



PROPOSITION DE DIRECTIVE COM (2021) 93 FINAL – ÉGALITÉ SALARIALE ET TRANSPARENCE

Avis n° 161 du Bureau du CEC du 22 octobre 2021

Introduction

Le 25 juin 2021, le Conseil de l'Égalité des Chances (ci-après : le Conseil) a rendu son avis n° 155 relatif à la transparence des salaires et à l'élimination de l'écart salarial entre les femmes et les hommes. La discrimination salariale fondée sur le sexe est l'une des raisons pour lesquelles les femmes gagnent en moyenne 16% de moins que les hommes au sein de l'UE. Depuis 1975, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes est une priorité dans l'agenda d'abord de la Commission du Travail des Femmes, puis de son successeur depuis 1993, le Conseil de l'Égalité des Chances.

À la demande du ministre fédéral du Travail, le Conseil rend à présent un deuxième avis sur le salaire égal, entrant dans les détails des articles de la proposition de Directive de la Commission européenne datée du 4 mars 2021. Les textes en italique font référence à l'avis n°155 du 25 juin 2021 du Conseil.

La Commission européenne a présenté le 4 mars 2021 une proposition de directive qui comprend des mesures relatives à la transparence **des** salaires, telles que l'information sur les salaires pour les demandeurs d'emploi, le droit de connaître les niveaux de salaire des travailleurs effectuant le même travail et l'obligation pour les grandes entreprises de rendre compte des écarts de rémunération entre les sexes.

La proposition renforce également les outils permettant aux travailleurs de faire valoir leurs droits et facilite l'accès à la justice. Les employeurs ne seront pas autorisés à interroger les demandeurs d'emploi sur leurs antécédents salariaux et devront fournir des données salariales anonymes à la demande des travailleurs. Les travailleurs auront également le droit d'être indemnisés en cas de discrimination salariale.

Cela signifie que les grands employeurs seront tenus de publier annuellement des informations sur les salaires et ne seront plus autorisés à demander aux candidats quels étaient leurs salaires antérieurs. Les travailleurs auront davantage de possibilités de contester les inégalités salariales présumées et de réclamer le remboursement de leurs pertes de revenus.

La proposition rend transparents les salaires dans une entreprise et permet aux travailleurs de contester les discriminations. Les candidats doivent être informés de leur salaire initial et de leurs perspectives salariales avant l'entretien. Les travailleurs ont le droit d'être informés du montant de leur rémunération par rapport à la moyenne pour le même emploi et en fonction du sexe.

Une autre nouveauté pour les employeurs est qu'ils doivent prouver qu'il n'y a pas de discrimination si un travailleur gagne moins qu'un collègue faisant le même travail. C'est important pour les femmes, qui, en moyenne dans l'UE, sont payées 14 % de moins qu'un collègue masculin équivalent. En vertu de cette proposition, les États membres de l'UE imposeront des sanctions aux entreprises qui ne respectent pas l'égalité de rémunération. La publication obligatoire des politiques salariales dans le rapport annuel ou sur le site web s'appliquera aux entreprises et organisations comptant plus de 250 travailleurs.

Observations préliminaires

- Le présent avis souligne que la transposition de la directive devra se faire principalement à l'intérieur de la loi Genre du 10 mai 2007. Celle-ci s'applique aux services publics fédéraux, mais les autorités fédérées aussi devront modifier leurs législations respectives en ce qui concerne leurs services publics. En outre, il y a beaucoup d'aspects de la loi du 22 avril 2012 qui, dans le secteur public, ne peuvent pas être traités à l'aide d'une loi (décret, ordonnance), mais par A.R. (arrêtés du gouvernement). Toutes ces questions relèvent des statuts syndicaux du secteur public ; le Conseil n'est pas compétent à cet égard, mais estime avoir le devoir d'attirer l'attention.
- Ne pas oublier : la Belgique doit transposer au plus tard pour le 1^{er} août 2022 la directive 2019/1152/UE relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne.
Article 4.1 Les États membres veillent à ce que les employeurs soient tenus d'informer les travailleurs des éléments essentiels de la relation de travail.
Art.4.2 Les informations visées comprennent au moins les éléments suivants e.a. (k) la rémunération, y compris le montant de base initial, tous les autres éléments constitutifs, le cas échéant, indiqués séparément, ainsi que la périodicité et la méthode de versement de la rémunération à laquelle le travailleur a droit.
- Ne pas oublier : la Belgique doit transposer la directive 2019/1937/UE (*whistleblowers*) sur la protection des lanceurs d'alertes au plus tard pour le 17 décembre 2021.
- La Belgique doit donner suite à la décision du 6 décembre 2019 du Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe (*UWE c/ Belgique* - réclamation n°124/2016).
- Il est impossible de commenter la proposition sans en rechercher les implications en Belgique.

Art. 1^{er} Objet

Ne pas insérer la proposition dans la directive 2006/54/CE est une grave erreur, qui conduit à des contradictions. Les motifs donnés par la Commission sont très faibles. En tout cas, pour l'essentiel, les dispositions nécessaires à la transposition devraient s'inscrire dans la loi « Genre » du 10.5.2007, mais cela rendrait encore plus évidente la nécessité d'étendre la transposition à l'ensemble des conditions de travail. Par exemples :

- si le *recrutement* se fonde sur une évaluation, y appliquer l'**Art. 5** serait très utile ;
- dans les services publics, et souvent dans les entreprises, le passage à un barème supérieur n'est que la conséquence de la *promotion*, et donc l'**Art. 6** serait aussi très utile ;
- en matière de discrimination fondée sur plusieurs critères (**Art. 3, §3**), la jurisprudence belge ne concerne pas la rémunération, mais le *licenciement* ;
- quant à la charge de la preuve, voir sous **Art. 16 et 17**.

Art. 2 Champ d'application

Le champ d'application personnel très large inclut certainement tous les personnels des services publics. Il faudra ne pas l'oublier.

Art. 3 Définitions

§1^{er} :

- a) : c'est évidemment important que la proposition vise tous les avantages, même indirects (voir la recherche du HIVA commandée par le CEC). Par contre, vu l'objectif de la proposition, on ne peut admettre que la notion de rémunération n'inclue pas les régimes professionnels (en Belgique : complémentaires) de sécurité sociale (art. 157 TFUE). Lors de la transposition, il faudra s'assurer que les mesures de transparence s'appliquent aussi à tous les systèmes complémentaires de SS (pas seulement les pensions).
- d), e), f) : il faudra vérifier que la méthodologie utilisée par l'IEFH pour ses rapports annuels sur l'égalité salariale est conforme à ces définitions.

§3 : introduit la possibilité de faire reconnaître une discrimination salariale basée simultanément sur plusieurs critères. Ce n'est pas exactement l'intersectionnalité, qui implique l'interaction des critères pour créer la discrimination (et que la CJUE a refusé de reconnaître dans l'arrêt *Parris*, C-443/15). Cette disposition devrait être transposée à la fois dans les 3 lois du 10 mai 2007. En outre, il serait impensable de ne pas l'étendre à tout le champ matériel de ces lois (y compris la sécurité sociale).

Art. 4 Même travail et travail de même valeur

Avis 155 du 25 juin 2021

Quant à la définition des concepts « travail de valeur égale et discrimination fondée sur le sexe », elle devrait être revue dans le contexte global de la Directive 2006/54/UE, de la CCT n°25 et de la Loi Genre du 10 mai 2007. Tou-te-s les travailleur-se-s ne sont pas couvert-e-s par la CCT n°25, notamment le secteur public. En outre, la Loi Genre comporte une lacune en ce qui concerne l'interdiction de discrimination en matière d'égalité de rémunération (transposition de l'article 4 de la Directive 2006/54/CE). La formulation correcte du principe « à travail égal, salaire égal ou équivalent » n'apparaît pas. Ce point devrait être amélioré dans l'article 6, §2, 2° de la Loi Genre en incluant « pour le même travail ou un travail de valeur égale » au début dans le texte. Dans le rapport annuel belge pour le Réseau européen « genre » composé d'expert-e-s juridiques, cette lacune a déjà été signalée par l'expert belge depuis 2008. Le Conseil déplore que dans la proposition de directive sur l'Equal Pay Transparency, ce soit l'employeur qui, certes sur la base de critères, désigne unilatéralement la catégorie de travailleurs qui accomplit un travail égal ou de valeur égale (art. 3.1, g). Mieux vaudrait que cette opération fût réalisée en profondeur et en collaboration avec les organisations syndicales et avec des experts.

§4 : en ce qui concerne le comparateur, la proposition ne va pas plus loin que « la même source », c.à.d. le même groupe économique (voir encore l'arrêt du 3 juin 2021 de la CJUE, *Tesco Stores Ltd*, C-624/19). L'arrêt *Lawrence* C-320/00 de la CJUE exclut la comparaison avec des travailleurs d'une autre entreprise (à moins, bien sûr, d'une CCT sectorielle). Si la Belgique voulait aller plus loin, elle devrait l'inscrire dans la loi Genre (ou, pour le secteur privé, la CCT n° 25).

Quant à la comparaison des différences salariales, le commentaire des articles de la même proposition de la Commission européenne, au sujet de l'art. 4, précise, en se référant à la jurisprudence de la CJUE, que pour établir si des travailleurs se trouvent dans des situations comparables, il ne faut pas nécessairement se limiter à des cas dans lesquels des hommes et des femmes sont occupés par le même employeur. AVIS 155

Art. 5 Transparence des rémunérations avant l'embauche

La transposition imposera de compléter l'art. 6, §2, 1° de la loi Genre, mais aussi la CCT n° 38 du CNT. Dans les services publics, il s'agit de pratiques administratives, qu'il faudra adapter.

Art. 6

Aucune disposition introduite par la loi du 22.4.2012 (écart salarial) ne semble répondre à cette exigence. On doit aussi se demander si ce n'est pas en transposant la directive 2019/1152 qu'il faudrait y satisfaire.

Art. 7 et 10

Idem : la directive 2019/1152 impose une information individuelle sur la rémunération, mais rien sur les possibilités de comparaison.

Le cas le plus fréquent : la travailleuse Y pense qu'elle est moins bien rémunérée que le travailleur X, qui fait le même travail, mais ne peut pas le prouver, sinon en faisant un procès. L'art. 10 pourrait offrir une solution, mais elle serait inaccessible à une travailleuse non syndiquée. Cet aspect doit être rencontré dans la transposition.

Art. 8, 9 et 11 communications des données

AVIS 155 du 25 juin 2021

En particulier au niveau des entreprises, le manque de transparence des rémunérations individuelles constitue un obstacle majeur à l'efficacité de la législation relative à l'écart salarial. Il convient donc de développer une application web facile d'utilisation, permettant de compléter le rapport d'analyse bisannuel des rémunérations au niveau de l'entreprise (c'est à dire au niveau de l'entité juridique et non l'unité technique d'exploitation) . Il est nécessaire d'améliorer le cadre d'élaboration et d'analyse de ce rapport. Dans ce contexte, on peut également mettre en avant une utilisation plus efficace des données du bilan social à condition de disposer de données correctes concernant la masse salariale répartie entre les hommes et les femmes. La proposition de Directive de la Commission européenne sur la transparence des salaires précise en détail au Chapitre II ce qu'il faut entendre par là (articles 5 et suivants) : en ce qui concerne la transparence des salaires au moment du recrutement, au cours de la carrière et ce tant à titre de droit individuel qu'en tant que droit des représentants des travailleur-se-s. La publication automatique de l'écart salarial à l'intention du grand public, par exemple sur le site internet de l'entreprise, constitue un progrès (article 8). Si le rapport d'analyse bisannuel au niveau de l'entreprise fait apparaître un écart salarial trop important, l'élaboration d'un plan d'action devrait être rendue obligatoire ; une application généralisée de l'article 9 de la proposition de Directive sur la transparence salariale pour toutes les entreprises, avec éventuellement des gradations en fonction de la taille, est envisageable ici. L'élaboration d'un plan d'action devrait toutefois être liée à une date-limite de mise en œuvre.

La loi du 22.4.2012 a modifié diverses législations ; en outre, son chap. 4, relatif à l'obligation de négocier au plan sectoriel, subsiste indépendamment. Il faut vérifier si cet ensemble satisfait à la proposition. En outre, la loi Genre pourrait utilement comprendre un relevé de ces dispositions.

Par ailleurs, il faut répéter que non seulement la plupart des mécanismes et procédures que vise la loi du 22.4.2012 n'ont pas d'équivalent dans les services publics, mais aussi que la transposition d'une directive qui concerne le principe de non-discrimination relève de l'autorité fédérale et des autorités fédérées, chacune pour ce qui la concerne. Ces deux dimensions requièrent toute l'attention

nécessaire. Bien entendu, elles impliquent aussi les procédures de dialogue social propres au secteur public.

Art. 13 Procédures au nom ou en soutien des travailleurs

La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (Loi Genre) prévoit dans son article 35 :

Peuvent ester en justice dans les litiges auxquels l'application de la présente loi donnerait lieu, lorsqu'un préjudice est porté aux fins statutaires qu'ils se sont donné pour mission de poursuivre :

1° tout établissement d'utilité publique et toute association, jouissant de la personnalité juridique depuis au moins trois ans à la date des faits, et se proposant par ses statuts de défendre les droits de l'homme ou de combattre la discrimination;

2° les organisations représentatives des travailleurs et des employeurs, visées à l'article 3 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires;

3° les organisations représentatives au sens de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités;

4° les organisations syndicales représentatives au sein de l'organe de concertation syndicale désigné pour les administrations, services ou institutions pour lesquels la loi du 19 décembre 1974 réglant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités n'est pas d'application;

5° les organisations représentatives des travailleurs indépendants

AVIS 155 du 25 juin 2021 :

La proposition de Directive sur la transparence salariale contient des propositions positives aux articles 13, 14, 15 et 16. En revanche, la proposition de Directive ne comporte pas de clause de statu quo, ni la possibilité pour les États-membres de prévoir des mesures plus favorables.

Art. 14 et 18

La loi Genre ne contient pas de règle de prescription. Si la victime de discrimination salariale ne mène qu'une action civile (art. 578, 1° du Code judiciaire) après la rupture de son contrat de travail, le délai d'1 an fixé par l'art. 15 de la loi du 3.7.1978 ne satisfait pas au minimum de 3 ans prévu par la proposition. Par contre, si elle mène une action civile résultant d'une infraction (art. 578, 7° CJ et art. 28/2 de la loi Genre), le délai de 5 ans est satisfaisant.

En matière civile (art. 2242 et s. du Code civil) comme pénale (art. 22 et 24 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale), aucune disposition ne prévoit l'interruption ou la suspension de la prescription par une simple plainte interne à l'entreprise ou auprès de l'IEFH.

Art. 16 et 17 Renversement de la charge de la preuve et accès aux preuves

L'intitulé de l'art. 16 est inexact puisque le renversement de la charge ne s'opère que lorsque l'employeur a manqué à ses obligations de transparence (§2). Cependant, cette disposition déroge à l'art. 19 de la directive 2006/54. C'est en particulier pour cette raison que la proposition devrait s'insérer dans cette directive. Mais il y a bien pire : pourquoi ne pas étendre ce cas de renversement

de la charge de la preuve à tout le champ de la directive 2006/54 ? En tout cas, il serait très difficile de transposer l'art. 16 sous forme d'une dérogation, limitée à la rémunération, à l'art. 33 de la loi Genre (et aux dispositions fédérées qui le copient) alors que les difficultés de la preuve se présentent aussi à l'égard des autres conditions de travail, et en particulier en matière d'accès à l'emploi.

Quant à l'accès aux preuves, il faut recommander un examen des raisons pour lesquelles les juges semblent si peu disposés à appliquer les art. 870 et 871 du Code judiciaire (art. 8.4 du Nouveau Code civil), qui leur permettent d'ordonner à une partie de fournir les éléments utiles à la cause qui sont en sa possession puisque chaque partie doit contribuer à la preuve.

Art. 20

§2 : le terme « amendes » est inadéquat puisque l'UE n'a pas de compétences pénales ; il vise des indemnités spéciales, comme dans l'art. 23 de la loi Genre. C'est l'occasion de réexaminer si les montants prévus ont l'effet dissuasif déjà exigé par l'art. 25 de la directive 2006/54.

§3 : l'intention doit être approuvée, mais il sera impossible de ne pas l'étendre à l'ensemble des conditions de travail (ex. : traitement défavorable lié aux responsabilités familiales). Par ailleurs, il faudra empêcher un employeur qui perd son droit à des subsides ou aides, de répercuter l'effet sur l'emploi.

Art. 21

La transposition exigera, au moins, une modification de l'art. 7 de la loi du 17.6.2016 organique des marchés publics, qui impose aux soumissionnaires le respect de la législation sociale, mais à nouveau, il sera impossible de se limiter à mentionner l'égalité en matière de rémunération.

Art. 22 Victimisation

- la directive 2019/1137 donne de nombreux détails sur les mesures de représailles (autres que le licenciement) qui sont interdites à l'égard d'un whistleblower. Ces détails seraient utilement repris pour éclairer la notion « traitement défavorable » dans la directive 2006/54 et la proposition, ainsi que dans la loi Genre
- comme l'art. 24 de la directive 2006/54, la proposition ne mentionne pas les témoins. Pourtant, ils doivent être protégés aussi, et la Belgique n'a pas encore amendé la loi Genre pour tenir compte de l'arrêt *Hakelbracht* C-404/18. Mais il faut s'intéresser aussi aux travailleurs qui dénoncent des discriminations sans en être victimes ; à nouveau, la directive 2019/1137 organise une protection plus efficace, y compris en prévoyant des canaux par lesquels le whistleblower peut s'exprimer, et ces dispositions seraient très utiles en matière de discrimination, mais pas seulement salariale.