



Femmes, femmes, femmes...



Isabelle AYACHE-REVAH

Avocat associé
Raphaël Avocats
www.raphael-avocats.com

Nous voudrions toutes être islandaises. Peu de soleil certes, mais pourtant quelle énergie !

Depuis le 1^{er} janvier 2018, les entreprises islandaises doivent respecter une nouvelle loi, votée au printemps 2017, qui leur impose d'avoir une certification (renouvelable tous les trois ans) attestant qu'à travail égal elles versent le même salaire aux femmes et aux hommes. Les plus grands groupes devront le faire dès 2018, les autres pourront attendre 2019, 2020, voire 2021, selon leur taille. À la clé, une amende de 50 000 couronnes islandaises, soit 400 euros maximum par jour.

Cette mesure a été saluée unanimement par la presse internationale qui n'a pas hésité à qualifier l'Islande de championne, voire de paradis de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

Un rapide coup d'œil chez nos voisins européens permet de se rendre compte que l'Islande n'est pas le seul pays à faire bouger les lignes dans ce domaine : le Royaume-Uni, l'Allemagne ou encore la Suède, considérée comme un modèle sur le sujet, ont également

La place des femmes dans l'entreprise,
entre égalité professionnelle et parité.
Petit tour d'horizon des évolutions
récentes et à venir...

fait évoluer leur législation en termes d'égalité professionnelle.

La France, pays des droits de l'Homme et donc de la Femme, pouvait difficilement

rester sans rien faire, car si moins bien rémunérer une femme qu'un homme au seul motif de son sexe est bien évidemment interdit, pour autant l'égalité salariale reste un vœux pieu dans beaucoup de nos entreprises.

UNE OBLIGATION DE MOYENS DESTINÉE À DEVENIR UNE OBLIGATION DE RÉSULTATS

Des obligations non suffisamment contraignantes...

Évidemment, notre sacrosaint principe général de non-discrimination interdit de prendre en compte l'appartenance à tel ou tel sexe pour notamment refuser d'embaucher une personne ou pour licencier, sanctionner, muter ou modifier le contrat de travail d'un ou d'une salariée ⁽¹⁾.

(1) C. trav., art. L. 1132-1 et L. 1142-1.



En matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, le DRH doit, d'une part, négocier avec les organisations syndicales la mise en œuvre de mesures la favorisant, d'autre part, consulter les représentants du personnel sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi ⁽²⁾, ce qui englobe l'égalité professionnelle.

En cas d'échec de la négociation, le DRH doit établir un plan d'actions spécifique ⁽³⁾.

À défaut, les entreprises d'au moins 50 salariés encourrent une pénalité fixée par l'inspection du travail et pouvant aller jusqu'à 1 % de leur masse salariale ⁽⁴⁾.

Une obligation de moyens donc, qui ne semble pas satisfaire notre actuelle Ministre du Travail.

Une évolution dans les prochains mois à surveiller de près

Le 9 mai 2018, *Muriel Pénicaud*, Ministre du Travail, et *Marlène Schiappa*, Secrétaire d'État chargée de l'égalité entre les femmes et les hommes, ont conclu la concertation sur l'égalité salariale initiée avec les partenaires sociaux le 7 mars 2018.

Les mesures pratiques discutées seront « logées » dans la loi pour « *la liberté de choisir son avenir professionnel* » dont le projet a été déposé devant l'Assemblée Nationale le 27 avril 2018.

Si ce texte est pour le moment assez maigre en termes de mesures prises pour favoriser l'égalité entre les femmes et les hommes, le Gouvernement a déjà préparé 14 amendements prêts à être présentés aux députés sur la question.

À ce stade, le projet de loi introduit dans le Code du travail des dispositions dont l'objectif est de favoriser l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, notamment sur le plan des rémunérations, et de lutter contre les violences sexuelles et sexistes au travail.

L'article 61 du projet de loi pose un principe général d'obligation pour les entreprises de plus de 50 salariés de mesurer, grâce notamment à un indicateur chiffré, le respect du principe selon lequel l'employeur doit assurer, pour un même travail ou un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes.

(2) C. trav., art. L. 2242-1 et L. 2323-15.

(3) C. trav., art. L. 2242-3.

(4) C. trav., art. L. 2242-8.

L'alinéa 2 du même article renforce les obligations des branches en matière de réflexion et d'information sur l'égalité professionnelle en leur imposant de rendre compte de leur action dans ce domaine dans le cadre de leur bilan annuel visé à l'article L. 2232-9 du Code du travail.

En matière de lutte contre les violences sexistes et sexuelles, l'article 62 du projet de loi prévoit l'obligation pour l'entreprise, au plus tard au 1^{er} janvier 2019, d'afficher les voies de recours civiles et pénales ouvertes en matière de harcèlement sexuel et les coordonnées des services compétents.

L'objectif a été souligné par la Ministre du Travail : adieu l'obligation de moyens et vive l'obligation de résultats.

Il ne suffira plus, pour les DRH, de signer un accord ou de mettre en place un plan d'actions pour respecter leurs obligations légales. Des résultats concrets seront exigés.

L'instauration d'indicateurs des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes sera en principe déployée le 1^{er} janvier 2019 pour les entreprises de plus de 250 salariés et le 1^{er} janvier 2020 pour les entreprises de 50 à 250 salariés.

Reste toutefois à définir les modalités de mise en œuvre de cet outil d'évaluation. C'est la mission que *Muriel Pénicaud* a confié à *Sylvie Leyre*, DRH France de *Schneider Electric*, qui devra proposer des solutions d'ici à la fin du mois de juin 2018 pour une phase de test fixée au mois de septembre 2018.

Le Gouvernement a par ailleurs déjà précisé certaines mesures qu'il comptait intégrer au projet de loi au cours du processus législatif :

- si des inégalités sont constatées, l'entreprise devra provisionner une enveloppe de rattrapage salarial pour résorber les différences discriminatoires dans les trois ans. Ce point devra être abordé dans le cadre de la négociation relative à l'égalité professionnelle et à la qualité de vie au travail ;
- en cas de non-conformité persistante en 2022, la sanction financière décidée par l'inspection du travail sera la même qu'aujourd'hui, soit 1 % de la masse salariale. Le Gouvernement souhaiterait à ce titre multiplier par quatre les contrôles effectués par les inspecteurs ;
- les entreprises seront tenues de rendre public les écarts qu'elles auront mesurés auprès de leurs salariés (par exemple, via leur site internet) ;



– le texte instaurera une obligation de nommer dans toutes les entreprises un référent formé sur la question, qui pourra être choisi parmi les élus du comité social et économique.

Le Gouvernement prévoit également la diffusion d'un guide à destination des entreprises, sur toutes les sanctions en matière de violences sexistes et sexuelles.

Au-delà de la simple problématique de la rémunération, l'obligation de résultat naissante dans le domaine de l'égalité professionnelle s'illustre également dans l'application des dispositions relatives à l'établissement des listes de candidats aux élections professionnelles.

PARITÉ FEMMES/HOMMES ET ÉLECTIONS PROFESSIONNELLES : UNE JURISPRUDENCE À CLARIFIER

Depuis le 1^{er} janvier 2017 ⁽⁵⁾, chaque liste de candidats établie par une organisation syndicale doit obligatoirement refléter la proportion de femmes et d'hommes du collège électoral concerné et l'ordre de présentation des candidats doit assurer l'alternance entre les deux sexes. Instaurée pour l'élection des membres du comité d'entreprise, des délégués du personnel et de la délégation unique du personnel, cette exigence a récemment été transposée au comité social et économique ⁽⁶⁾.

Il ne s'agit donc pas d'une règle à proprement parlé de parité. En effet, chaque liste ne doit pas être composée nécessairement à parts égales de femmes et d'hommes.

Chacune doit simplement refléter la répartition de femmes et d'hommes au sein du groupe électoral.

- Si l'application de cette règle n'aboutit pas à un nombre entier de candidats à désigner pour chacun des deux sexes, il est procédé à l'arrondi arithmétique suivant : arrondi à l'entier supérieur en cas de décimale supérieure ou égale à 5 ;
- arrondi à l'entier inférieur en cas de décimale strictement inférieure à 5.

(5) L. n° 2015-994, 17 août 2015.

(6) C. trav., art. L. 2314-30.

Exemple

Si, sur 194 électeurs inscrits, il y a 110 hommes et 84 femmes, soit 56,7 % d'hommes et 43,3 % de femmes, cette même proportion devra être respectée sur chaque liste.

Ainsi, une liste de 7 candidats devra être composée de 3 femmes (3,03 arrondi à 3) et de 4 hommes (3,97 arrondi à 4), de la manière suivante :

- 1 homme ;
- 1 femme ;
- 1 homme ;
- 1 femme ;
- 1 homme ;
- 1 femme ;
- 1 homme.

La règle d'arrondi à l'épreuve du Conseil constitutionnel

L'une des difficultés qui s'est récemment posée sur l'application de ce texte est relative à la règle d'arrondi arithmétique. En effet, lorsque le corps électoral compte très peu d'hommes ou très peu de femmes, cette règle peut conduire à exclure toute présentation de candidats du sexe sous-représenté.

Le Conseil constitutionnel, saisi sur ce point d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par la Cour de cassation le 18 octobre 2017, s'est prononcé le 19 janvier 2018 ⁽⁷⁾.

Il a jugé ce mécanisme de composition des listes conforme en estimant que le législateur avait « *entendu assurer une représentation équilibrée des hommes et des femmes dans les institutions représentatives du personnel* » afin de mettre en œuvre l'objectif constitutionnel « *d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* » ⁽⁸⁾.

La décision précise ainsi qu'il « *était loisible au législateur de prévoir un mécanisme de représentation proportionnelle des femmes et des hommes au sein du comité d'entreprise et de l'assortir d'une règle d'arrondi pour sa mise en œuvre* ». Le législateur a ainsi opéré une conciliation « *qui n'est pas mani-*

(7) Cons. const. QPC, 19 janv. 2018, n° 2017-686.

(8) Cons., art. 1^{er}, al. 2.



festement déséquilibrée entre l'objectif précité et le principe de participation ».

Le Conseil constitutionnel émet toutefois une réserve en jugeant que l'application de cette règle ne doit pas empêcher la présentation de candidature par un ou une salariée du sexe sous-représenté dans le collège électoral.

Il doit ainsi toujours être possible de présenter au moins un candidat du sexe sous-représenté ou minoritaire dans un collège électoral.

À noter que, s'agissant du comité social et économique, l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 avait déjà apporté au dispositif les correctifs nécessaires à l'alinéa 6 de l'article L. 2314-30 du Code du travail : « *Lorsque l'application de ces règles conduit à exclure totalement la représentation de l'un ou l'autre sexe, les listes de candidats pourront comporter un candidat du sexe qui, à défaut, ne serait pas représenté. Ce candidat ne peut être en première position sur la liste.* »

Les conséquences d'une annulation des mandats pour violation des règles de parité précisées

Dans le cas où l'une des règles précitées n'est pas respectée, le juge peut, après la proclamation des résultats, prononcer l'annulation ⁽⁹⁾ :

- de l'élection d'un nombre d'élus du sexe surreprésenté égal à celui des candidats en surnombre sur la liste de candidats au regard de la part de femmes et d'hommes que celle-ci devait respecter en suivant l'ordre inverse de la liste des candidats ;
- de l'élection du ou des élus dont le positionnement sur la liste de candidats ne respecte pas ces prescriptions.

Exemple

Si l'on reprend l'exemple précédent, si une liste est composée de 7 candidats hommes au lieu de 4, 3 hommes sont en surnombre.

Le tribunal d'instance peut donc annuler l'élection de 3 hommes élus.

Si 2 seulement des candidats ont été élus, le juge pourra annuler leur élection.

Cette sanction conduit ainsi à laisser le ou les sièges concernés vacants jusqu'à la fin du mandat. Cela d'autant plus que le DRH n'avait aucune obligation d'organiser des élections partielles lorsque, du fait de cette annulation, un collège électoral n'était plus représenté ou si le nombre de membres titulaires au sein de l'institution s'en trouvait réduit de moitié. Les dispositions de la loi du 17 août 2015'excluaient en effet expressément pour les délégués du personnel et le comité d'entreprise. Le principe a ensuite été repris par le texte final de la loi de ratification de l'ordonnance créant le comité social et économique ⁽¹⁰⁾.

Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation a estimé que cette sanction et ses effets n'étaient ni disproportionnées, ni contraires au principe de participation des travailleurs ou au principe d'égalité, et a en conséquence refusé de transmettre la question au Conseil constitutionnel ⁽¹¹⁾.

Le Conseil constitutionnel a cependant pu être saisi dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi de ratification des ordonnances du 22 septembre 2017.

À cette occasion, le Conseil a censuré la disposition dispensant l'entreprise de l'obligation d'organiser des élections partielles lorsque l'absence de représentation d'un collège électoral ou la vacance d'au moins la moitié des sièges au sein du comité social et économique sont la conséquence de l'annulation de l'élection de membres de ce comité, prononcée pour méconnaissance des règles de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes ⁽¹²⁾.

On évite ainsi que le fonctionnement normal du comité soit mis à mal pendant une durée pouvant aller jusqu'à quatre ans.

Le tribunal d'instance peut donc toujours annuler l'élection des membres concernés, mais il faudra organiser des élections partielles si les conditions de droit commun sont réunies ⁽¹³⁾.

Une dernière précision à propos des sanctions encourues en cas de violation des obligations de l'article L. 2314-30 du Code du travail a été apportée par la Cour de cassation dans un arrêt très récent rendu le 9 mai 2018.

⁽¹⁰⁾ L. n° 2018-217, 29 mars 2018.

⁽¹¹⁾ Cass. soc., 14 févr. 2018, n° 17-40.068 et 17-40.076

⁽¹²⁾ Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761.

⁽¹³⁾ C. trav., art. L. 2314-32, al. 5.

⁽⁹⁾ C. trav., art. L. 2314-32.



Cet arrêt a précisé que la sanction de l'annulation en cas de violation de la règle de l'alternance lors de la constitution de la liste s'applique « à moins que la liste corresponde à la proportion de femmes et d'hommes au sein du collège concerné et que tous les candidats de la liste aient été élus »⁽¹⁴⁾.

Ainsi, le fait que l'ordre de présentation d'un candidat masculin et d'une candidate féminine ait été interverti n'entraînera pas la sanction de l'annulation si, au bout du compte, tous les candidats de la liste ont été élus et si la liste représentait bien la proportion de femmes et d'hommes au sein du collège concerné. Heureuse décision, car une telle irrégularité n'entraîne en pratique aucune conséquence.

LES TENTATIVES DE CONTOURNEMENT DES RÈGLES DE REPRÉSENTATION ÉQUILIBRÉE ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES VOUÉES À L'ÉCHEC

Impossibilité pour le protocole d'accord préélectoral de déroger aux règles de constitution des listes de candidats

Il est impossible d'introduire une disposition dans le protocole d'accord préélectoral ayant pour objet de déroger ou même simplement de réduire l'intensité de l'obligation pour les syndicats de constituer leurs listes de candidats conformément aux prescriptions légales sur la représentation équilibrée entre les femmes et les hommes⁽¹⁵⁾.

C'est ce qu'a récemment jugé la Cour de cassation à propos d'un protocole d'accord préélectoral qui contenait un simple engagement non contraignant des syndicats « à rechercher les voies et les moyens qui permettraient de parvenir le plus possible à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes sur les listes de candidats ».

Il ne s'agit pas d'une obligation de moyens, mais bien d'une **obligation de résultats consacrée par des dispositions d'ordre public absolu**.

(14) Cass. soc., 9 mai 2018, n° 17-60.133.

(15) Cass. soc., 9 mai 2018, n° 17-60.133.

Impossibilité de constituer une liste ne comprenant qu'un seul candidat en cas de pluralité de sièges à pourvoir

Dans un arrêt du même jour, la Cour de cassation a eu à connaître d'une stratégie de certains syndicats par laquelle ces derniers ne présentaient qu'un seul candidat du sexe minoritaire au sein du collège concerné, alors que deux sièges étaient à pourvoir.

En pratique, le collège était composé de 77 % de femmes et de 23 % d'hommes. Un syndicat avait alors fait le choix de présenter une liste ne comportant qu'un seul candidat, de sexe masculin.

Une telle pratique, si elle se généralise, peut entraîner une surreprésentation du sexe minoritaire, en l'occurrence masculin, au sein de l'institution représentative du personnel, ce qui irait à l'encontre de l'esprit des textes évoqués précédemment.

Cela n'a pas empêché le Tribunal d'instance de Châteauroux de valider cette méthode⁽¹⁶⁾.

Mais la Cour de cassation a censuré la position des juges de première instance : « Deux postes étant à pourvoir, l'organisation syndicale était tenue de présenter une liste conforme à l'article L. 2324-22-1 du Code du travail, alors applicable, interprété conformément à la décision n° 2017-686 QPC du Conseil constitutionnel, c'est-à-dire comportant nécessairement une femme et un homme, ce dernier au titre du sexe sous-représenté dans le collège considéré »⁽¹⁷⁾.

La solution serait identique si le candidat présenté appartenait au sexe majoritaire.

Il n'est par conséquent plus possible désormais de présenter un seul candidat lorsqu'il y a une pluralité de sièges à pourvoir, contrairement à ce qui était admis auparavant par la jurisprudence⁽¹⁸⁾.

C'est aux DRH qu'il revient de s'appropriier ces règles avec leurs subtilités jurisprudentielles afin d'assurer une place équilibrée aux femmes comme aux hommes au sein de leur comité social et économique.

□

En conclusion, n'ayez pas peur Messieurs, les femmes ne prennent pas le pouvoir. Certains devront seulement apprendre à partager... et l'apprentissage s'annonce douloureux.

À suivre donc ! ♦

(16) TI Châteauroux, 23 févr. 2017, n° 11-17-000053.

(17) Cass. soc., 9 mai 2018, n° 17-14.088.

(18) Cass. soc., 17 déc. 1986, n° 86-60.278.