

La transparence des rémunérations : notions de rémunération et de travail de valeur équivalente

Pascale Baron, Avocat associé, Rigaud Avocats

Une directive européenne du 10 mai 2023 vise à « renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations (...) »¹. L'objectif de ce texte est d'instaurer l'effectivité du droit à l'égalité des rémunérations.

Son article 34 prévoit que « les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 7 juin 2026 ». Les États membres ont donc jusqu'à cette date pour transposer la directive dans leur droit interne. Élisabeth Borne avait annoncé, lorsqu'elle occupait le poste de Premier ministre, l'ouverture d'une concertation avec les organisations syndicales et patronales afin de « bâtir un nouvel index » d'égalité professionnelle dans la mesure où elle qualifiait l'actuel « d'outil important mais perfectible ». S'agissant du calendrier, il était (à l'époque) ambitieux puisque la transposition était annoncée à l'horizon du second trimestre 2025, et donc avec une année d'avance par rapport à la date butoir.

Les États membres ont le choix des modalités et du contenu qu'ils souhaitent pour la transposition, ce qui est susceptible de conduire à des solutions différentes, certains pays pouvant opter pour une mise en œuvre *a minima* tandis que d'autres iraient au-delà des obligations européennes. À ce sujet, il est utile de souligner que la France lutte contre la surtransposition des directives, c'est-à-dire une transposition qui irait plus loin que ce qui est expressément prévu dans le texte européen².

Avant même la transposition, et afin de tenter de se préparer au mieux, il est utile de revenir sur

les principales mesures instaurées par la directive qui nécessiteront que les rédacteurs du ou des textes à venir, en France, portent une attention particulière à la définition des notions de rémunération et de travail de valeur équivalente.

1 PRINCIPALES MESURES ÉDICTÉES PAR LA DIRECTIVE

Selon la directive, les mesures contraignantes visant à améliorer la transparence des rémunérations impliquent des dispositions clarifiant certaines notions juridiques existantes, « telles que les notions de rémunération et de travail de même valeur »³. Pour mieux comprendre les raisons pour lesquelles ces définitions sont centrales, il est nécessaire de revenir sur les exigences auxquelles elles sont associées.

► Principales mesures liées à la notion de rémunération

Le texte européen instaure des obligations pour les employeurs tant en amont de la relation contractuelle avec les travailleurs que pendant celle-ci. Parmi ces obligations, on peut s'attarder sur celle prévue à l'article 9 de la directive intitulé « Communication de données relatives à l'écart de rémunération entre travailleurs féminins et travailleurs masculins » dans la mesure où elle est perçue comme la principale. De façon synthétique, les employeurs devront :

- communiquer les données relatives à l'écart de rémunération entre les salariés femmes et hommes comportant l'ensemble des précisions suivantes :
- l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes, ●●●

1. Dir. (UE) 2023/970, 10 mai 2023, JOUE 17 mai 2023.

2. Le guide des bonnes pratiques concernant la transposition des directives européennes du 19 décembre 2011 parle de « lutte contre la surtransposition », en indiquant que « sous réserve de l'appréciation d'opportunité (...) toute mesure allant au-delà de ce qu'implique strictement la mise en œuvre de la directive est écartée. La transposition d'une directive ne devrait pas être l'occasion d'une remise en chantier du droit national, en dehors de ce qui est nécessaire pour la transposition ». Une circulaire du 26 juillet 2017 relative à la maîtrise du flux des textes réglementaires et de leur impact prévoit également que « toute mesure allant au-delà des exigences minimales de la directive est en principe proscrite ».

3. Dir. (UE) 2023/970, 10 mai 2023, cons. n° 16.

- - l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes au niveau des composantes variables ou complémentaires,
 - l'écart de rémunération médian entre les femmes et les hommes,
 - l'écart de rémunération médian entre les femmes et les hommes au niveau des composantes variables ou complémentaires,
 - la proportion de travailleurs féminins et de travailleurs masculins bénéficiant de composantes variables ou complémentaires,
 - la proportion de travailleurs féminins et de travailleurs masculins dans chaque quartile (quatre groupes égaux dans lesquels les travailleurs sont répartis en fonction de leur niveau de rémunération) et,
 - l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes par catégories de travailleurs, ventilé par salaire ou traitement ordinaire de base et par composantes variables ou complémentaires.

Par rapport à l'index existant, l'une des nouveautés réside dans le fait que des calculs spécifiques vont devoir être menés au titre des composantes dites variables et complémentaires de la rémunération, ce qui va nécessiter de pouvoir clairement les identifier.

En revanche, la directive ne prévoit pas explicitement une restitution impliquant de segmenter les salariés par tranches d'âges, catégories socio-professionnelles ou encore coefficients ou classifications de branche, contrairement à ce qui existe actuellement, en France, au titre de l'index⁴. Seule est évoquée la notion de catégories de travailleurs. Compte tenu de la méthode existante, il est peu probable que le législateur ou/et le pouvoir réglementaire fasse(nt) « machine arrière » sur ce thème et il convient donc de se préparer à fournir les données telles qu'exigées par la directive, mais en y ajoutant la segmentation déjà existante dans l'index français;

- consulter les représentants du personnel sur l'exactitude des informations et leur donner accès aux méthodes appliquées pour le calcul;
- fournir des éclaircissements et des précisions supplémentaires sur toutes les données communiquées à la demande des salariés, des représentants du personnel, de l'inspection du travail ou de l'organisme pour l'égalité de traitement;
- remédier à la situation dans un délai raisonnable lorsque la différence de rémunération entre les femmes et les hommes n'est pas justifiée par des critères objectifs non sexistes.

Et, dans le prolongement de ces obligations, l'article 10 de la directive (UE) 2023/970 du 10 mai 2023 instaure une « évaluation conjointe

des rémunérations », c'est-à-dire une procédure qui devra être mise en œuvre dans les entreprises afin, principalement, de corriger les différences de rémunérations entre les salariés femmes et hommes dès lors qu'elles ne sont pas justifiées par des critères objectifs.

Ces différentes obligations font intervenir des acteurs internes aux entreprises (les salariés et leurs représentants), mais également, pour certaines, externes (inspection du travail, organisme pour l'égalité de traitement, « grand public » à l'occasion de la publication des données sur le site internet de l'entreprise ou par tout autre moyen de diffusion...), ce qui explique que certaines grandes entreprises se saisissent d'ores et déjà du thème pour anticiper les impacts, notamment en termes d'image et de communication.

Mais les grandes entreprises ne sont pas les seules concernées dans la mesure où ces obligations concernent :

- de façon annuelle, les employeurs de 250 salariés ou plus, à partir de juin 2027 ;
- de façon triennale :
 - les employeurs de 150 à 249 salariés, à partir de juin 2027 et,
 - les employeurs de 100 à 149 salariés, à compter de juin 2031.

À ce sujet, la directive prévoit que les États membres peuvent étendre ces obligations aux employeurs dont les effectifs comprennent moins de 100 travailleurs. La question se pose donc de savoir ce qui sera décidé en France. En effet, un arbitrage devra être opéré entre contrevenir à la règle interne de non-surtransposition et le fait que l'index de l'égalité professionnelle, qui existe déjà, s'applique aux entreprises d'au moins 50 salariés, le tout sans perdre de vue que les obligations issues de la directive pourraient être particulièrement lourdes à respecter pour ces employeurs.

► Principales mesures en lien avec la notion de travail de même valeur

Ce concept est essentiellement visé dans deux articles de la directive, à savoir :

- l'article 4 de la directive (UE) 2023/970 du 10 mai 2023 qui prévoit que les États membres sont tenus de prendre les mesures nécessaires pour que les employeurs disposent de structures de rémunération garantissant l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur.

En France, la mise en œuvre de cette mesure se fera vraisemblablement au travers des négociations de branche. Or, comme nous le verrons

⁴. Cf. à titre d'illustration l'article D. 1142-2 du Code du travail.

ci-après, les critères actuellement utilisés à ce sujet vont devoir évoluer ;

– l'article 7 de la directive (UE) 2023/970 du 10 mai 2023 selon lequel les travailleurs ont le droit de demander et de recevoir, par écrit, des informations sur leur propre rémunération et sur les niveaux de rémunération moyens des travailleurs accomplissant le même travail ou un travail de même valeur qu'eux, ces informations devant être ventilées par sexe.

Corollaire important de ce droit dont bénéficient les salariés : le texte européen prévoit que les employeurs devront informer tous les travailleurs de son existence, une fois par an. Cette mesure ne devrait donc pas manquer d'alimenter les revendications et les contentieux en matière d'égalité de traitement, voire de discrimination fondée sur le sexe.

2 LA NOTION DE RÉMUNÉRATION

Selon l'article 3, 1, a) de la directive (UE) 2023/970 du 10 mai 2023, la rémunération se définit de la façon suivante : « Le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimal et tout autre avantage, payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature (composantes variables ou complémentaires), par un employeur à un travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. »

Et, les propos introductifs de la directive⁵ fournissent des précisions afin d'accompagner les États membres à l'occasion de la transposition. Ainsi, il est notamment mentionné que :

– conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, la notion de rémunération devrait englober non seulement le salaire, mais également les composantes complémentaires ou variables de la rémunération ;

– s'agissant des composantes complémentaires ou variables, il conviendrait de tenir compte de toutes les prestations qui s'ajoutent au salaire, que le travailleur perçoit directement ou indirectement, en espèces ou en nature.

Et, le texte fournit des illustrations (non exhaustives) en soulignant que « peuvent » intégrer la notion de rémunération : « Les primes, la compensation des heures supplémentaires, l'indemnisation des déplacements, les indemnités de logement et de repas, l'indemnisation de la participation à des formations, les indemnités en cas de licenciement, les indemnités légales de maladie, les indemnités légales obligatoires et les pensions professionnelles. »

Si l'ensemble de ces notions n'est pas nécessairement tout à fait transposable en droit français, certains des exemples fournis dans l'énumération ci-dessus questionnent. Tel est le cas notamment de la mention de la prise en compte des indemnités de licenciement dans la mesure où cela marque la fin de la relation contractuelle, ou encore des indemnités légales de maladie dès lors que l'employeur n'en a pas la maîtrise.

Il est donc utile de se pencher sur la façon dont cette notion est actuellement appréhendée, en France, pour la mise en œuvre de l'index de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

Pour la mise en œuvre de cet index (*C. trav.*, art. L. 1142-7 et s. ; *C. trav.*, art. D. 1142-2 et s.), le Code du travail renvoie, pour calculer les différents indicateurs, et principalement celui de l'écart de rémunération entre les hommes et les femmes, à la définition de la rémunération telle qu'elle figure à l'article L. 3221-3 du Code du travail.

Précisément, ce texte est relatif à la mise en œuvre spécifique du principe d'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes (*C. trav.*, art. L. 3221-1 et s) et énonce que « constitue une rémunération [pour l'application de ce principe], le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier »... définition qui s'approche à s'y méprendre de celle retenue dans la directive. Mais la question demeure de savoir ce qui y est inclus et ce qui ne l'est pas.

Les jurisprudences sur le principe « à travail égal, salaire égal » sont bien évidemment nombreuses, mais une autre source nous semble pertinente dans un objectif opérationnel et pour tenter de nous projeter vers ce à quoi la transposition pourrait correspondre, même si, sur cette base, des modifications et des précisions seraient souhaitables.

Ainsi, le ministère du Travail, de la Santé et des Solidarités a mis en ligne, dès 2019, un *Questions/Réponses* relatif à la mise en œuvre de l'index et celui-ci est régulièrement mis à jour (en dernier lieu en mai 2024). Ce document comporte une partie D « Éléments de la rémunération pris en compte » qui contient à la fois :

- des principes structurants et ;
- des exemples.

Ainsi, pour la mise en œuvre de l'index, le document mis en ligne par le ministère évoque deux principes qui nous semblent essentiels :

– tout d'abord, l'employeur doit prendre en compte la rémunération effectivement ver- ●●●

5. *Dir. (UE) 2023/970, 10 mai 2023, cons. n° 21.*

●●● sée. Ainsi, pour ce qui est des *bonus* ou des primes d'objectifs, variables dans la plupart des cas, ce n'est pas le montant théorique qui doit être retenu, mais bien celui versé au salarié ;

– ensuite, la rémunération prise en compte pour le calcul des indicateurs correspond à la rémunération annuelle brute moyenne, reconstituée en équivalent temps plein sur la période de référence annuelle considérée. Tel est le cas, notamment pour les salariés à temps partiel.

Si l'on se projette sur la transposition de la directive, on peut légitimement imaginer que ces deux positions n'évolueront pas.

Par ailleurs, afin de répondre à certaines interrogations pratiques soulevées par les entreprises lors de la mise en œuvre de l'index, le *Questions/Réponses* fournit divers exemples d'éléments à intégrer à la rémunération ou, au contraire, à ne pas prendre en compte. Nous vous en proposons une synthèse sous forme de tableau.

Éléments de rémunération pris en compte pour l'index actuel	Éléments de rémunération exclus pour l'index actuel
Indemnités de congés payés	Indemnités de licenciement, de rupture conventionnelle, de départ à la retraite, fin de CDD (notamment la prime de précarité)
<i>Bonus</i>	Indemnités compensatrices de congés payés versées en fin de contrat
Commissions sur produits	Indemnités de fin de CDD (notamment la prime de précarité)
Primes d'objectifs liées aux performances individuelles	Primes d'ancienneté
Primes collectives attribuées à tous les salariés quel que soit leur poste de travail (primes de transport, de vacances...)	Heures supplémentaires et complémentaires
L'avantage en nature voiture	Versements effectués au titre de l'intéressement et de la participation
Prime exceptionnelle du pouvoir d'achat	Sommes issues de la monétisation du compte épargne-temps, des actions et des <i>stock-options</i>
	Primes liées à une sujétion particulière qui ne concerne pas la personne du salarié (prime de salissure, de froid, d'astreinte...)

À première analyse de ces exemples, la ligne de partage n'est pas évidente car on trouve, de part et d'autre, des éléments :

- individuels et collectifs ou encore ;
- soumis à charges sociales et exonérés.

Par ailleurs, on note que les indemnités de rupture sont globalement écartées pour le calcul de l'index, alors que la directive vise, comme nous l'avons vu, les indemnités de licenciement. Il en est de même de la compensation des heures supplémentaires qui pourrait être incluse dans la notion de rémunération si l'on s'appuie sur la directive alors qu'elle est aujourd'hui exclue de l'index.

En conclusion, sur la base de définitions assez proches, on constate que la mise en œuvre laisse une part importante à l'interprétation. La trans-

position de la directive pourrait donc être l'occasion pour les rédacteurs des textes, en France, de fixer des grands principes d'application, plutôt que de s'appuyer sur des illustrations pour lesquelles il est aujourd'hui complexe de comprendre la logique. De la sorte, les entreprises seraient plus à même de cerner les contours de leurs obligations, par exemple pour certains avantages aujourd'hui non évoqués tel que le financement de la protection sociale complémentaire.

3 LA NOTION DE TRAVAIL DE MÊME VALEUR

Selon l'article 3, 1, g) de la directive n° 2023/970, un travail de même valeur est un travail défini

comme étant de même valeur selon les critères non discriminatoires, objectifs et non sexistes visés à l'article 4, paragraphe 4 de la directive à savoir :

- les compétences;
- les efforts;
- les responsabilités;
- les conditions de travail, et s'il y a lieu;
- tout autre facteur pertinent pour l'emploi ou le poste concerné. À ce sujet, la directive vise, dans ses considérants introductifs : le parcours éducatif, l'expérience professionnelle et la formation, les compétences, les efforts, les responsabilités ou encore les conditions de travail⁶.

Ces facteurs doivent bien évidemment être appliqués de manière objective et non sexiste.

En outre, le texte ajoute que les compétences non-techniques ne doivent pas être sous-évaluées.

À date, le Code du travail prévoit 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'ex-

périence acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse » (*C. trav.*, art. L. 3221-4).

Cette définition va nécessairement devoir être adaptée, principalement en y intégrant le concept des conditions de travail.

Ces modifications ne seront pas sans conséquences dans le cadre des négociations de branche sur les thèmes des classifications et de l'égalité professionnelle. En effet, rappelons que ces thèmes doivent donner lieu à des négociations de façon régulière (*C. trav.*, art. L. 2241-1).

On peut également imaginer que les évolutions légales, voire réglementaires, à venir auront des effets dans le cadre des contentieux en matière d'égalité de traitement ou de discrimination.

En conclusion, alors même que nous n'avons évoqué qu'une partie des mesures prévues par la directive, on constate que le travail à mener pour procéder à une transposition s'intégrant au droit français va être d'envergure. Il serait donc souhaitable que les réflexions soient initiées relativement rapidement afin que les entreprises puissent anticiper la mise en œuvre pratique des règles à venir. ■

⁶ Dir. (UE) 2023/970, 10 mai 2023, cons. n° 26.