



ADVANT Altana NEWSLETTER DROIT SOCIAL

FÉVRIER 2022

EDITO

L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes a été déclarée comme grande cause nationale pour le quinquennat par le Président de la République. Plus de 46 ans après l'inscription du principe «à travail égal, salaire égal», il demeure 9 % d'écarts de salaire injustifiés entre les femmes et les hommes.

Notre «Une» est consacrée à ce sujet. Dans notre rubrique le «coin du praticien» nous vous proposons de revenir sur l'accès et l'utilisation des données personnelles par les salariés et anciens salariés. Quid de l'accès aux mails dont les salariés sont les auteurs ou dans lesquels ils sont cités ? Qu'en est-il des messages dits «personnels»? Nous nous penchons tout particulièrement sur ce qu'indique la CNIL en la matière.

Vous retrouverez également les dernières actualités législatives et jurisprudentielles en matière de Droit du travail.

Bonne lecture,

L'équipe Droit social
d'Advant Altana

À LA UNE

Au compter du 1^{er} mars 2022, toutes les entreprises de 50 salariés et plus devront avoir calculé et publié sur leur site Internet leur index égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Elles devront aussi transmettre leurs résultats aux services du ministère du Travail et à leur CSE. Un communiqué du ministère du Travail du 3 février 2022 est venu apporter des précisions.



Calcul de l'index égalité professionnelle

L'index égalité professionnelle permet aux entreprises de mesurer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise sur une période de 12 mois consécutifs. L'index est une note sur 100, calculée à partir de 4 ou 5 indicateurs selon la taille de l'entreprise.

Les quatre indicateurs pour les entreprises comptant de 50 à moins de 250 salariés sont :

- l'écart moyen de rémunération entre les femmes et les hommes par tranche d'âge et par catégorie de postes équivalents,
- l'écart de taux d'augmentation individuelle de salaire,
- la répartition par sexe des dix salariés ayant perçu les plus hautes rémunérations,

- et le pourcentage de salariées ayant bénéficié d'une augmentation dans l'année suivant leur retour de congé de maternité.

Pour les entreprises d'au moins 250 salariés, un indicateur relatif à l'écart de taux de promotion entre les femmes et les hommes s'ajoute aux quatre indicateurs précédemment cités.

Pour aider les entreprises à satisfaire leur obligation, le ministère du Travail rappelle que les employeurs disposent d'outils d'aide au calcul de l'index, notamment un simulateur en ligne (index-egapro.travail.gouv.fr), des modules gratuits de formation en ligne ainsi que l'aide de référents joignables au sein des DREETS.

Publication de la note globale et des indicateurs sur le site internet de l'entreprise



La note globale sur 100 ainsi que les résultats pour chaque indicateur de l'index doivent être publiés chaque année au plus tard le 1er mars de l'année en cours, de manière visible et lisible sur le site internet de l'entreprise s'il en existe un.

Les résultats ainsi publiés doivent être consultables sur le site au moins jusqu'à la publication de l'année suivante. À défaut de disposer d'un site Internet (au niveau de l'entreprise, du groupe ou de l'UES), l'entreprise doit porter les résultats à la connaissance des salariés par tout moyen.

Communication des résultats à l'administration du travail

L'entreprise doit transmettre ses indicateurs et son index aux services de l'inspection du travail via le site « Index Egapro ». D'après le questions-réponses actualisé du ministère du Travail, elle devra également communiquer le lien du site internet sur lequel sont publiés ses résultats.

En application de la loi n° 2021-1774 du 24 décembre 2021 visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle, le ministère du Travail rendra public l'ensemble de ces indicateurs sur son site internet, dans des conditions qui seront fixées par un décret à paraître. En pratique, il avait déjà pris l'initiative de publier sur son site les résultats obtenus par les entreprises d'au moins 251 salariés.

Mettre les résultats à la disposition du CSE via la BDESE

L'entreprise doit mettre à la disposition du CSE la note globale ainsi que les indicateurs via la base de données économiques, sociales et environnementales (BDESE). Selon le questions-réponses du ministère, l'entreprise doit transmettre les résultats à son CSE en amont de la première réunion suivant la publication de l'index. Elle doit également lui transmettre le lien du site sur lequel sont publiés les résultats.

Objectifs de progression en cas de note insuffisante

Lorsque la note obtenue est inférieure à 75 points (sur 100), l'entreprise doit prendre les mesures adéquates et pertinentes de correction, par la négociation obligatoire portant sur l'égalité professionnelle ou, à défaut, par décision unilatérale, afin de diminuer les écarts dans un délai de trois ans. À compter de la publication de l'index le 1^{er} mars 2022, elle devra également fixer dans ce cadre des objectifs de progression pour chacun des indicateurs, dans des conditions définies par un décret à paraître.

Sanctions

En cas de non-publication de ses résultats de manière visible et lisible ou d'absence de mise en œuvre de mesures correctives ou d'inefficacité, l'entreprise s'expose à une pénalité financière pouvant aller jusqu'à 1 % de la masse salariale au titre des périodes durant lesquelles elle méconnaît ses obligations (chaque mois entier à compter du terme de la mise en demeure jusqu'à la réception de la justification de l'obligation par l'inspecteur du travail). D'après le communiqué du ministère du Travail, 500 mises en demeure ont été notifiées aux entreprises depuis le début de la mise en place du dispositif.

A l'expiration d'un délai de trois ans accordé à l'entreprise pour se mettre en conformité, si les résultats sont toujours inférieurs à 75 points, l'employeur peut se voir appliquer une pénalité financière fixée à 1% maximum de la masse salariale au cours de l'année civile précédent l'expiration du délai. Un an supplémentaire peut être accordé pour se mettre en conformité.

L'employeur qui se voit appliquer la pénalité de 1% pour mauvais résultats ne peut se voir appliquer la pénalité de 1% pour absence d'accord. En revanche, une instruction de la Direction Générale du travail (DGT) du 25 janvier 2019 avait précisé que la réciproque n'est pas légalement prévue. Ainsi, l'employeur peut se voir appliquer une pénalité de 1% pour absence d'accord, puis une seconde pénalité pour mauvais résultats.

Vers une parité parmi les cadres dirigeants et les instances dirigeantes

La loi du 24 décembre 2021 a ajouté une nouvelle obligation de communication à la charge des entreprises qui emploient au moins 1000 salariés pendant trois exercices consécutifs. Elles devront publier annuellement les écarts éventuels de rémunération entre les femmes et les hommes parmi leurs cadres dirigeants et les membres des instances dirigeantes à compter du 1^{er} mars 2022.

La proportion de personnes de chaque sexe parmi les cadres dirigeants et dans les instances dirigeantes ne pourra pas être inférieure à 30% à compter du 1^{er} mars 2026 et à 40% à compter du 1^{er} mars 2029.



LE COIN DU PRATICIEN

Dans le cadre du droit d'accès à leurs données personnelles, les salariés et anciens salariés peuvent demander à l'employeur l'accès et la communication des données les concernant et en demander une copie, y compris la copie des courriels professionnels. Dans une note publiée sur son site internet le 5 janvier 2022, la Cnil détaille la marche à suivre pour répondre à une telle demande.

Quelles sont les informations préalables à vérifier avant la transmission des données personnelles ?

S'assurer de l'identité du salarié

Si l'employeur a des « doutes raisonnables » sur l'identité du demandeur, il peut lui demander de joindre tout document permettant de prouver son identité. Attention, il n'est pas possible de demander des pièces justificatives qui seraient « abusives, non pertinentes et disproportionnées ». Le fait d'exercer ses droits depuis un espace où la personne s'est authentifiée (via la messagerie électronique professionnelle ou l'intranet de l'entreprise) peut être suffisant.

Retranscrire les données

Le droit d'accès porte uniquement sur les données personnelles et non sur des documents. Néanmoins, il n'est pas interdit de communiquer les documents plutôt que les données seules si cela s'avère plus pratique.

Vérifier que la demande ne concerne pas un tiers

L'exercice du droit d'accès ne peut pas porter atteinte au droit d'autrui. La Cnil souligne que « le respect du droit à la vie privée, le secret des affaires et le secret des correspondances sont régulièrement invoqués par les employeurs pour refuser de répondre favorablement à des salariés ». En pratique, cela peut conduire par exemple à masquer l'identité des salariés ou des éléments permettant indirectement de les identifier.

Quels mails peuvent être transmis au salarié ?

L'accès aux mails professionnels

Lorsque le salarié demande l'accès à ses mails professionnels, l'employeur devra distinguer deux situations selon que le salarié demandeur est :

- soit l'expéditeur ou le destinataire des courriels,
- soit seulement mentionné dans le contenu des courriels.

a) Mails professionnels du salarié expéditeur ou destinataire

Lorsque le salarié est l'émetteur ou le destinataire des courriels dont il demande la copie, il est supposé avoir eu connaissance des informations contenues dans les messages. L'employeur ne pourra donc pas s'opposer à une demande sur le fondement du respect des droits des tiers. Toutefois, dans des cas exceptionnels, alors même que les courriels sont pourtant connus du demandeur, s'il existe un risque pour les droits des tiers ou un

risque d'atteinte à un secret, il y aura lieu de supprimer ou anonymiser les données, voire de rejeter la demande d'accès en la motivant. C'est le cas, par exemple, lorsque les courriels contiennent des informations qui porteraient atteinte à la sécurité nationale ou à un secret industriel.

b) Mails professionnels dans lesquels le salarié est mentionné

Pour répondre à une telle demande, l'employeur doit vérifier dans un premier temps que les moyens à mettre en œuvre pour identifier les courriels demandés n'entraînent pas d'atteinte disproportionnée aux droits des salariés. Ainsi, lorsque la demande porte sur le scan de l'ensemble des messageries des salariés, le demandeur doit être invité à préciser sa demande.

Si, en revanche, les indications fournies par le demandeur permettent d'identifier les courriels demandés, l'employeur devra ensuite étudier leur contenu et apprécier la portée de l'atteinte aux droits des tiers que représenterait leur communication. Par exemple, un employeur pourra refuser de donner suite à une demande de communication de mails portant sur une enquête disciplinaire et dont le contenu pourrait permettre d'identifier les personnes concernées.

c) Le cas particulier des mails personnels

Lorsque les courriels sont identifiés comme personnels ou lorsque leur contenu est privé, l'employeur n'est

pas autorisé à y accéder. Il devra donc les fournir en l'état, mais uniquement à condition que le salarié demandeur soit l'expéditeur ou le destinataire.

L'employeur peut-il refuser la transmission des données personnelles ?

L'employeur n'est pas toujours tenu de répondre aux demandes des salariés notamment lorsque les données ne sont plus conservées

ou ont été effacées ou lorsque les demandes sont manifestement infondées ou excessives, notamment lorsqu'elles sont multiples et rapprochées.

En principe, pour répondre à une demande de droit d'accès, l'employeur a un mois maximum pour une demande simple et jusqu'à trois mois maximum pour une demande complexe.

La Cnil rappelle que le droit d'accès

ne doit pas être confondu avec les autres règles de communication de documents ou de pièces dans le cadre d'une procédure judiciaire. Ainsi, même si l'employeur refuse de faire suite à la demande de droit d'accès d'un salarié, celui-ci pourra toujours obtenir d'un juge la production des courriels litigieux dans le cadre d'un contentieux, sous réserve que cette production soit nécessaire et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.



JURISPRUDENCES

- La contestation portant sur les résultats des élections, lorsqu'elle est la conséquence d'une contestation du périmètre dans lequel les élections ont lieu, lequel n'est pas un élément spécifique au premier tour, est recevable si elle est faite dans les 15 jours suivant la proclamation des résultats des élections (*Cass. soc., 19 janv. 2022, n° 20-17.286*)
- Dans le cadre d'une rupture conventionnelle, l'employeur, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence, doit le faire au plus tard à la date de rupture fixée par la convention, no-

nobstant toutes stipulations ou dispositions contraires. (*Cass. soc., 26 janvier 2022, n°20-15.755*)

- En l'absence de conclusion d'un accord sur la renonciation à des jours de repos en contrepartie d'une majoration de salaire, le juge fixe le montant de la majoration applicable à la rémunération due en contrepartie du temps de travail excédant le forfait en jours convenu, ayant la possibilité de dépasser le taux minimum de 10 % prévu par le Code du travail dans le cadre du dispositif de rachat de jours de repos. (*Cass. soc., 26 janv. 2022, n° 20-13.266*)

Le dépassement de la durée maximale de travail cause nécessairement un préjudice au salarié (*Cass. soc., 26 janv. 2022, n°20-21.636*)

- L'employeur ne saurait invoquer l'inopposabilité d'un accord collectif fixant la répartition des sièges entre établissements pour déterminer la composition du CSE central dès lors qu'il l'a signé. L'administration, saisie d'une demande tendant à procéder à cette répartition, ne peut revenir ultérieurement sur sa décision implicite de rejet. (*Cass. soc., 2 févr. 2022, n°20-60.262*)

EN BREF

- La convention collective nationale du secteur de la métallurgie a été signée le 7 février 2022 entre l'Union des industries et métiers de la métallurgie (UIMM) et trois organisations syndicales représentatives de la branche (la CFDT, FO et la CFECGC), après plus de cinq ans de négociation. Cette nouvelle convention collective unique doit remplacer à compter du 1^{er} janvier 2024 les conventions existantes.

- Décrets n°2022-77 et n°2022-78 du 28 janvier 2022 relatifs à la détermination du taux de l'indemnité d'activité partielle

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045083009>

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045083016>

- *Loi n°2022-139 du 7 février 2022* ratifiant l'ordonnance n° 2021-484 du 21 avril 2021 relative aux modalités de représentation des travailleurs indépendants recourant pour leur activité aux plateformes et aux conditions d'exercice de cette représentation et portant habilitation du Gouvernement à compléter par ordonnance les règles organisant le dialogue social avec les plateformes

- *Décret n°2022-142 du 7 février 2022* modificatif relatif à l'organisation et aux conditions de déroulement du scrutin destiné à mesurer l'audience des organisations de travailleurs des plateformes

- Le *protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de la Covid-19* a été mis à jour le 16 février 2022, portant sur les modalités de recours au télétravail dans le cadre du dialogue social de proximité, l'assouplissement des règles relatives aux moments de convivialité et aux réunions en présentiel

AGENDA

- Mickaël d'Allende est intervenu auprès des étudiants du Master 2 DJCE de Montpellier le 1^{er} février 2022 sur le thème des politiques de rémunération

