto-déclaratif sur le nombre de jours travaillés, fermeture des locaux ou blocage des boîtes mails sur une plage horaire et le week-end ou encore badgeage à l'arrivée et au départ de la Société).

En cas de non-respect, le salarié peut réclamer le paiement des heures supplémentaires ou obtenir des dommages et intérêts. L'employeur peut également se voir condamner sur le fondement de son obligation de sécurité si le salarié démontre un préjudice moral.

Conclusion

En pratique, les tentatives de remise en cause des forfaits-jours devant le Conseil de prud'hommes sont un peu moins fréquentes depuis que la jurisprudence de la Cour de cassation a été assimilée par les employeurs et que le législateur est intervenu pour sécuriser ces dispositifs.

Un suivi rigoureux s'impose toutefois pour éviter des difficultés en cas de litige, tant sur le plan de la durée du travail et des heures supplémentaires que de la santé au travail.

VIE DU CABINET

Mickaël d'Allende, Pierre Lubet, Laura Beserman et **Flora Pouliquen** ont animé un petit-déjeuner le 15 novembre 2018 sur le thème suivant : « *CSE : quels changements pour un premier bilan ?* ».

Mickaël d'Allende a été membre de jury du « Grand Oral » de l'examen d'entrée à l'Ecole de formation du Barreau de Paris au sein de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

ALTANA
VOCATS • PARIS

45 rue de Tocqueville • 75017 Paris, France
Tél. : +33 (0)1 79 97 93 00
www.altanalaw.com

