

Délibération n°2008-250 du 1^{er} décembre 2008

Sexe – Emploi – Emploi secteur privé – Recommandation Ordres Professionnels

La réclamante a saisi la haute autorité d'une réclamation relative au non versement d'une prime à laquelle elle pouvait prétendre en raison de son travail effectif. L'employeur, sans contester le travail de la réclamante pendant la période de référence pour l'attribution de la prime, justifie son refus en lui reprochant sa décision de bénéficier d'un congé parental, congé s'ajoutant à ses précédents congés maternité pris 2 ans auparavant. La haute autorité rappelle que la Cour de justice de l'Union européenne a invariablement dit pour droit que tout traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé aux femmes constituait une discrimination directe fondée sur le sexe. Le Collège de la haute autorité recommandait au cabinet de réviser sa décision de non-attribution de la prime de bilan à la réclamante. Cette recommandation n'ayant été suivie que partiellement d'effet, le Collège décide de porter ces faits à la connaissance des ordres professionnels dont dépend la société mise en cause et leur recommande de diffuser une information auprès de l'ensemble de leurs membres quant aux règles applicables à l'octroi et au calcul des primes à l'égard de leurs collaborateurs ou salariés en cas de congé maternité ou de congé parental d'éducation, notamment sur la proratisation a minima de la prime.

Le Collège :

Vu la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil,

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 :

Madame L a saisi la haute autorité de lutte contre les discriminations le 2 octobre 2006 d'une réclamation relative au non versement d'une prime de bilan par le cabinet d'expertise-comptable O au sein duquel elle exerçait les fonctions de directrice de mission avant de démissionner pour raisons familiales le 1^{er} décembre 2006. Elle invoque une discrimination fondée sur « *sur sa situation de famille ou sa grossesse* ».

Depuis sa prise de fonctions dans le cabinet O en novembre 2001, la réclamante affirme avoir reçu chaque année une prime de bilan selon la ventilation suivante :

- pour la période du 1^{er} septembre 2001 au 31 août 2002 : la réclamante aurait touché une prime de 2290 € (base : 1 mois de salaire proratisé au temps de présence car la réclamante est arrivée en novembre 2001) ;

- pour la période du 1^{er} septembre 2002 au 31 août 2003 : la réclamante aurait perçu une prime de 4000 € ;
- pour la période du 1^{er} septembre 2003 au 31 août 2004 : elle aurait reçu une prime de 3000 € au prorata de son temps de présence (la réclamante était en congé maternité du 29 mars 2004 au 2 novembre 2004) ;
- pour la période du 1^{er} septembre 2004 au 31 août 2005, nonobstant sa présence au cabinet, on lui refuserait la prime.

Elle indique qu'il était d'usage au sein du cabinet O, de verser aux directeurs de mission une prime non contractuelle dite « prime de bilan » en contrepartie du travail fourni au cours de la période écoulée, sachant que la saison d'audit court du 1^{er} septembre de l'année écoulée au 31 août de l'année en cours. L'annonce de l'octroi de cette prime était faite généralement en juillet de l'année en cours, par l'un des 3 associés du cabinet, lors de l'entretien annuel d'évaluation du directeur de mission.

Le 27 juillet 2005, Madame L reçoit une évaluation positive de son supérieur, Monsieur G, qui lui confirme l'attribution de sa prime pour la période du 1^{er} septembre 2004 au 31 août 2005, période au cours de laquelle elle était présente au sein du cabinet. Dans le même temps, elle lui annonce qu'elle prendra un congé parental en fin d'année.

Le 24 octobre 2005, la réclamante quitte le cabinet pour un congé parental d'une durée d'un an, et en janvier 2006, elle constate que la prime pour la période 2004-2005 n'est toujours pas versée.

En février 2006, son supérieur hiérarchique, lui confirme le refus du cabinet de lui octroyer cette prime en raison du congé parental qu'elle vient de prendre. Il aurait ajouté que cette décision ne lui appartenait pas mais qu'il la soutenait.

Le 29 mars 2006, elle conteste par écrit cette décision, et le 18 avril 2006, Monsieur M, associé du cabinet, lui indique par courrier que, sans vouloir contester la qualité de son travail ni même ses compétences, ses différentes périodes d'absences, notamment ses congés maternité passés ont eu des conséquences sur l'activité du cabinet. Il confirme donc sa décision de ne pas procéder au versement de la prime même si elle était présente au cours de l'exercice, sa décision étant souveraine.

Le 24 juin 2006, la réclamante conteste de nouveau cette décision sans obtenir de réponse et elle démissionne le 1^{er} décembre 2006 pour raisons familiales.

Sollicité par la haute autorité, le cabinet mis en cause a fait parvenir le 30 mai 2007 les éléments d'information demandés (dossier personnel de l'intéressée, rapports d'évaluation, échanges de correspondances....).

Au préalable, il ressort de l'analyse des documents communiqués par le mis en cause que Madame L a perçu une prime de bilan pour chacun des exercices 2001-2002, 2002-2003 et 2003-2004.

Répondant aux interrogations de la haute autorité sur le versement de la prime de bilan, Monsieur F, associé du cabinet O, affirme qu'il s'agit d'une décision souveraine et discrétionnaire des associés et que cette prime ne constitue pas un élément du salaire. Le mis en cause a refusé de transmettre toute information sur les salariés bénéficiaires de la prime de bilan, notamment ceux occupant un emploi équivalent à celui de la réclamante.

La haute autorité rappelle, qu'au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, il existe des primes de 2 natures : celles qui sont prévues par le contrat de travail, un accord collectif, un usage ou bien encore un engagement unilatéral de l'employeur. De telles gratifications sont obligatoires et présentent le caractère juridique d'un salaire. A l'inverse, les primes dont l'opportunité du versement et le montant

dépendent librement de l'employeur sont « facultatives » ou « bénévoles » et constituent donc des libéralités.

En l'espèce, se pose le problème du caractère obligatoire d'une prime non formalisée par un écrit. Selon une jurisprudence constante, cette gratification devient un élément normal et permanent du salaire et cesse d'être une libéralité dès lors que son usage est constant, fixe et général.

Ainsi, une prime attribuée un certain nombre de fois répond au critère de constance (Soc. 03.10.91) mais elle ne doit pas présenter un caractère aléatoire (comme par exemple une prime de fin d'année dont le versement est décidé en fonction des résultats de l'entreprise (Soc. 16.07.87)).

Répond au critère de fixité, une prime dont le montant est calculé selon les mêmes modalités d'une année à l'autre sous la réserve qu'une prime, dont le montant est décidé discrétionnairement par l'employeur, sans aucune référence à un mode de calcul invariable, ne revêt pas le caractère de fixité nécessaire et ce, même si elle est versée régulièrement tous les ans. (Soc. 05.11.87). Enfin, l'usage du versement de la prime est général si elle est versée à l'ensemble des salariés ou au moins à une catégorie d'entre eux.

Dès lors que le versement d'une prime répond aux caractères de généralité, constance et fixité, son paiement et son montant sont obligatoires pour l'employeur (Soc. 28.02.96).

Il ressort de l'enquête diligentée par la haute autorité que la prime de bilan est versée discrétionnairement par les associés du cabinet O, sans application d'un « calcul arithmétique » et en fonction des résultats du cabinet. Son usage ne répond donc pas aux exigences de la jurisprudence en ce qui concerne au moins deux critères : constance et fixité. De ce fait, elle constitue donc bien une gratification dite bénévole et les associés du cabinet peuvent décider en toute liberté de l'opportunité de son versement.

Cependant, la haute autorité rappelle que, si l'employeur peut décider en toute liberté de l'opportunité de verser une gratification, ce paiement n'en demeure pas moins une rémunération dont l'attribution est soumise au respect du principe de non discrimination.

En effet, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de rappeler dans un arrêt de principe (CJCE 13.02.96 Joan Gillespie) « *Il ressort de la définition figurant au deuxième alinéa de l'article 119 que la notion de rémunération utilisée englobe tous les avantages payés directement ou indirectement par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. La nature juridique de ces avantages n'importe pas pour l'application de l'article 119 dès lors que ces avantages sont octroyés en relation avec l'emploi* ».

Il ressort des documents transmis à la haute autorité par le mis en cause et notamment la lettre adressée le 18 avril 2006 à Madame L, que l'employeur lui reproche d'abord ses congés de maternité pris en 2003 et en 2004 avant de conclure qu'elle ne peut prétendre à sa prime de bilan au motif que son souhait de prendre un congé parental allait accroître son absentéisme. Sa décision de prendre un congé parental constitue donc bien le fondement du refus de lui verser sa prime.

La concomitance entre le congé parental de Madame L et le refus de lui verser une prime de bilan doit être relevée.

La Cour de justice de l'Union européenne a invariablement dit pour droit que tout traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé aux femmes constitue une discrimination directe fondée sur le sexe. (CJCE 13/02/1996 Gillespie point 22 / CJCE 30.04.2004 points 29 et 32 / CJCE 30.03.2004 Alabaster point 47).

D'autre part, la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes codifie la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et étend son champ d'application au congé parental (article 1-2 point 7).

Enfin, la haute autorité rappelle qu'aux termes de l'article L.1132-1 du Code du travail, « *aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte notamment en matière de rémunération en raison de son sexe ou de sa situation de famille* » et que l'article L.1142-1 du Code du travail interdit de « *prendre en considération du sexe toute mesure, notamment en matière de rémunération* ».

Par sa délibération n°2008-54 du 31 mars 2008, le Collège de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a recommandé au cabinet O de réviser sa décision de non-attribution de la prime de bilan à Madame L pour l'exercice 2004-2005, ainsi que de mettre en place une procédure transparente d'attribution de la prime de bilan fondée sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, et ce dans un délai de 3 mois à compter de la notification de sa délibération et d'en justifier.

Par courrier en date du 27 juin 2008, Monsieur M, associé principal du cabinet O, a refusé de verser la prime de bilan à la réclamante, et ainsi de se conformer aux recommandations de la haute autorité.

Prenant acte de ce refus, la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité l'invitait, le 9 septembre 2008, à se conformer à ses recommandations et l'informait qu'à défaut, elle statuerait sur l'opportunité de les rendre publiques et de les transmettre aux ordres professionnels dont la société dépend.

Par courriers des 22 septembre 2008 et 22 octobre 2008, Monsieur M informait la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité de la mise en place d'une « procédure » pour le versement de la prime dite de bilan. Ainsi, son montant serait fonction de l'enveloppe globale des « primes à répartir » selon le résultat de l'entreprise. Elle serait allouée par décision des associés en tenant compte de l'implication du salarié, de la qualité de son travail et de sa présence.

De fait, le Collège de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité prend acte du suivi de sa recommandation relative à la mise en place d'une procédure d'attribution de la prime de bilan fondée sur des critères étrangers à toute discrimination.

D'autre part, Monsieur M informait la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité du versement d'une prime de 2000 euros bruts à Madame L.

Cependant, l'enquête diligentée par la haute autorité a révélé que la réclamante percevait généralement une prime d'un mois de salaire, soit 4100 euros bruts, l'année précédant son congé maternité.

Le Collège de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité relève que par application du principe de proratisation admis par la Cour de cassation et la CJCE, la réclamante n'ayant été absente qu'un seul mois (du 1^{er} au 30 septembre 2004), sur la période de 12 mois retenue pour le calcul de la prime (du 1^{er} septembre 2004 au 31 août 2005), elle aurait dû percevoir, au regard de son temps de présence effectif, une somme de 4100 euros bruts x 11/12, soit 3760 euros bruts, et en tout état de cause une somme supérieure aux 2000 euros bruts qui lui ont été accordés.

Monsieur M ne souhaitant pas changer de position, le Collège, conformément à l'article 14 de la loi portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, décide de porter ces faits à la connaissance de l'Ordre National des Experts-Comptables et à la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes et leur recommande de diffuser une information auprès de l'ensemble de

leurs membres quant aux règles applicables à l'octroi et au calcul des primes à l'égard de leurs collaborateurs ou salariés en cas d'absence pour congés maternité ou congé parental d'éducation.

Le Collège de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité demande à être informé des suites données à sa recommandation dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la présente délibération.

Le Président

Louis SCHWEITZER