

DISCRIMINATION HOMMES/FEMMES. Nous consacrons un dossier sur l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes promise pour le 31 décembre 2010 mais loin d'être atteinte. Le point sur les pratiques de négociation et le contentieux qui augmente.

À quand l'égalité ?

Elles ont tout et elles veulent tout. Les Françaises sont diplômées et désormais fortement présentes sur le marché du travail. Elles conjuguent un fort taux d'activité et un fort taux de fécondité, le plus élevé d'Europe. Attentif, le législateur multiplie les lois à leur endroit, consacrant, voire ressassant, le sacrosaint principe d'égalité de traitement avec les hommes. Chaque texte est bientôt suivi de rapports, regrettant l'inefficacité de la norme et proposant de nouvelles pistes d'amélioration, souvent consacrées dans une nouvelle loi. La dernière en date, celle du 23 mars 2006, se voulait coercitive : les écarts de rémunération entre les hommes et les femmes devaient disparaître avant le 31 décembre 2010. Un vœu pieux. Malgré tous ces efforts, d'égalité salariale il n'y a point. Les femmes sont nettement moins bien rémunérées que les hommes. L'écart de salaire entre les hommes et les femmes est de 27 % en faveur des hommes parmi les 39-49 ans, selon les chiffres livrés par l'OFCE en juillet 2010. Une nouvelle loi serait dans les tuyaux...

Le sujet n'est certes pas nouveau (*v. « Comment négocier l'égalité hommes/femmes ? », Rachel Silvéra, Didier Vésiez, Semaine sociale Lamy, n° 1264, p. 6*) mais mérite certainement un nouveau regard. Les négociations tendent à se développer, les actions en justice augmentent. D'où ce dossier, qui conjugue l'expertise d'Emmanuelle Boussard-Verrecchia, Avocate au barreau de Versailles, à l'origine de contentieux en discrimination menée par des femmes et François Fatoux, Délégué général de l'ORSE qui a recensé et analysé les accords signés.

CHANGER LES PRATIQUES

De l'avis de nos deux experts, il faut changer les pratiques. Sauf rare exception, les entreprises ne sont pas encore prêtes. Pourtant, les obligations de négocier sur le sujet sont pléthoriques. Depuis la loi Génisson du 9 mai 2001, le concept de négociation intégrée impose de prendre en compte l'égalité professionnelle dans l'ensemble des négociations obligatoires (salaires, temps de travail, classification, formation professionnelle). Un rapport annuel de situation comparée sur les conditions d'emploi et de formation des femmes doit être présenté chaque année au comité d'entreprise dans les entreprises de plus de 300 salariés (*C. trav., art. L. 2323-57*). Il contient une longue liste d'indicateurs permettant de mesurer les écarts et de poser un diagnostic (*C. trav., art. D. 2323-12*).

Le juge est lui aussi dans les *starting-blocks*. La Cour d'appel de Paris vient de lourdement condamner la BNP-Paribas pour avoir discriminé une salariée, diplômée de Sciences po et d'HEC, dont la carrière a stagné suite à ses congés maternité et parentaux. La Cour de cassation n'est pas en reste. Dans un arrêt du 6 juillet 2010 (*n° 09-40.021*), elle précise qu'un employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes qui exercent non seulement les mêmes fonctions mais aussi un travail « de valeur égale ». Ces travaux sont définis comme exigeant des salariés « 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 », selon la définition de l'article L. 3221-4 du Code du travail issu de la loi Roudy du 13 juillet 1983. Vingt-sept ans déjà ! ■

Discrimination hommes/femmes : la maturité du sujet

Semaine sociale Lamy : *L'abondant contentieux sur la discrimination syndicale a-t-il servi de révélateur pour les dossiers sur la discrimination hommes/femmes ?*

Emmanuelle Boussard-Verrecchia : Historiquement, en France, la discrimination a été abordée sous l'angle de la discrimination syndicale. Cela tient à son aspect collectif qui a protégé les acteurs de la lutte contre les discriminations. Le combat a donc d'abord porté sur une liberté publique avant d'être un combat sur une revendication individuelle. Les affaires en discrimination syndicale ont familiarisé les juridictions au maniement d'un concept nouveau, issu du droit communautaire, avec notamment le renversement de la charge de la preuve. Nous avons abordé les affaires en discrimination hommes/femmes avec tout l'acquis de la discrimination syndicale et la réflexion collective qui doit tant aux travaux d'universitaires comme ceux de Marie-Thérèse Lanquetin ou de syndicalistes comme François Clerc.

Pourtant, les femmes saisissent encore peu les juges sur les questions de discrimination.

E. B.-V. : Il y a toujours chez elles la crainte, d'une part, des mesures de rétorsion de l'employeur car elles s'exposent de façon isolée, et, d'autre part, de l'aléa judiciaire. Cela étant, elles savent que la réflexion peut s'engager sur un terrain juridique déjà balisé. On « défriche » encore, en ce qui concerne le repérage des situations d'inégalité professionnelle et la discrimination sexuelle, mais ce n'est plus le cas au niveau des concepts juridiques.

Les organisations syndicales s'intéressent-elles davantage à cette thématique qu'elles avaient désertée par le passé ?

E. B.-V. : Oui, l'indifférence est derrière nous. Elles commencent à s'intéresser à cette question et transposent l'expérience acquise dans le cadre de la discrimination syndicale. Elles s'investissent beaucoup plus qu'avant dans la négociation des accords et partant, sur des situations individuelles de femmes qui les saisissent. Il y a une interaction entre une ouverture d'esprit et une compétence qui se développent au sein des organisations syndicales sur le sujet, et des femmes qui sentent qu'elles peuvent agir au besoin sur le terrain judiciaire et être accompagnées par des syndicats.

La HALDE a-t-elle joué un rôle ?

E. B.-V. : Son soutien aux côtés des femmes discriminées, lorsqu'elle intervient dans des procédures judiciaires, est évidemment primordial. Cependant, j'observe une convergence entre des concepts juridiques maîtrisés, une prise de conscience des jeunes générations de femmes

qui veulent tout – carrière et enfants – et une certaine idée de la déjudiciarisation de la discrimination depuis l'instauration de la HALDE. Les femmes réclament pouvoir traiter la discrimination qu'elles subissent sans que ce soit un drame judiciaire aboutissant à une rupture du contrat de travail. Elles ne veulent pas forcément déclencher une situation de conflit ouvert, elles veulent simplement rétablir une situation. La HALDE permet d'envisager ce registre. À cet égard, ses campagnes de communication ont été certainement décisives. La HALDE a diffusé le discours selon lequel la discrimination n'est pas acceptable, qu'il est légitime de la combattre, qu'il existe des moyens d'agir, y compris en dehors du terrain judiciaire. Des résistances ont été levées.

Toutes les femmes sont-elles prêtes à agir ?

E. B.-V. : Il y a toujours une partie du corps social qui tire l'autre en avant. J'ai identifié deux types de femmes qui agissent. Il y a, d'une part, les femmes investies notamment dans la représentation du personnel et qui se sont battues, y compris sur d'autres terrains, pour la collectivité. Il s'agit souvent d'employées, d'ouvrières, de techniciennes qui ont mal supporté l'antagonisme vécu à l'intérieur de l'entreprise entre un discours de façade de leur employeur et la situation de discrimination vécue. Elles ont été les premières à agir, avec le soutien des organisations syndicales. Il y a, d'autre part, un deuxième groupe constitué par des femmes ultradiplômées qui ont longtemps cru que leurs diplômes les protégeaient de la discrimination. Or, elles se sont aperçues que malgré leurs diplômes, leurs métiers d'hommes dans des secteurs d'hommes, elles étaient discriminées notamment du fait de leur maternité. Ces femmes n'ont pas bougé pendant des années, puis ont basculé dans un mouvement de colère. Dans ces contentieux, le syndicat apparaît plus rarement.

Les entreprises, notamment les grandes, n'ont-elles pas elles aussi pris conscience du problème ?

E. B.-V. : Il n'y a que la communication qui les intéresse. C'est la course au label *égalité* ou la peur de le perdre si des actions judiciaires ont été menées. Leur énergie est entièrement absorbée par leur effort de communication. Les entreprises n'ont pas compris le problème de la discrimination, elles ne s'interrogent pas à l'occasion de chaque acte de gestion du personnel sur ce qui pourrait constituer un acte discriminatoire. Au mieux, elles font de la discrimination sans le savoir. ●●●

Entretien avec
**Emmanuelle
Boussard-Verrecchia**
Avocate au barreau de Versailles

●●● *Elles ont pourtant fait des efforts sur le terrain de la discrimination syndicale. Pourquoi un tel décalage ?*

E. B.-V. : Parce que, s'agissant de la discrimination syndicale, on est sur le terrain des libertés publiques. La discrimination sexuelle renvoie pour les entreprises à la sphère privée, à une organisation au sein du couple, à une organisation sociale qui ressort d'une politique. Les entreprises ne se sentent pas socialement responsables de la question de la conciliation vie familiale/vie professionnelle. Or, cette conciliation est un corollaire au principe de l'égalité de traitement selon la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 17 juin 1998, aff. 243/95). La France est très en retard...

Quels sont les outils juridiques mobilisables ?

E. B.-V. : Notre législation est protectrice depuis des années. Or, longtemps, elle n'a pas été pensée en termes de discrimination mais de façon « pointilliste ». On en restait à la violation de tel ou tel texte particulier sans l'envisager comme une discrimination. Le droit communautaire a permis un renversement de perspective. Il a exigé, à défaut d'une justification objective de l'inégalité de traitement étrangère à toute discrimination, des « sanctions effectives, dissuasives et proportionnées ».

Comment montez-vous vos dossiers ?

E. B.-V. : Lorsqu'il s'agit d'une discrimination dans l'évolution de carrière, il faut procéder par voie de comparaison. On bénéficie là de tout l'apport de la discrimination syndicale. Il faut obtenir des éléments de comparaison fiables auxquels le salarié n'a pas forcément accès. Plusieurs outils sont à notre disposition. Des éléments peuvent être, soit obtenus judiciairement, notamment au stade du bureau de conciliation devant le conseil de prud'hommes, soit *via* le droit d'alerte des délégués du personnel (C. trav., art. L. 2313-2), ou encore par le biais de l'inspection du travail ou de la HALDE.

Il y a aussi le rapport de situation comparée que l'employeur doit tenir à disposition des représentants du personnel.

E. B.-V. : Ce rapport donne des éléments de rémunération en fonction des classifications. Il donne une photographie statique de la situation des hommes et des femmes dans l'entreprise. Il y manque une vision dynamique. On ne sait pas si les hommes et les femmes ont bénéficié des mêmes chances d'évolution professionnelle lorsqu'elles étaient dans des conditions de départ comparables (diplôme égal, ancienneté). En 2008, les items du rapport de situation comparée ont introduit la durée moyenne des hommes et des femmes dans le coefficient. Il y a là un premier outil. Les femmes ne pourront plus « traîner » dans les coefficients sans que cela devienne visible. À cet égard, je crois que la vraie grande réforme serait de consacrer un droit à l'accès à l'information des femmes.

Où en est la Cour de cassation sur la discrimination ?

E. B.-V. : Elle a parfaitement compris le principe. Reste à

régler le problème de la réparation intégrale du préjudice dont elle doit vérifier la bonne application par les juges du fond. Comme pour la discrimination syndicale, la discrimination hommes/femmes va progresser lorsque les entreprises vont être financièrement lourdement condamnées.

En mai dernier, vous avez obtenu de la Cour d'appel de Paris la condamnation de BNP-Paribas. Quel est l'apport de cet arrêt ?

E. B.-V. : Cet arrêt est emblématique. La décision est de celles qui font avancer le droit vers plus d'efficacité. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris identifie les actes de BNP-Paribas lors de la reprise à temps partiel de la salariée après congé parental, tels la violation des obligations de réintégration dans l'emploi, de formation, de rémunération équivalente et le déficit d'évolution de carrière, en les replaçant dans le cadre juridique de la discrimination. Elle utilise la technique du panel basé sur « des facteurs objectifs, précis et contrôlables ». Néanmoins, les juges parisiens n'ont pas tiré les conséquences indemnitaires de leurs propres constatations. Ils ont opéré une confusion certes classique entre la discrimination et le principe « à travail égal, salaire égal » et intégré dans le panel des femmes dont l'ensemble subit pourtant une inégalité de traitement, minimisant ainsi l'ampleur du préjudice. La BNP-Paribas a décidé de former un pourvoi devant la Cour de cassation. Nous aurons donc l'occasion de rediscuter de ces questions.

Venons-en à la négociation des accords. Quelle méthodologie préconisez-vous ?

E. B.-V. : Le diagnostic est essentiel. Le rapport de situation comparée nous est très utile. Mais il ne suffit pas. Il faut obtenir des éléments sur les évolutions de carrière. Le diagnostic doit être établi en toute transparence, sans quoi il ne s'agit ni plus ni moins que de communication. Les parties doivent réfléchir avec leurs conseils sur une méthodologie de comparaison.

Quel regard portez-vous sur les accords conclus ?

E. B.-V. : Nous avons assisté dans un premier temps à des accords qui n'apportaient rien de plus que la loi. Mais il était politiquement correct de les signer. Les choses ont changé. Les organisations syndicales se sont emparées de ce nouvel axe juridique et ne se contentent plus d'accords *a minima*. Elles sont soucieuses de mesures concrètes, comme les heures de réunion pas trop tardives, les actions de formation pas trop loin du domicile, les actions de sensibilisation des supérieurs hiérarchiques, voire, ce qui est très innovant, la notation du management sur la base de sa capacité à repérer les situations de discrimination et à les corriger. Certains accords prévoient la possibilité de solliciter un entretien avec le DRH si la personne s'estime discriminée. J'ajoute enfin qu'il faut absolument être vigilant sur le temps partiel et le congé parental, particulièrement catastrophiques pour les femmes.

Quid du volet rattrapage de salaire ?

E. B.-V. : Certains accords prévoient des repositionnements collectifs pour lesquels les entreprises prévoient des budgets spécifiques. Même si rattraper n'est pas réparer, je pense que cela va dans le bon sens tant que l'enveloppe ne correspond pas au traditionnel et ridicule 0,1 % de la masse salariale brute dédié aujourd'hui à la question très large de la diversité et non plus seulement à la discrimination hommes/femmes.

Le patronat français vous semble-t-il ouvert sur ces questions ?

E. B.-V. : À vrai dire, non. Il ne se laisse pas facilement irriguer par d'autres cultures que la sienne. Le dogme de l'employeur, seul juge, est encore très présent. Le patronat est rivé sur la présence dans l'entreprise et croit toujours que ceux qui quittent tard, c'est-à-dire les cadres masculins, sont les plus efficaces. C'est faux. Les entreprises françaises ne savent pas prendre la mesure concrète de l'efficacité au travail. ■

Propos recueillis par Françoise Champeaux

Le point sur l'arrêt Niel

La Cour d'appel de Paris a-t-elle livré l'arrêt de référence en matière de discrimination hommes/femmes ? Réponse dans quelques mois lorsque la chambre sociale de la Cour de cassation saisie par la banque BNP-Paribas aura développé à son tour sa propre analyse. L'affaire était exemplaire en tant qu'elle concernait une salariée ultradiplômée (Sciences politiques et HEC) ayant travaillé vingt-quatre ans au sein de la banque avec une interruption de dix ans liée à des congés maternité, allaitement, sans solde et parental. Au départ, l'intéressée est affectée au pôle financier de la banque et obtient entre 1982 (date de son embauche) et 1989 (date de son interruption de dix ans), trois promotions et quatre augmentations individuelles de salaire. À sa reprise du travail, en 2000, Madame Niel rejoint la banque de détail où elle exerce des fonctions commerciales, puis de marketing, désormais à temps partiel. C'est à partir de cette période qu'elle estime que sa carrière a stagné et qu'elle a fait l'objet d'une discrimination par rapport à ses collègues masculins diplômés comme elle d'HEC. Elle saisit alors en 2006 le conseil de prud'hommes d'une demande de résolution judiciaire du contrat de travail bientôt suivie d'une prise d'acte. Elle obtiendra gain de cause auprès des juges prud'homaux et de la Cour d'appel de Paris dont l'analyse dans ses grands axes suit :

1. Réintégration dans l'emploi

Les principes : à son retour de congé parental, le salarié doit retrouver son précédent emploi ou un emploi similaire (rémunération équivalente) et bénéficie d'un bilan de compétences (C. trav., art. L. 1255-55; L.1225-58). Il doit également bénéficier d'une action de formation professionnelle, notamment en cas de changement des techniques ou de méthodes de travail (C. trav., art. L. 1225-59).

En l'espèce : L'intéressée n'a pu retrouver son emploi d'origine. Selon la BNP-Paribas, elle a bénéficié d'un accord conventionnel prévoyant la possibilité d'un congé complémentaire à un congé parental, sans solde, de longue durée, lui permettant de se consacrer plus longuement à l'éducation de son enfant et de percevoir une prime annuelle proratisée ainsi que l'allocation familiale BNP-Paribas. Le bénéfice de cet accord rendrait, selon la BNP-Paribas, les dispositions du Code du travail inapplicables à Madame Niel. La salariée aurait par ailleurs indiqué lors de l'entretien de carrière organisé lors de sa reprise du travail qu'elle ne souhaitait pas retrouver ses anciennes fonctions. Pour se familiariser avec ce nouveau métier, la salariée a bénéficié d'un stage de trois mois.

L'analyse de la cour d'appel : Rien ne permet d'affirmer que l'ancien emploi de l'intéressée n'était pas disponible, ni qu'elle ait renoncé à son précédent poste « ni d'ailleurs que la BNP, qui qualifie elle-même le stage de la salariée de "tour de piste", lui ait proposé un poste précis ».

2. La rémunération

Le principe : à son retour dans l'entreprise, le salarié doit retrouver un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente.

En l'espèce : la salariée perçoit à son retour dans l'entreprise « le même salaire que celui perçu en octobre 1989 », soit dix ans auparavant. Dans son nouvel emploi, l'intéressée cesse de bénéficier des bonus qui constituaient « une part importante de sa rémunération ».

L'analyse de la cour d'appel : « ces constatations caractérisent un comportement discriminatoire au moment de la réintégration de la salariée ».

3. Le déroulement de carrière

Le principe : « Aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classement, de promotion professionnelle ou de mutation en raison de son sexe » (C. trav., art. L.1132-1).

En l'espèce : À son retour dans l'entreprise, l'intéressée n'a bénéficié que de trois augmentations en sept ans, tout en restant au niveau J, malgré des appréciations positives.

L'analyse de la cour d'appel : Il résulte de ces constatations que « c'est bien l'interruption de carrière de Madame Niel qui est à l'origine de la situation dénoncée ».

Comment évaluer le préjudice subi ?

En cours d'instance, la salariée a saisi la HALDE dont le rapport « fait apparaître quel que soit le panel de comparaison choisi (HEC, Bac + 5, pôle financier ou tout pôle d'activité) avec des salariés hommes ou femmes ayant entre 36 et 46 ans et 12 à 18 ans d'ancienneté que les femmes perçoivent une rémunération inférieure à celle de leurs collègues masculins ».

Pour évaluer le préjudice financier, la cour d'appel retient une durée de discrimination limitée à la période postérieure à son retour dans l'entreprise, soit 7,5 années. Pour fixer le salaire de comparaison, il convient de retenir un panel élargi à tous les secteurs de l'entreprise comprenant des hommes et des femmes ayant le même diplôme (HEC), une ancienneté comparable et un âge comparable, ce qui correspond en l'espèce à un panel de 18 personnes et à un salaire moyen de comparaison de 107 424,50 euros, soit un écart de rémunération de 53 664,50 euros pour Madame Niel (107 424,50 – 53 760 euros correspondant au salaire de Madame Niel en 2006).

Le préjudice doit être calculé comme suit :

$53\,664,50 \times 7,5 \text{ années} \times 60 \% \text{ (moyenne du temps de travail de la salariée pendant la période)} / 2 = 120\,745,12 \text{ euros} + 30 \% \text{ (incidence sur les droits à retraite)} = 156\,968,65 \text{ euros}$.