



EDITORIAL

Le débat autour de la réforme des retraites aura au moins permis de remettre au gout du jour la question de l'égalité homme-femme et notamment de pointer du doigt les conséquences de cette inégalité en matière de retraite.

Ainsi, pour y faire face, le gouvernement encourage les employeurs à négocier sur l'égalité professionnelle, fixer des objectifs et prendre des mesures. A défaut, ils seront sanctionnés. Une pénalité financière de 1% prise sur la masse salariale de leur entreprise a en effet été prévue par le projet de loi sur la réforme des retraites.

Mais pour beaucoup cela ne suffira pas à effacer les différences entre les hommes et les femmes et des mesures « positives » pour compenser les inégalités existantes et mesurables devraient être prises. Ainsi, la Haute autorité de lutte contre les discriminations évoque dans un document (accessible sur le site dialogue-social.fr) « une série d'évolutions nécessaires » qui pourraient améliorer le projet de réforme. Elle demande notamment le maintien du taux plein à 65 ans pour « les personnes ayant pris un congé parental », suggère d'étendre la possibilité pour « les personnes à temps partiel de cotiser sur la base d'un complet avec participation de l'employeur » ou encore souhaite que le montant de la pension soit calculé non sur les 25 meilleurs années de carrière, mais sur « les 100 meilleurs trimestres », ce qui pénaliserait moins les personnes à temps partiel (majoritairement des femmes).

Les recommandations de la Halde seront-elles suivies d'effet ? Il est probable que des concessions interviennent sur la réforme des retraites pour apaiser l'opposition au projet de loi.

Tiphaine Garat
Francis Meyer

- **A partir de septembre, le contenu du site dialogue-social.fr est élargi aux questions d'égalité professionnelle au plan interne et au plan communautaire. Cinq nouvelles rubriques ont été créées : discrimination liée à l'âge, égalité homme-femme, discrimination liée à la santé et à l'handicap, autres motifs de discrimination, accord sur l'égalité professionnelle et la diversité.**

Cette lettre de septembre est consacrée entièrement à cette thématique plus que jamais d'actualité. Bonne lecture !

SOMMAIRE

- P 2** Le chiffre du mois
- P 3-4** La Halde se saisit de la question des inégalités de genre en matière de retraite
- P 4-5** Jurisprudence : le principe d'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes s'applique en cas de travail à valeur égale
- P 5-7** Réforme des retraites : réflexions autour de l'obligation de négocier sur l'égalité professionnelle.
- P 8-10** Discrimination en fonction de l'âge :
Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.
- P10** Invitation aux matinées d'information

*Direction de publication : Francis Meyer
Rédaction : Tiphaine Garat, Hakim El Fattah, Francis Meyer*

Cette action est réalisée dans le cadre d'une convention d'appui au dialogue social territorial signée avec la Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence et de la Consommation, du Travail et de l'Emploi d'Alsace.

LE CHIFFRE DU MOIS

16,5%

Le nombre d'inscrits au chômage de plus de 50 ans a augmenté de 16,5% depuis un an.

En pleine réforme des retraites, le nombre de seniors inscrits au chômage a continué à augmenter au mois d'août (+1% sur un mois en catégorie A, +1,3% en A, B, C), alors qu'il leur est souvent très difficile de retrouver un emploi.



La Halde se saisit de la question des inégalités de genre en matière de retraite.

La Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (Halde) s'est saisie d'office, par décision du 5 juillet 2010, de la question des inégalités de genre en matière de retraite.

Dans une délibération du 13 septembre dernier, la Haute Autorité dit souhaiter, à l'occasion du projet de loi sur les retraites, "alerter sur les effets que cette réforme, en l'état, pourrait induire sur la situation des femmes".

L'institution, présidée par Mme Jeannette BOUGRAB, rappelle que des écarts significatifs existent entre les hommes et les femmes en matière de retraite : **en 2004, les femmes retraitées de 60 ans et plus percevaient une retraite en moyenne équivalente à 62% de celle perçue par les hommes.**

Les femmes parties à la retraite ont validé en moyenne 20 trimestres de moins que les hommes malgré les majorations de durée pour enfant ; seules 44% d'entre elles ont une carrière complète contre 86% des hommes.

Ces disparités qui "résultent pour beaucoup des inégalités professionnelles et des discriminations que les femmes subissent en amont tout au long de leur carrière", appelle, selon la Halde, des "évolutions nécessaires pour favoriser une plus grande égalité professionnelle entre les femmes et les hommes".

La Halde recommande à cet égard que des mesures législatives soient adoptées pour favoriser l'égale représentation des deux sexes dans les conseils d'administration des entreprises publiques et privées, l'égal accès aux fonctions électives professionnelles, aux responsabilités professionnelles et sociales. D'ailleurs, la proposition de loi présentée par Mme Marie Jo Zimmermann, relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, adoptée par l'assemblée nationale le 20 janvier 2010, va dans le bon sens, indique la Halde.

En ce qui concerne les inégalités entre les hommes et les femmes en matière salariale¹, la Haute Autorité recommande que soient effectivement adoptées et mises en œuvre les dispositions notamment de l'article 31 du projet de loi sur les retraites, relatives à la pénalisation des entreprises qui ne répondent pas à leurs obligations en matière d'égalité professionnelle, que cela soit en termes d'accords collectifs, de rapports et de plans d'action www.dialogue-social.fr/fr/contrats-aides/idcat-11-idsscat-33-idssscat-36-id-1241/recrutement-seniors.html et qu'une partie du produit des pénalités soit affecté à des actions de sensibilisation et de formation à destination des femmes.

Dans ce même cadre, la Halde recommande le dégagement annuel obligatoire d'enveloppes financières, au sein des entreprises où des écarts de salaires sont constatés, permettant ainsi d'assurer les rattrapages.

En matière de retraite, la Halde souhaite que soient examinées dans le cadre de la réforme en cours les propositions suivantes :

- Permettre aux personnes à temps partiel de cotiser sur la base d'un temps complet avec participation de l'employeur;

¹ Une étude publiée en juillet 2010 par la revue de l'OFCE montre que les femmes qui n'ont jamais interrompu leur activité professionnelle sont pénalisées et gagnent 17 % en moyenne de moins que les hommes.

- Prendre en compte les 100 meilleurs trimestres et non les 25 meilleures années pour la détermination du montant de la pension, ce qui correspond à la même durée de cotisation;
- Ouvrir le droit au versement de la pension de réversion au partenaire pacsé survivant;
- Maintenir à 65 ans l'âge de départ à la retraite à taux plein pour les personnes ayant pris un congé parental ou pour soins apportés à un enfant ou un parent malade;
- Favoriser et rééquilibrer l'accès au congé parental;
- Intégrer les indemnités journalières versées pendant le congé maternité dans le calcul du montant de la pension, comme proposé par le projet de loi sur les retraites.

A lire également : les extraits du rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée Nationale aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi portant réforme des retraites (n° 2760) n° 2762 déposé le 13 juillet 2010 par Mme Marie-Jo Zimmermann (lettre d'information n°35 – juillet/aout 2010)

Jurisprudence : le principe d'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes s'applique en cas de travail à valeur égale.

**Cour de cassation Chambre sociale, 6 juillet 2010,
n°09-40021**

Suite à son licenciement, une salariée exerçant les fonctions de responsable des ressources humaines, du juridique et des services généraux, a saisi la juridiction prud'homale d'une demande, entre autres, **de rappel de salaire pour discrimination en raison de son sexe.**

La Cour de Cassation a justement soulevé que la Cour d'appel de Paris qui statuait sur renvoi après cassation (Soc. 11 juillet 2007 n°06-41742) avait relevé entre les fonctions exercées par la salariée licenciée et les fonctions de ses collègues masculins avec lesquels elle se comparait " une identité de niveau hiérarchique, de classification, de responsabilités, leur importance comparable dans le fonctionnement de l'entreprise, chacune d'elles exigeant en outre des capacités comparables et représentant une charge nerveuse du même ordre". Ce constat permettait d'établir l'existence d'un travail de valeur égal.

Or, pour une ancienneté plus importante et un niveau d'études similaire, la salariée percevait une rémunération inférieure à celles de ses collègues masculins.

Ces éléments conduisent la Cour de cassation à constater que la salariée "avait été victime d'une inégalité de traitement dès lors que l'employeur ne rapportait pas la preuve d'éléments étrangers à toute discrimination justifiant cette inégalité".

La Haute juridiction fonde sa décision sur les articles L. 3221-2 et L. 3221-4 du code du travail. Le premier énonce 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". Et le second précise que "sont considérés comme ayant une valeur égale, les travaux qui exigent 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".

Après avoir jugé dans un arrêt du 26 juin 2008, (pourvoi n°06-46204) que "si l'employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, n'effectuent pas un travail de valeur égale des salariés qui exercent des fonctions différentes", la Cour de cassation opte dans le présent arrêt pour une application plus généreuse du principe d'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes qui, faut-il le rappeler, est une expression de la règle plus générale "à travail égal, salaire égal" (Cass. soc. 29 octobre 1996, n°92-43680).

Cette évolution jurisprudentielle est bienvenue alors que l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, maintes fois promise pour le 31 décembre 2010, est loin d'être atteinte. Selon les chiffres de l'OFCE (juillet 2010), l'écart de salaire entre les hommes et les femmes est de 27% en faveur des hommes parmi les 39-49 ans. Elle ouvrira certainement la voie à d'autres actions en justice et aura à terme, à condition qu'elle soit confirmée, un effet dissuasif.

Réforme des retraites : réflexions autour de l'obligation de négocier sur l'égalité professionnelle.

Pour venir à bout des inégalités professionnelles persistantes entre les hommes et les femmes², le projet de loi portant réforme des retraites, voté le 15 septembre, prévoit de soumettre les entreprises d'au moins 50 salariés à une pénalité lorsqu'elles ne sont pas couvertes par un accord relatif à l'égalité professionnelle, ou, à défaut, par un plan d'action. Le montant de la pénalité sera fixé par l'autorité administrative en fonction des efforts constatés dans l'entreprise en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ainsi que des motifs de sa défaillance éventuelle. Le montant de la pénalité ne pourra toutefois dépasser 1% des rémunérations et gains versés aux travailleurs salariés ou assimilés au cours des périodes au cours desquelles l'entreprise ne aura pas été couverte par

² Le rapport préparatoire à la concertation conduite par le gouvernement avec les partenaires sociaux durant l'automne 2009 www.travail-solidarite.gouv.fr/actualite-presse,42/dossiers-de-presse,46/egalite-professionnelle-hommes,10719.html, sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, présenté par Brigitte Grévy, inspectrice générale des affaires sociales le 8 juillet 2009, fait le constat qu'en 2006, dans les entreprises de 10 salariés et plus, la rémunération brute totale moyenne des femmes est inférieure de 27% à celle des hommes; l'écart est de 16% quand on se réfère au salaire horaire brut total et l'écart est plus élevé parmi les plus diplômées et les salariées plus âgées (32% entre hommes et femmes titulaires d'un deuxième ou troisième cycle). En matière de retraite, bien qu'une réduction des écarts au fil des générations est à relever, le rapport relève qu'en 2004 la pension de droits propres est égale à 42% de celle des hommes pour les femmes de 85 ans et à 50% pour les 65-69 ans.

prévention des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines, dénommé " label diversité " qui sera décerné aux entreprises, services publics, collectivités territoriales et associations promouvant la diversité.

Il est donc paradoxal, alors que les femmes constituent désormais près de la moitié de la population au travail ou à la recherche d'un emploi : 47% en 2007 et que 83% des femmes de 25 à 49 ans travaillent, de faire aujourd'hui le même constat de la persistance des inégalités entre les hommes et les femmes notamment en matière de salaire et, comme effet mécanique, en matière de retraite. L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes serait-elle une "Arlésienne"³ (Leila De Comarmond, Les Echos du 23 septembre 2010) ?

Pour Mme Brigitte Gresy, inspectrice générale des affaires sociales, "la constante est bien la dévalorisation de tout ce qui touche le féminin ... Une femme vaut moins qu'un homme sur le marché du travail" (Le Monde, 15 septembre 2010). Et elle en veut pour preuve, à titre d'illustration, la logique d'organisation du temps et d'évaluation des performances "soi-disant neutre, mais étalonnée de fait à l'aune de critères masculins : carrière linéaire disponibilité évaluée notamment par un présentisme décalé vers le soir, détection des hauts potentiels dans la tranche d'âge des 30 ans, temps où les femmes font leurs enfants".

Que faut-il attendre du nouveau dispositif? Selon Mme Brigitte Grésy "tout va se jouer sur le décret d'application. S'il ne contient pas un cadrage très strict des critères assorti d'objectifs chiffrés de progression, l'application de la sanction sera très difficile" (Le Figaro, 10 septembre 2010). Ceci d'autant qu'en matière d'égalité professionnelle et salariale, le nombre d'accords reste très faible : en 2009, 7,23% d'accords de branche abordent le thème de l'égalité et seulement 16 accords portant spécifiquement sur l'égalité professionnelle ont été conclu durant cette même année. En outre, les accords salariaux (autour de 500 accords par an), qui sont tenus aux termes de la loi de prendre en compte l'objectif d'égalité professionnelle, n'abordent cette thématique que dans moins de 10% des cas⁴.

Quoi qu'il en soit, le ministre du travail s'est dit ouvert à débattre du sujet avec les sénateurs en vue d'aller plus loin dans la lutte contre les inégalités frappant les femmes, et si c'est nécessaire, en faisant évoluer le nouveau dispositif.

Enfin, il convient de noter que pour éviter tout problème d'articulation avec la loi du 23 mars 2006 qui a imposé aux partenaires sociaux au niveau de la branche professionnelle comme de l'entreprise l'obligation de négocier chaque année pour définir et programmer les mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes avant le 31 décembre 2010 dans le cadre des négociations annuelles sur les salaires, le projet de loi prévoit la suppression de cette dernière échéance.

³ Une chose dont on parle mais qui n'arrive ou ne se produit jamais.

⁴ Voir Synthèse des négociations sur l'égalité professionnelle et salariale entre les femmes et les hommes, Ministère du travail, novembre 2009 www.travail-solidarite.gouv.fr/espaces,770/travail,771/dossiers,156/gestion-des-ressources-humaines,474/egalite-professionnelle,506/synthese-des-negociations-sur-l,10716.html

Discrimination en fonction de l'âge : Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Conclusions de l'avocat général Yves Bot sous C -250/09 et C -268/09

2 septembre 2010

Politique sociale – Égalité de traitement en matière d'emploi et de travail – Contrat de travail à durée déterminée pour les professeurs d'université ayant atteint l'âge de 65 ans – Fixation de l'âge définitif de la retraite pour les professeurs d'université à 68 ans – justification des différences de traitement fondées sur l'âge»

La question de l'âge occupe une place particulière dans le paysage jurisprudentiel communautaire. On sait que la Cour a joué dans le passé le rôle de « funambule »⁵ dans le but de rechercher une position « tenable » entre discriminations interdites et différences de traitement justifiables.

La Cour est en effet plus tolérante sur les justifications des différences de traitement en fonction de l'âge que sur d'autres. Cette souplesse est d'ailleurs induite par des « clauses d'ouverture » qui figurent dans la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000. Sa jurisprudence reste de toute manière « en construction »⁶ car on est face à « une absence de méthodologie claire et indiscutable »⁷.

Une nouvelle affaire va venir baliser le terrain s'agissant des marges de manœuvre laissées aux Etats au titre de leur politique de l'emploi.⁸ Le Rajonen sad Plovdiv (Bulgarie) interroge, en effet, la Cour sur la conformité avec la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, d'une réglementation nationale qui permet à un employeur de mettre fin au contrat de travail d'un professeur d'université ayant atteint l'âge de 65 ans et qui prévoit que, au-delà de cet âge, la relation de travail peut uniquement être prolongée sous la forme de contrats à durée déterminée d'un an dans la limite totale de trois ans. . Monsieur Georgiev a introduit un recours devant le tribunal de Plovdiv qui vise à faire constater que la clause de son premier contrat à durée déterminée limitant à un an son contrat de travail est nulle et que ce contrat doit être requalifié de contrat à durée indéterminée.

⁵ JP Lhernould « discrimination en fonction de l'âge : la cour de justice dans le rôle de funambule RJS 4/10 p.257

⁶ JP Lhernould « L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE » D.S. sept-oct.2010 p.893 et s.

⁷ ibid

⁸ Aff. C-250/09 et C 268/09

Pour l'avocat général, les objectifs pouvant être considérés comme «légitimes», au sens de la directive, sont notamment des objectifs de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle. À cet égard, il indique que la Cour a déjà jugé que la promotion de l'embauche constitue incontestablement un objectif légitime de politique sociale ou de l'emploi des États membres et que cette appréciation doit à l'évidence s'appliquer à des instruments de politique du marché du travail national visant à améliorer les chances d'insertion dans la vie active de certaines catégories de travailleurs. De même, une mesure prise afin de favoriser l'accès des jeunes à l'exercice de la profession de professeur d'université peut être considérée comme une mesure relevant de la politique de l'emploi.

Il vérifie ensuite si les moyens mis en œuvre pour réaliser cet objectif sont «appropriés et nécessaires» en rappelant que les États membres disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures susceptibles de réaliser leurs objectifs en matière de politique sociale et d'emploi

Il convient selon lui de reconnaître qu'un État membre peut légitimement tendre à garantir l'existence d'une pyramide des âges équilibrée au sein du corps des professeurs d'université en instaurant une limite d'âge. La cohabitation de différentes générations d'enseignants et de chercheurs favorise l'échange d'expériences ainsi que l'innovation, et donc le développement de la qualité de l'enseignement et de la recherche au sein des universités. Par ailleurs, compte tenu du fait que le nombre de postes vacants est limité dans ce secteur et que les carrières peuvent y être relativement longues, il est raisonnable de penser qu'une limite d'âge facilitera l'accès des plus jeunes à la profession.

Quant au caractère proportionné de cette réglementation, il tient dans le fait que, tant à l'âge de 65 ans qu'à celui de 68 ans, un professeur d'université qui se trouve contraint de cesser son activité bénéficie d'un droit à une pension de retraite. Ladite réglementation ne saurait donc être regardée comme portant une atteinte excessive aux prétentions légitimes des travailleurs qui devraient cesser leur activité du fait qu'ils ont atteint un âge compris entre 65 et 68 ans, dès lors qu'une telle réglementation ne se fonde pas seulement sur un âge déterminé, mais prend également en considération la circonstance que les intéressés bénéficient au terme de leur carrière professionnelle d'une compensation financière au moyen de l'octroi d'une pension de retraite dont, au demeurant, M. Georgiev ne conteste pas le montant.

Enfin la possibilité pour les professeurs d'exercer au-delà de 65 ans au moyen de contrats à durée déterminée a pour effet d'assouplir la règle du départ à la retraite à partir de cet âge en permettant à ces professeurs de poursuivre leur activité durant trois ans et contribue donc à atténuer la différence de traitement dont font l'objet les professeurs ayant atteint l'âge de 65 ans.

Il déduit de l'ensemble de ces éléments que la directive doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui permet à un employeur de mettre fin au contrat de travail d'un professeur d'université ayant atteint l'âge de 65 ans et qui prévoit que, au-delà de cet âge, la relation de travail peut uniquement être prolongée sous la forme de contrats à durée déterminée d'un an dans la limite totale de trois ans, pour autant que cette réglementation vise à répartir les possibilités d'emploi entre les générations au sein de cette profession, ce qu'il appartient au juge national de vérifier.

De telles « balises » d'âge avaient déjà été admises par la CJUE dans d'autres affaires pour admettre par exemple le déconventionnement d'une dentiste de 68 ans au motif de la

répartition des «possibilités d'emploi entre les générations au sein de la profession»⁹. Il reste que le curseur peut varier en fonction de nombreux paramètres et que les réponses au cas par cas (à quel âge est-on susceptible d'être écarté dans telle ou telle profession en fonction de la situation de l'emploi) vont multiplier les contentieux. Les justifications liées aux politiques de partage de l'emploi restent donc bien d'actualité et les droits fondamentaux des travailleurs en matière de discrimination sont de ce fait tenus en échec. Reste à attendre la position de la Cour qui devrait entériner l'avis de l'avocat général.

Francis MEYER

INVITATION AUX MATINEES D'INFORMATION

	Date	Heure	Thème	Intervenant
1	Mercredi 20 octobre	9 h -12 h	La réforme des procédures de déclaration des AT- MP et du système de tarification	Francis Meyer COMPLET Une seconde matinée est organisée le 17 décembre 2010.
2	Vendredi 29 octobre	14 h -17 h	La protection sociale complémentaire d'entreprise (mise en place, fonctionnement)	Francis Kessler
3	Vendredi 19 novembre	9 h - 12 h	Les nouvelles règles applicables à la période d'essai	Philippe Neiss
4	Mercredi 08 décembre	9 h 30 - 12 h 30	Les élections professionnelles depuis la loi du 20 août 2008 : quelles modalités pour arrêter leur organisation ?	Daniel Boulmier

Contact et inscription : tiphaine.garat@unistra.fr

⁹ CJUE 12 janvier 2010 C341/08