



DISCRIMINATIONS SALARIALES

Quels sont les recours ?

Inscrite dans le Code du travail depuis 1972, l'égalité salariale à travers l'adage « à travail égal, salaire égal » peine encore aujourd'hui à être respectée dans toutes les entreprises. La discrimination salariale n'est pas que de genre. Elle concerne tous les écarts de rémunération qui ne reposent pas sur des éléments objectifs. Comment la faire constater ? Comment la réfréner ?

Parler de discrimination salariale, c'est avant tout tenter de déchiffrer le régime juridique qui l'entoure.

Un principe légal

L'article L 1132-1 du Code du travail énonce l'ensemble des motifs discriminatoires en entreprise. Régulièrement mis à jour, il en comporte aujourd'hui plus d'une vingtaine. Même si dans les textes aucune discrimination salariale n'est autorisée dans l'entreprise, celle-ci existe et persiste néanmoins. Pour les réduire et les faire disparaître et plus particulièrement la discrimination salariale, le législateur impose donc aux

sociétés la mise en place de plusieurs dispositifs de contrôle et de suivi. Avant d'aborder les possibilités de recours, il convient de caractériser très précisément la discrimination que les salariés entendent faire reconnaître.

Un écueil : le périmètre pris en compte

La discrimination salariale consiste à rémunérer deux salariés de manière inégale alors qu'ils produisent le même travail ou la même valeur dans l'entreprise. Ce principe énoncé par la loi de 1972 « à travail égal, salaire égal » consistait à l'époque à comparer les employés d'une même entreprise. Il a fallu se réinterroger sur le périmètre dans lequel un salarié peut

INÉGALITÉS SALARIALES

Les femmes, toujours lésées en 2023

Le 4 novembre 2022 à 9 h et 55 minutes les femmes salariées ont travaillé gratuitement jusqu'au 31 décembre 2022. Elles ont « gagné » deux jours et 1 h 30 en 2023, cette date glissant laborieusement au 6 novembre à 11 h 25, date symbolique correspondant à l'écart de rémunération entre les hommes et les femmes.



Par Ronan Darchen



comparer sa rémunération et s'estimer victime de discrimination ou pas avec les évolutions des structures : peut-on se comparer aux salariés du même groupe ? De la même unité économique et sociale (UES) ? Faut-il raisonner sur son seul établissement ? L'UES oui, le groupe non !

L'unité économique et sociale a été définie par la jurisprudence comme un regroupement de plusieurs entreprises juridiquement distinctes présentant des liens étroits tels que des activités communes ou complémentaires, une unité de direction et une communauté de travailleurs ayant des intérêts convergents. Reconnaître une UES a initialement servi à la mise en place d'instances représentatives du personnel communes. Pour la Cour de cassation, depuis le milieu des années 2000, un salarié peut légitimement comparer sa rémunération avec un salarié de la même UES mais sous certaines conditions. La rémunération doit être fixée par la loi, un accord de branche ou d'entreprise ou alors le travail des salariés

est effectué dans le même établissement (Cassation sociale du 1^{er} juin 2000 n° 04-420143). La notion d'UES renvoie à une communauté de travailleurs ; raison pour laquelle une égalité de traitement en matière de rémunération est attendue.

Il n'en est pas de même pour les salariés d'un même groupe car le groupe n'a pas la même « unité ». C'est aussi un ensemble d'entreprises distinctes mais celles-ci ne partagent pas des intérêts communs directs et ne sont pas toutes liées par l'activité. Le groupe est une notion économique et non pas sociale. L'Insee le définit comme un ensemble économique formé par une société contrôlante et l'ensemble des sociétés qu'elle contrôle. La notion en droit du travail intervient notamment en matière de licenciement économique au regard de l'obligation de reclassement. L'article 1233-3 de ce code considère que la notion de groupe désigne celui formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions

définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce. Et ce dernier précise qu'on parle de groupe quand une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société. Bref, une appréciation strictement économique qui écarte l'application du principe de non-discrimination salariale entre des employés du même groupe. Et cela même s'ils sont soumis à la même convention collective, est venue préciser la Cour de cassation (Cassation sociale du 20 novembre 2012 n° 11-20 343).

Un principe, deux régimes juridiques

Le principe de non-discrimination en entreprise concerne de nombreux aspects de la vie du salarié et s'entend avant même le début et jusqu'à la fin du contrat de travail : recrutement, formation, promotion, licenciement et, bien sûr, rémunération. C'est ce dernier aspect qui nous intéresse ici ; ce principe ayant été renforcé par l'adage issu de la loi de 1972 « à travail égal, salaire égal ». Encore faut-il ►►



►► il s'entendre sur ce qu'est un travail égal ! Est-ce occuper le même poste ? Avoir la même fiche de fonctions ? Détenir le même diplôme ou le même coefficient hiérarchique de sa convention collective ?

La discrimination sera soupçonnée en réalité entre des salariés disposant d'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 et il faudra objectiver tout cela pour démontrer la différence de traitement. Si la possibilité d'augmenter le salaire d'un travailleur relève du pouvoir de direction de l'employeur, le salarié moins augmenté ou pas augmenté pourra faire valoir une discrimination salariale si l'un de ses collègues avec les mêmes diplômes, la même ancienneté, les mêmes missions et la même qualité de travail constatée est mieux rémunéré.

Encore faut-il pouvoir connaître la rémunération de ses collaborateurs. Il est admis par les juges qu'on puisse avoir accès à cette dernière lors du contentieux pour prouver une discrimination salariale. Une jurisprudence récente (Cassation sociale du 8 mars 2023 n°21-12492) est d'ailleurs très intéressante et vient confirmer une position déjà affirmée le 22 septembre 2021 (n°19-26144). En clair, l'employeur ne peut

notamment pas se réfugier derrière la protection des données individuelles et le RGPD pour refuser de produire des éléments de nature à confirmer ou infirmer une discrimination salariale. L'arrêt du 8 mars 2023 vient dire que la Cour de cassation considère qu'il est possible de produire des éléments portant atteinte à la vie personnelle si cette communication est indispensable à l'exercice du droit de la preuve, proportionnée au but poursuivi et limitée pour protéger les salariés masculins concernés. Ainsi les bulletins de salaire des hommes seront soumis en occultant des données sensibles mais en indiquant noms, prénoms, classifications et rémunérations pour défendre l'intérêt d'une salariée qui dénonçait une inégalité de traitement. En dehors du contentieux, le contenu de la fiche de paie d'un collaborateur est une donnée personnelle qui ne peut, en revanche, être communiqué qu'avec l'accord du salarié. La rémunération étant culturellement tabou en France, la non-discrimination est très difficile à établir en dehors des tribunaux malgré les accords égalité professionnelle, les informations de la BDESE et un index égalité dont les généralistes reconnaissent enfin les travers.

S'il est clair qu'aucun salarié ne doit subir de discrimination salariale, la jurisprudence a cependant établi, au cours des années, plusieurs cas justifiant un écart de rémunération dès lors que les critères différenciants sont objectifs et vérifiables. À titre d'exemple, une différence de salaire pourra être acceptée lorsqu'un employé possède une expérience professionnelle rare sur le marché du travail, ou quand l'embauche est intervenue avant ou après la conclusion ou la dénonciation d'un accord d'entreprise portant sur la rémunération »



LE SAVIEZ-VOUS ?

Zoom sur l'article L1132-1 du Code du travail

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, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intérressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, d'horaires de travail, d'évaluation de la performance, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou à une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de sa qualité de lanceur d'alerte, de facilitateur ou de personne en lien avec un lanceur d'alerte.

Et si ce n'était pas de la discrimination...

S'il est clair qu'aucun salarié ne doit subir de discrimination salariale, la jurisprudence a cependant établi, au cours des années, plusieurs cas justifiant un écart de rémunération dès lors que les critères différenciants sont objectifs et vérifiables. À titre d'exemple, une différence de salaire pourra être acceptée lorsqu'un salarié possède une expérience professionnelle rare sur le marché du travail, ou quand l'embauche est intervenue avant ou après la conclusion ou la dénonciation d'un accord d'en-

treprise portant sur la rémunération. Sera également acceptée une différence de traitement entre deux salariés travaillant sur des lieux géographiques différents impliquant un coût de la vie supérieur : un salarié en Île-de-France pourra être mieux rémunéré que son homologue toulousain. Il existe aussi des cas où une différence de salaire est recevable en raison de caractéristiques personnelles comme ne pas posséder le diplôme requis pour l'exercice complet des fonctions.

Il en va de même pour l'ancienneté et l'expérience qui constituent des motifs objectifs d'écart. Le régime juridique de la discrimination salariale impose de rémunérer de manière équivalente les collaborateurs ayant un poste, une ancienneté et une expérience comparables.

L'égalité professionnelle entre hommes et femmes

Au-delà du régime juridique de la non-discrimination, la question de l'égalité salariale repose aussi sur obligation d'égalité salariale entre les hommes et les femmes. Au fur et à mesure des dispositions légales depuis la loi Roudy de 1983, le droit français vient demander aux entreprises des actes, des moyens, des indicateurs afin de veiller à ce qu'il n'y ait plus d'écart de rémunération. En 2006, on annonce associer à ce principe des moyens de calcul et de sanction pour les entreprises. Passer d'une obligation de moyens à une obligation de résultat est superbe pour peu qu'il y ait sanction. La date butoir de 2010 pour supprimer les écarts de rémunération est bien loin. La sanction promise était conséquente : 1 % de la masse salariale brute mais moins d'une centaine de sociétés ont été sanctionnées et dans des proportions moindres. Cette loi proposait aussi la mise en place de quotas pour faciliter l'accès des femmes aux responsabilités. En 2015, la loi Rebsamen imposera la proportionnalité sur les listes des élections professionnelles et, en 2018, la loi Avenir invente l'index égalité publié désormais chaque mois de mars. Quarante ans après la loi Roudy, les femmes sont en moyenne toujours moins rémunérées que les hommes.

Le rôle du CSE et des organisations syndicales

Le CSE ne peut pas saisir le conseil de prud'hommes pour faire constater une discrimination salariale, mais l'instance ►►

Auceo

Formation & Conseil

Formations / Assistance

CSE - SSCT



En association avec **AVIMO**, expert-comptable,
et en partenariat avec
Me Jessy LEVY et Me David ALVES DA COSTA,
avocats spécialistes en droit du travail
et droit de la sécurité sociale et protection sociale



auceo.fr
info@auceo.fr
09 74 77 30 95





La discrimination salariale, c'est rémunérer deux employés de manière inégale alors qu'ils produisent le même travail ou la même valeur dans l'entreprise. Ce principe énoncé par la loi de 1972 « à travail égal, salaire égal » consistait à l'époque à comparer les salariés d'une même entreprise. Il a fallu se réinterroger sur le périmètre dans lequel un salarié peut comparer sa rémunération et s'estimer victime de discrimination ou pas avec les évolutions des structures : peut-on se comparer aux salariés du même groupe ? De la même unité économique et sociale (UES) ? Faut-il raisonner sur son seul établissement ? L'UES oui, le groupe non ! »

les écarts par des éléments objectifs non discriminatoires. De plus, le juge peut ordonner des mesures d'instruction de nature à lui rapporter ces preuves ou leur absence. Quant aux éléments de fait versés par le salarié, la preuve est libre tant qu'elle est obtenue loyalement. Enfin, signalons que les employés ont également la possibilité de saisir le Défenseur des droits pour toute discrimination dont ils estiment être victimes ; y compris en matière salariale. Aux entreprises de comprendre qu'une plus grande transparence est nécessaire et que si des écarts existent sans fondement il est urgent de s'inscrire dans un dialogue constructif avec les représentants du personnel pour les résorber. ■

►► est très utile pour éclairer les organisations syndicales et les salariés par son accès et son traitement des informations. Parmi les leviers dont il dispose, la consultation annuelle sur la politique sociale de l'entreprise est un moment privilégié pour qui travaille son sujet. L'examen de la BDESE et le croisement d'informations tenant aux effectifs, classifications et rémunérations sur des périodes de plusieurs années sont révélateurs et permettent de mettre le sujet de la discrimination salariale en débat avant tout contentieux. Les organisations syndicales sauront alors négocier des enveloppes de rattrapage et les repositionnements qui s'imposent tandis que l'employeur récalcitrant s'exposera au contentieux individuel, voire collectif, si un syndicat s'en empare. La rémunération ainsi que l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, notamment les mesures visant à supprimer les écarts de salaire, sont des thèmes des négociations annuelles obligatoires.

Et le CSE n'est pas qu'un organe consultatif, il intervient aussi afin de faire respecter le droit dans l'entreprise. Les membres du CSE peuvent formuler des réclamations individuelles ou collectives si une discrimination salariale apparaît.

Quels recours juridiques pour les salariés ?

Les contentieux en matière de discrimination sont finalement assez rares devant le conseil de prud'hommes compte tenu de la difficulté de produire

des preuves mais aussi en raison des conséquences relationnelles et professionnelles que l'action peut avoir sur la suite de la carrière du collaborateur demandeur. Néanmoins, des cas de recours existent bel et bien. Le contentieux de la discrimination salariale s'effectue dans le conseil de prud'hommes et aura pour sanction le versement de dommages et intérêts au salarié. Un salarié peut également saisir l'Inspection du travail, cette dernière étant responsable de l'application des dispositions relatives à l'égalité professionnelle.

Même si la charge de la preuve a été allégée, elle reste difficile à établir. En Allemagne, une femme peut demander à ses représentants du personnel ou à sa direction la production de six fiches de paies de salariés hommes de son choix afin de comparer sa rémunération, la France en est encore très loin. La jurisprudence du 8 mars 2023 marque toutefois un progrès puisque la chambre sociale de la Cour de cassation permet aux salariés d'exiger la production des fiches de paies d'autres salariés afin d'établir une discrimination salariale, une véritable petite révolution. Mais il faut impérativement entamer une action judiciaire ce qui peut sembler regrettable. Plus généralement, la charge de la preuve en matière de discrimination salariale repose sur le salarié mais elle est allégée. L'article L 1134-1 du Code du travail prévoit que le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination et qu'il incombe alors à l'employeur de justifier

Faites **décoller** votre CSE !

Retrouvez-nous
au salon ELUCEO Paris,
les 6 et 7 mars 2024,
au Stade de France.
Animations, ateliers,
quizz et lots à gagner !



**ECODIA
MARQUANT**
Experts aux côtés des CSE

©ECODIA MARQUANT 2024

01 44 53 94 06

contact@ecodia-marquant.fr



Formation &
information du CSE



Expertises, accompagnement,
assistance à la négociation



Comptabilité &
audit organisationnel