

## Délibération n° 2009-285 du 29 juin 2009

***Sexe / Congé supplémentaire par enfant à charge / Emploi privé / Observations***

***Grève / Congé supplémentaire d'assiduité / Emploi privé / Observations***

*Les dispositions conventionnelles octroyant le bénéfice de congé supplémentaire par enfant à charge aux seules mères salariées sont discriminatoires en raison du sexe.*

*Les modalités d'attribution du congé supplémentaire d'assiduité, instituées par un accord d'entreprise, revêtent un caractère discriminatoire notamment en raison de l'exercice normal du droit de grève dès lors que toutes les absences non assimilées à du temps de travail effectif par le Code du travail et la jurisprudence n'entraînent pas les mêmes conséquences sur l'attribution dudit congé.*

Le Collège :

Vu la directive 76/207/CEE du 9 février 1976, telle que modifiée la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 ;

Vu la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 ;

Vu la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 ;

Vu le Code du travail ;

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

Sur proposition du Président,

Décide :

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie le 22 janvier 2009 par Monsieur X, salarié de l'entreprise A, d'une réclamation relative aux conditions et modalités d'attribution concernant d'une part, le congé supplémentaire par enfant à charge, et d'autre part, le congé supplémentaire d'assiduité.

Saisi par des salariés, le syndicat a demandé en 2006 à la direction de l'entreprise de rétablir l'égalité de traitement entre le personnel féminin et masculin en octroyant aux pères de famille de l'entreprise les congés dits « *enfants à charge* ». L'entreprise a opposé une fin de non-recevoir.

Monsieur X a donc saisi le Conseil de prud'hommes d'une demande tendant à obtenir de son employeur l'octroi de 6 jours au titre du congé supplémentaire par enfant à charge, et de 4 jours au titre du congé supplémentaire d'assiduité.

Par jugement en date du 12 novembre 2008, le Conseil de prud'hommes a constaté la nullité des dispositions appliquées par la société A et l'a condamnée à faire bénéficier Monsieur X des congés précités.

L'employeur ayant interjeté appel de cette décision, Monsieur X a saisi la HALDE afin d'expertiser les dispositions litigieuses au regard du principe de non-discrimination.

Concernant le congé supplémentaire par enfant à charge, l'article 51 de la convention collective octroyait aux seules salariées femmes deux jours ouvrables de congé supplémentaire par enfant à charge.

Cet article a été remplacé par l'article IV-11 de la convention collective, qui est entré en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2006, en restreignant ce droit à congé supplémentaire aux seules femmes salariées âgées de moins de 21 ans.

Interrogée par le service juridique, la société A a indiqué qu'il s'agissait « *d'un droit conventionnel, et non d'un droit propre à l'entreprise* ». Dans le cadre de l'enquête, l'Union signataire de la convention susvisée, a confirmé les conditions d'octroi dudit congé au regard des dispositions conventionnelles applicables.

La société A a justifié la différence de traitement par l'application de l'ancien article L. 223-5 du Code du travail. L'entreprise a également fait valoir que cette différence de traitement se fonde sur des distinctions objectives entre femmes et hommes, notamment en ce qui concerne les questions liées à la maternité.

L'ancien article L. 223-5 du Code du travail disposait que « *les femmes salariées ou apprenties âgées de moins de vingt et un ans au 30 avril de l'année précédente bénéficient de deux jours de congé supplémentaire par enfant à charge. Le congé supplémentaire est réduit à un jour si le congé légal n'excède pas six jours.*

*En ce qui concerne les salariées âgées de plus de vingt et un ans à la date précitée, le supplément de deux jours par enfant à charge est confondu avec le congé principal prévu à l'article L. 223-2.*

*Est réputé enfant à charge l'enfant qui vit au foyer et est âgé de moins de quinze ans au 30 avril de l'année en cours ».*

L'article L. 3141-9 du Code du travail a modifié les dispositions antérieures à compter de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 : « *les femmes salariées de moins de vingt et un ans au 30 avril de l'année précédente bénéficient de deux jours de congé supplémentaire par enfant à charge. Ce congé est réduit à un jour si le congé légal n'excède pas six jours.*

*Les femmes salariées de plus de vingt et un ans à la date précitée bénéficient également de deux jours de congé supplémentaire par enfant à charge, sans que le cumul du nombre des jours de congé supplémentaire et de congé annuel ne puisse excéder la durée maximale du congé annuel prévu à l'article L. 3141-3.*

*Est réputé enfant à charge l'enfant qui vit au foyer et est âgé de moins de quinze ans au 30 avril de l'année en cours ».*

Les avantages prévus par la convention collective, tels que le droit à congés supplémentaires rémunérés, sont des éléments constitutifs de la rémunération au sens de l'article 141 du traité CE et de l'article L. 3221-3 du Code du travail.

L'article L. 1142-1 du Code du travail (ancien L. 123-1) précise que « *nul ne peut prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de rémunération (...)* ». L'article L. 1142-3 du Code du travail (ancien L. 123-2) sanctionne de nullité toute clause d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou d'un contrat de travail qui réserve le bénéfice d'une mesure quelconque, à un ou des salariés, en considération du sexe.

Le Collège de la haute autorité a déjà adopté plusieurs délibérations portant sur les dispositions de conventions collectives relatives aux congés pour enfants malades, accordés uniquement aux mères salariées. Il a notamment décidé, par délibération n° 2007-243 du 1<sup>er</sup> octobre 2007, que la clause d'un accord d'entreprise octroyant le bénéfice de congés rémunérés pour enfants malades au profit de la mère et/ou au père dans le seul cas où celui-ci élève seul ses enfants est discriminatoire en raison du sexe et doit à ce titre être considérée comme nulle.

En l'espèce, les jours de congés supplémentaires par enfant à charge de moins de 15 ans ne sont pas accessibles aux salariés de sexe masculin.

Or, cela contrevient au principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, tel qu'instauré par les articles L. 1132-1, L. 1142-1 et L. 3221-3 du Code du travail, et méconnaît également l'article 16 de la directive 2000/78/CE, les articles 3 et 8 ter de la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002.

Le refus d'un droit à congé rémunéré pour enfant à charge au profit des pères de famille ne concourt pas à instaurer une égalité face aux charges familiales entre les parents selon le sexe. De plus, contrairement à ce que soutient l'entreprise mise en cause, ces avantages ne visent pas à compenser les désavantages liés au congé de maternité ou à l'éloignement du service après l'accouchement.

En conséquence, ces dispositions ont non seulement pour effet de perpétuer une discrimination systémique à l'encontre des femmes salariées, dont la carrière professionnelle est souvent pénalisée en raison de leurs absences, au titre des congés et absences liées aux responsabilités issues de la vie familiale, mais également de discriminer les pères qui se voient exclus de la possibilité d'être plus actifs au sein de la cellule familiale.

La directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) met l'accent, dans son considérant n° 11, sur la nécessité pour les Etats-membres de « *continuer à lutter contre le problème persistant de l'écart de rémunération lié au sexe et de la ségrégation entre sexes (...), au moyen notamment de réglementations souples en matière de durée du temps de travail qui permettent tant à l'homme qu'à la femme de mieux concilier vie professionnelle et vie familiale* ».

Enfin, par application de l'effet direct du droit communautaire, le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes, en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure.

En l'espèce, par jugement du 12 novembre 2008, le Conseil de prud'hommes a écarté les dispositions de l'article L. 223-5 du Code du travail car contraire au droit communautaire et a condamné la société A à octroyer à Monsieur X les congés supplémentaires par enfant à charge cumulés depuis 2002.

La HALDE a informé le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille, de la solidarité et de la Ville afin de recueillir ses observations. Aucune réponse n'a été transmise au service juridique.

Au regard de tous ces éléments, le Collège de la haute autorité estime que les dispositions de la convention collective, et l'article L. 3141-9 du Code du travail (ancien L. 223-5), qui réservent le bénéfice de congés supplémentaires par enfant à charge aux seules mères salariées, constituent une discrimination directe fondée sur le sexe, contraire aux articles L. 1132-1, L. 1142-1 et L. 1142-3 du Code du travail et aux directives communautaires.

Concernant le congé supplémentaire d'assiduité, la société A attribue à tout salarié n'ayant eu aucune absence pendant un trimestre, un jour de congé supplémentaire par trimestre, pris le mois suivant chaque trimestre d'acquisition, par application de l'article 5 de l'accord d'entreprise de 1976 repris par un règlement du 14 avril 1976 concernant « *la journée supplémentaire de congé payé pour les personnes pouvant justifier d'aucune absence* ».

Certains salariés se sont vus refuser l'octroi de ce congé au motif qu'ils s'étaient absentés pour cause de grève et que la grève ne constituait pas l'un des cas d'absence limitativement énuméré par les textes précités.

Selon ces textes, ne sont pas considérés comme des absences :

- les congés payés,
- les congés mère de famille, correspondant aux retards dans le cadre d'un maximum d'une heure par mois,
- les absences en cas d'hospitalisation d'un enfant ou du conjoint.

En revanche, la maladie, les motifs personnels quels qu'ils soient, sont décomptés comme des absences entraînant la suppression du congé supplémentaire d'assiduité.

Il ressort d'une jurisprudence constante que si l'employeur peut tenir compte des absences, même motivées par la grève, pour l'attribution d'une prime destinée à récompenser l'assiduité, c'est à la condition que toutes les absences, autorisées ou non, entraînent les mêmes conséquences.

La Cour de cassation a admis que seules les absences légalement assimilées à du temps de travail effectif sont considérées comme temps de présence (congés payés, repos compensateurs, formations professionnelles, accidents du travail, heures de délégations des représentants du personnel, congés de maternité ou d'adoption).

Le Collège de la haute autorité a décidé, dans une délibération n° 2008-22 du 11 février 2008, qu'un accord d'entreprise instituant une prime d'assiduité revêtait un caractère discriminatoire dès lors que toutes les absences non assimilées à du temps de travail effectif par le Code du travail et la jurisprudence n'entraînent pas les mêmes conséquences sur l'attribution de la prime.

En l'espèce, l'accord d'entreprise de 1976 et le règlement appliqués par la société A retiennent comme absence la maladie, alors qu'ils consacrent comme temps de présence des absences d'origine conventionnelle (congrés mère de famille, absence en cas d'hospitalisation d'un enfant ou du conjoint).

Or, les congés mère de famille tels que définis par l'entreprise, ainsi que les absences en cas d'hospitalisation ne sont pas assimilés à du temps de travail effectif par les articles L. 3142-1 et L. 3141-5 du Code du travail (anciens L.226-1 et L. 223-4).

D'autre part, en vertu des dispositions de l'article L. 2511-1 du Code du travail (ancien L. 521-1), l'exercice du droit de grève ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire, notamment en matière de rémunération et d'avantages sociaux.

L'article L. 1132-2 du Code du travail précise également qu' « *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 en raison de l'exercice normal du droit de grève, de l'état de santé, du sexe ou de la situation de famille* ».

En conséquence, les modalités d'attribution du congé supplémentaire d'assiduité en vigueur au sein de l'entreprise A entraînent une discrimination notamment en raison de la participation à un mouvement de grève.

Le Collège de la haute autorité décide, conformément à l'article 13 de la loi portant création de la haute autorité, de présenter ses observations devant la Cour d'appel.

*Le Président*

Louis SCHWEITZER