

Les nouveaux apports du droit pour l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'emploi et le travail

par *Michel MINÉ*,

Professeur-associé en droit privé à l'Université de Cergy-Pontoise

PLAN

I. - Le droit de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes

A. Un concept rénové : la discrimination directe

1. L'objectif
2. La méthode
3. Les harcèlements sexuel et sexiste
4. Des dérogations limitées

B. Un concept novateur : la discrimination indirecte

1. A la recherche d'un effet discriminatoire
2. Un concept performant pour saisir la discrimination systémique
3. Une justification possible

C. Les actions positives

II. - La mobilisation du droit de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes

A. Les obstacles sociologiques et culturels

1. Des stéréotypes sexuels
2. De multiples agents de la discrimination sexuelle
3. Un nouveau paradigme

B. La négociation collective et les relations sociales

1. La négociation collective
2. Les relations sociales dans l'entreprise

C. L'action judiciaire

1. Le régime probatoire
2. La réparation et la sanction
3. L'intervention syndicale et associative en justice
4. La protection contre les représailles

D. L'organisme indépendant

1. Dans le cadre du programme communautaire de lutte contre la discrimination (1), le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté, sur proposition de la Commission européenne (2), en application du Traité (3), selon la procédure de co-décision (4), la directive 2002/73/CE de modification et d'actualisation de la directive 76/207/CEE concernant l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail (5). Cette directive se situe dans le cadre d'une intensification de la production normative communautaire pour assurer l'égalité de traitement et agir contre les discriminations (6).

2. Cette nouvelle directive synthétise et cristallise les apports de la jurisprudence communautaire en faveur de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans la vie professionnelle et prévoit de nouvelles règles pour y parvenir. Une telle directive n'a pu être adoptée que grâce aux apports de la jurisprudence communautaire (7) et au nouveau rôle joué par le Parlement (8). Elle est marquée par une démarche volontariste, dite « proactive ».

La directive trouve ses fondements dans le droit communautaire mais également dans le droit international (9) et en particulier dans le droit européen non-communautaire (10).

3. Cette directive, adoptée avant l'élargissement de l'Union le 1^{er} mai 2004, point essentiel de "l'avancée" du droit en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, est sur de nombreux points plus performante que le droit interne et doit être transposée avant le 5 octobre 2005 (11). Les États peuvent

(1) Adopté par le Conseil «emploi et politique sociale» des 27 et 28 nov. 2000 (JOCE 2 déc. 2000, n° L 303, p.23), avec le programme sur l'égalité des chances.

(2) Proposition du 7 juin 2000 (JOCE 28 nov. 2000, n° C 337E, p.204).

(3) Traité d'Amsterdam, spéc. art. 2 (l'égalité entre les femmes et les hommes est un principe fondamental de la construction communautaire, cf. CJCE 15 juin 1978, Gabrielle Defrenne III, aff. 149/77 § 26 et 27) et art. 141 (ex art. 119). « Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe », adopté par les chefs d'État le 18 juin 2004, spéc. art. 3 § 3 et art. III-108.

(4) Art. 251 du Traité (ex art. 189 b).

(5) JOCE 5 oct. 2002, n° L 269, p.15, « directive genre ». www.europa.eu.int/eur-lex

(6) Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, Dr. Ouv. juil. 2003 ; Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

(7) Du fait de la primauté du droit communautaire sur les droits internes et de l'effet direct et immédiat des décisions du juge de Luxembourg (CJCE), une solution favorable acquise par des femmes dans un pays, dans le cadre d'une réponse à une question préjudicielle (art. 234, ex art. 177, du Traité), est applicable à l'ensemble des femmes de l'Union européenne (CJCE 5 fév. 1963, Van Gend Loos, aff. 26/62, CJCE 15 juil. 1964, Costa, aff. 6/64 et CJCE 9 mars 1978, Simmenthal, aff. 106/77). Décision du juge constitutionnel n° 2004-96 DC, Loi sur la confiance dans l'économie numérique, § 7.

(8) Il convient ici de souligner le travail réalisé par des députées européennes en particulier par Mme Hautala, rapporteure de la proposition de directive, et par Mme Fraisse, ainsi que par les député(e)s du Comité des Droits des femmes et de l'égalité des chances.

(9) P. Martin "L'égalité des sexes en droit (français) du travail : un principe en constante évolution", Dr. Ouv. 1996 p. 441.

(10) Directive, cons. 1, 2 et 3.

(11) Transposer ne signifie pas seulement édicter des règles identiques ou équivalentes aux dispositions communautaires au sein du droit interne : les mesures de transpositions doivent être adéquates pour

adopter ou maintenir des dispositions plus favorables que la directive et la mise en œuvre de la directive ne peut en aucun cas constituer un motif de régression dans le niveau du droit atteint par un État (12). Le droit interne doit être interprété par le juge à la lumière du droit communautaire et de ses finalités (13). Le droit communautaire offre ainsi des ressources juridiques plus efficaces pour combattre les discriminations sexuelles et assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes que les droits internes des États membres de l'Union (14). Le droit est ici en avance sur les mentalités des populations des différents pays, avec de sensibles différences. Ce droit généreux irrigue le droit de la discrimination dans ses différentes branches.

4. Les enjeux de la directive sont doubles. Il s'agit d'une part, sur un plan civique, d'assurer le respect des droits fondamentaux de la personne, notamment de « l'égalité entre les hommes et les femmes » (15). Il s'agit, d'autre part, sur un plan économique de veiller à l'emploi de toutes les ressources humaines, dans un contexte démographique défavorable. Un enjeu sociétal de « cohésion économique et sociale » s'exprime ainsi alors que la paupérisation des femmes salariées demeure une réalité régnante.

Il convient d'examiner les dispositions de cette directive, en ce qui concerne le contenu de ses règles (I), et au regard des règles concernant sa mise en œuvre, les dispositions internes notamment conventionnelles retenues (II).

■ I. Le droit de l'égalité professionnelle ■ entre les femmes et les hommes

5. Le droit communautaire de la discrimination s'appuie sur deux concepts pivots : le concept de discrimination direct rénové (A) et le concept novateur de discrimination indirecte (B) (16). Pour le juge communautaire, une discrimination peut consister dans l'application de règles différentes à des situations comparables (violation de la règle d'égalité abstraite) ou bien dans l'application de la même règle à des situations différentes (violation de la règle d'égalité concrète) (17).

Le champ d'application du droit de l'égalité professionnelle est étendu.

6. *Les activités concernées* (18). Les concepts de discrimination s'appliquent dans tous les milieux de travail : dans le secteur public et dans le secteur privé, y compris dans les organismes publics (les établissements de l'État ne peuvent pas ignorer le droit applicable quant à leur personnel, ce droit s'appliquant en particulier dans les fonctions publiques). L'affiliation aux organisations professionnelles, notamment syndicales, est également visée.

7. *Les motifs de discrimination*. Il n'existe pas de principe général de non-discrimination au niveau communautaire, ni au niveau international (19). En effet, le droit énonce des règles de non-discrimination au bénéfice de personnes physiques que la société considère comme plus vulnérables sur le marché du travail. La liste des motifs prohibés, révélatrice des valeurs de la société, est limitative et évolutive. Il est ainsi, en droit positif communautaire, interdit de discriminer une personne, ou un groupe de personnes, c'est-à-dire de se baser sur un critère ayant trait à son être (20) ou à son agir (21) pour prendre une décision défavorable à son encontre. Ces critères ne peuvent pas servir de fondement à des distinctions juridiques.

Le droit communautaire rappelle que les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples. Des femmes sont ainsi discriminées du fait de leur sexe et d'un autre critère : situation de famille (22), origines ethnique (23) (ou sociale (24)), âge (25), orientation sexuelle, activité syndicale (26)...

atteindre les résultats fixés par la directive et assurer son plein effet conformément à l'objectif qu'elle poursuit (CJCE 10 avril 1984, Sabine Von Colson et Elisabeth Kaman, aff. 14/83, spéc. § 26); cette obligation s'impose à toutes les autorités des États membres, y compris les autorités judiciaires (CJCE 10 avril 1984, préc.; CJCE 13 nov. 1990, Marleasing SA, aff. C-106/89). La non-transposition d'une directive qui cause un préjudice à une personne engage la responsabilité de l'État (CJCE 14 juil. 1994, aff. 91/92). L'efficacité du droit communautaire doit ainsi être assurée (Traité, art. 10).

(12) Directive, art. 8 sexes, § 1 et § 2.

(13) CJCE 13 nov. 1990, Marleasing, préc.; CJCE 27 oct. 1990, Steinhort Nerings, aff. C-338/91; CJCE 10 fév. 2000, aff. C-270-97. CJCE 15 mai 2003, aff. C-160/01.

(14) Directive, cons. 23.

(15) Directive, cons. 4.

(16) Cette partie reprend des éléments d'un article paru dans la revue *ERA-Forum* 3/2003 (Académie de droit européen, de Trèves), M.M., « Les concepts de discrimination directe et indirecte », p.30-44.

(17) CJCE 17 juin 1998, Kathleen Hill, aff. C-243/95.

(18) Directive, art. 3 § 3.

(19) Au niveau international, « l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession » constitue un des « quatre évangiles » du droit du travail (Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, du

19 juin 1998, Rapport global 91^e session 2003, Convention OIT n° 111 de 1958).

(20) Le sexe, la nationalité, la race ou l'origine ethnique, le handicap, l'âge.

(21) La religion ou les convictions, l'orientation sexuelle.

(22) CPH Lyon, départage, 6 oct. 2000, Mme A. B. c/ SNC Meubles Ikea France, annexe 1 p. 367 ci-après.

(23) A. Ardura et V. Simon, « Combattre les discriminations en Europe : expériences de lutte contre les discriminations à l'égard des femmes immigrées », Programme de recherche Codelfi, Com. DG V, rap. fin. janv. 2001, Iséres; A. Allouache et M.-T. Lanquetin, La double discrimination, FASILD/La documentation française, 2003.

(24) Convention européenne des droits de l'homme du 4 nov. 1950, art. 14, complété par le protocole additionnel n° 12 du 4 nov. 2000.

(25) L'âge de départ à la retraite : CA Paris, 27 janv. 2004, n° 03/36026, Sem. soc. Lamy 1^{er} mars 2004, p. 14, à paraître au Dr. Ouv. Des femmes sont discriminées quand elles sont jeunes lors du recrutement au regard de leur potentialité à prendre un congé maternité.

(26) Ce critère ne figure pas en droit communautaire mais figure dans les Conventions de l'OIT (n° 97, 111 et 135) et en droit interne (art. L. 412-2 et L. 122-45 C. trav.). CA Paris, 1^{er} avril 2004, SAS New Global Vending c/ Mme L. A., annexe 2 ci-après p. 369.

La question de l'apparence physique (27) est très souvent présente. Cette donnée (28) est révélatrice des stéréotypes sexuels. Elle est sous-jacente à la discrimination sexuelle en soi et à d'autres critères (origines, âge (29), état de santé et handicap notamment).

8. *Les domaines d'application.* La différence de traitement est prohibée dans l'ensemble de l'activité professionnelle. Il en est ainsi notamment :

- dans l'accès à l'emploi, moment stratégique lors duquel les pratiques discriminatoires sont fréquentes, et de licenciement ; ici se manifeste le refus de l'exclusion,

- dans l'exercice de l'emploi, notamment en matière de rémunération (30), de classification (31), d'organisation du travail, de promotion, de formation professionnelle ; ici se manifeste le refus de l'exploitation et de l'oppression.

A partir de cette énumération large, dont certains intitulés constituent des standards, il est possible de déduire certains actes discriminatoires proscrits. Il en est ainsi de la ségrégation, géographique et/ou fonctionnelle, qui constitue une condition de travail défavorable en matière d'affectation.

Le droit communautaire prohibe également les incitations à la discrimination à l'encontre des personnes relevant d'un critère mais également à l'encontre de personnes qui bien que ne relevant pas d'un critère subissent néanmoins un traitement défavorable (32). L'incitation à la discrimination vise toute personne, notamment, mais pas seulement, les personnes en situation hiérarchique.

La directive prévoit que les Etats doivent supprimer toutes les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement (33). Il s'agit bien entendu de dispositions qui relèvent de la discrimination directe (égalité abstraite), qui ne sont plus que résiduelles, mais surtout de celles qui peuvent produire une discrimination indirecte (égalité concrète), qui elles en revanche n'ont pas encore fait l'objet d'un travail d'évaluation. Les textes professionnels doivent pouvoir être déclarés nuls en ce qui concerne leurs dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement (34).

A. Un concept rénové : la discrimination directe

Le concept de discrimination directe est désormais défini (1.) ; il met en œuvre une méthode (2.), appréhende certains

comportements (3.) et dans des cas particuliers prévoit des dérogations (4.).

1. L'objectif

9. La discrimination directe utilise un critère (le sexe, avec sa construction sociale le genre) pour fonder une différence de traitement. Une discrimination se produit quand une personne est traitée de manière moins favorable en raison de ce critère qui ne peut pas servir de base à une prise de décision.

La discrimination directe peut ainsi être intentionnelle et explicite au regard du motif prohibé. Mais une telle discrimination, explicitement affirmée notamment dans une norme, étant de plus en plus rarement constatée, le droit met l'accent sur l'effet produit par la différence de traitement, selon une conception objective de la discrimination (35). Le caractère intentionnel de la discrimination n'est désormais plus un élément essentiel, sur les terrains civil et administratif. Dès lors que la différence de traitement défavorable est constatée, sur un terrain, c'est-à-dire en ce qui concerne un critère prohibé (36), la discrimination est établie.

Ainsi, il convient de se demander si des personnes auraient reçu le même traitement si elles ne relevaient pas de tel critère (sexe) (37).

2. La méthode

L'approche de la discrimination produite se fait par le biais d'une comparaison, qui est réalisée à travers l'analyse de situations concrètes, actuelles ou successives, ou de situations en partie hypothétiques.

10. Il s'agit de ne pas limiter la comparaison à des situations identiques, rarement rencontrées, mais de vérifier que les situations sont bien "comparables", à travers un examen approfondi de la matérialité des faits. La méthode de comparaison doit être objective, dégagée des stéréotypes sexuels.

11. Il peut s'agir d'une comparaison *in concreto*. La comparabilité dans le temps est large.

Les situations observées peuvent être actuelles. Un certain nombre d'éléments (38) doivent être retenus pour opérer ces comparaisons synchroniques. La constitution des groupes de référence pour les comparaisons est un élément essentiel du processus (39). Mais les situations peuvent s'être succédées. Les mêmes éléments peuvent trouver application pour des situations diachroniques (40), sans limite dans le temps.

l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, de 1979.

(36) La version anglaise du texte, « *on grounds of* », apparaît plus pertinente que la version française, « pour des raisons de ».

(37) Il s'agit ici du « critère de l'élément distinctif unique », « *but for test* », CJCE 17 fév. 1998, Mme Grant, aff. C-249/96. Quel traitement serait appliqué à cette fonction exercée par une femme si elle était exercée par un homme ?

(38) CJCE 31 mai 1995, aff. C-400/93 (situation jugée comparable) ; CJCE 11 mai 1999, aff. C-309/97 (situation jugée non comparable). Il convient suivant les cas d'examiner notamment la nature du travail et les fonctions exercées.

(39) CJCE 13 janv. 2004, aff. C-256/01, RJS 4/04 n° 476, obs. K. Berthou.

(40) CJCE 27 mars 1980, aff. C-129/79, Macarthy Ltd c/ Wendy Smith ; CA Toulouse, 17 mars 1995, SARL Kimono, RJS 11/95, n° 1132.

(27) « 60% des femmes s'estiment victimes de la discrimination au travail. Les salariées font un lien direct entre l'apparence physique et le déroulement de carrière », *Le Monde*, 6 janv. 2004, Sondage « Femmes et emploi », Cergos - Observatoire des discriminations réalisé par la Sofres en novembre 2003.

(28) Il s'agit désormais d'un critère en droit légal interne (art. L.122-45 C. trav.).

(29) CJCE 15 juin 1978, G. Defrenne III, préc., la question de l'âge de départ à la retraite discriminatoire pour les salariées hôtesses de l'air n'était pas dénuée de tout lien avec la question de l'apparence physique.

(30) Directive, cons. 16.

(31) CA Montpellier, 28 mars 2003, IBM, annexe 3, ci-après p. 370.

(32) Directive, 2 § 4.

(33) Directive, art. 3 § 2 a.

(34) Directive, art. 3 § 2 b.

(35) Les normes internationales visent la discrimination au regard de ses effets : Convention n° 111 de l'OIT, de 1958 ; Convention de

12. Il peut aussi s'agir d'une comparaison *in abstracto*. Cette possibilité de comparaison avec des personnes hypothétiques est une ressource potentiellement performante. Elle offre une clé de lecture de situations de fait, quand en raison des ségrégations sur le marché du travail les comparaisons concrètes sont impossibles (41). Confronté à des personnes qui subissent un traitement qui apparaît peu favorable, il convient de se demander quel serait le traitement accordé à d'autres personnes qui ne relèveraient pas du même critère (42). Ce type de comparaison hypothétique, qui est déjà réalisé pour examiner la situation de femmes au regard de la maternité (43), peut désormais aller bien au-delà et permettre d'appréhender toutes les données des situations de travail. Dans cette démarche, l'auteur du traitement en question doit expliquer les causes objectives de la situation perçue comme défavorable.

3. Les harcèlements sexuel et sexiste (44)

13. La directive prévoit désormais des dispositions en matière de harcèlement sexuel et considère que ce comportement est une forme de discrimination (45). Le harcèlement peut s'exprimer sur les différents terrains de la discrimination, pour un motif (sexe/genre) ou pour plusieurs motifs. Le comportement prohibé visé est large, englobant les actes destinés à porter atteinte à une personne mais également les actes qui ont le même résultat même s'ils n'étaient pas sous-tendus par la même volonté. Il ne se limite pas à interdire l'exercice de pressions en vue de relations sexuelles imposées. Ce harcèlement peut être hiérarchique ou entre collègues. La définition légale interne (46), restrictive, non conforme au droit communautaire, devra être écartée au profit de la définition communautaire.

14. Le droit communautaire interdit également le harcèlement sexiste. Ici le droit communautaire vise à appréhender et combattre un environnement de travail dégradant (attitudes, comportements et propos sexistes (47)). Ce harcèlement peut être hiérarchique ou entre collègues. Un tel environnement est préjudiciable à la santé et à la vie professionnelle des femmes. Il dégrade les conditions de travail et constitue une discrimination sexuelle. Il constitue un terrain de tolérance favorable au harcèlement sexuel.

Le droit interne ne prévoit encore aucune disposition légale en la matière.

4. Des dérogations limitées

a) Une discrimination directe, heurtant directement le principe d'égalité en droit, ne peut pas être justifiée (48). L'interdiction de discriminer ne connaît donc que des dérogations exceptionnelles, précisément identifiées, concernant certains emplois.

15. Une différence de traitement peut prendre appui sur un critère, de manière licite, quand le critère retenu constitue une « exigence professionnelle véritable et déterminante » (49).

Cette exception à la règle, le fait de considérer qu'il ne s'agit pas là d'une discrimination, s'applique de manière restrictive, au regard des objectifs des directives. Ainsi, la non application de la règle doit dans chaque cas être légitime et être mise en œuvre de manière proportionnée. En effet, cette exception entraîne l'exclusion des personnes qui ne répondent pas au critère en cause et une acceptation trop large ruinerait l'objectif d'égalité de traitement, en permettant la résurgence de stéréotypes sexuels. Les activités professionnelles concernées, identifiées de manière précise, peuvent être désignées par le biais d'une norme étatique, sous forme de liste (50), et par le biais de la jurisprudence, suivant des cas d'espèce (51).

16. Dans les activités professionnelles d'églises et d'organisations fondées sur la religion ou les convictions, le critère de la religion ou des convictions peut servir de fondement à une différence de traitement si ce critère constitue une « exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée » (52). Cette différence de traitement basée sur le critère de la religion ne peut pas justifier une discrimination fondée sur un autre critère notamment sur le sexe/genre. Une femme ne peut donc pas subir un traitement discriminatoire dans une activité professionnelle d'église ou d'organisation religieuse du fait qu'elle est une femme.

b) Des règles spécifiques sont prévues en matière d'égalité professionnelle pour tenir compte de la situation particulière de la maternité. Ces règles prennent en compte la différence liée à la condition biologique de la femme pendant et après la grossesse et aux relations particulières de la mère et de son enfant pendant la période qui suit l'accouchement (53) pour assurer l'égalité de traitement (54).

17. Désormais, la femme a droit au retour de son congé maternité de « retrouver son emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit pendant son absence » (55). La salariée doit donc en priorité retrouver son emploi initial, qu'elle

(41) M.-T. Lanquetin, « L'égalité entre les femmes et les hommes : sur la directive 2002/73 CE du 23 sept. 2002 », *Dr. soc.* 2003-315.

(42) Dans une entreprise où les fonctions de secrétaires administratives sont exercées par des femmes, où le personnel de nettoyage est composé d'immigrantes originaires d'anciennes colonies, etc. Quel serait le traitement appliqué si ces postes étaient occupés par des personnes du groupe dominant dans l'entreprise, des « hommes nationaux blancs » (rémunérations, tâches confiées, formation, déroulement de carrière...) ? *Infra* § 41 et 42.

(43) CJCE 30 avril 1998, *CNAVTS c/ Mme Thibault*, *Dr. Ouv.* 2000-104.

(44) Directive, cons. 8 et 9, art. 2, § 2 et § 3.

(45) Art. 2 § 2, point 4, et § 3.

(46) Art. L. 122-46 C. trav. Le texte interne est limité au harcèlement destiné à « obtenir des faveurs de nature sexuelle ».

(47) N. Henry, *Les mecs lourds. Ou le paternalisme lubrique*, Robert Laffont, 2003, 153 p. ; Cass. Soc. 2 juin 2004, *Sté Pavillon Montsouris*, n° 02-44904, à paraître au *Dr. Ouv.*

(48) CJCE 8 nov. 1990, *Dekker*, aff. C-177/88.

(49) Directive, art. 2 § 6.

(50) Art. R. 123-1 C. trav. Une liste excessive pourrait faire l'objet de la censure du juge communautaire : cf. CJCE 30 juin 1988, *Commission c/ France*, aff. 318/86.

(51) Ex : des emplois exposant à des situations de grande violence, CJCE 26 oct. 1999, *Angela Maria Sirdar c/ The Army Board, Secretary of State for Defence*, aff. C-273/97.

(52) Art. 4 § 2 de la directive n° 2000/78 du 27 nov. 2000.

(53) CJCE 12 juil. 1984, *Hoffman*, rec. p. 3047.

(54) Directive, cons. 12, spéc. première phrase.

(55) Directive, art. 2 § 7 al 2. Ord. n° 2004-602 du 24 juin 2004, art. 5.

occupait avant de suspendre son contrat. En cas d'impossibilité, elle doit retrouver un emploi équivalent sans modification de ses conditions de travail antérieures (56).

18. Pour le droit communautaire, une discrimination en raison de la grossesse ou de la maternité constitue une discrimination sexuelle directe (57).

19. Pour favoriser un partage des tâches éducatives au sein du couple dès l'arrivée de l'enfant, moment privilégié pour instaurer «une participation équilibrée... à la vie familiale», la directive incite les États à prévoir un congé de paternité (58). C'est une mesure favorable aux femmes en matière d'égalité professionnelle et favorable aux hommes et aux femmes au regard de l'exercice du droit de mener une vie familiale normale (59). Le salarié bénéficie des mêmes règles de retour dans l'emploi que la salariée après le congé maternité (cf. Ord. n° 2004-602, préc., art. 5). Ce droit est une première mesure préventive pour éviter l'apparition d'un déséquilibre familial, au détriment de la femme, facteur ensuite d'un déséquilibre professionnel, de nouveau au détriment de la femme, les divisions sexuelles du travail dans les sphères personnelle et professionnelle étant liées.

B. Un concept novateur : la discrimination indirecte

Le concept de discrimination indirecte peut permettre de saisir l'ensemble du champ de la discrimination (1.), notamment les discriminations systémiques (2.). Cependant, une discrimination indirecte peut être justifiée (3.).

1. A la recherche d'un effet discriminatoire

Le concept de discrimination indirecte est défini (a) et vise à assurer l'égalité en fait (b).

a) le contenu du concept

20. Parmi les apports les plus essentiels du droit communautaire, figure le concept de discrimination indirecte (60), dont la méthode va permettre de débusquer la discrimination cachée. Selon la directive, une discrimination indirecte se produit :

- 1) lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique (une règle ou un usage en vigueur dans l'entreprise ou dans l'État),
- 2) apparemment neutre (ne faisant pas référence au critère de sexe/genre),
- 3) désavantagerait particulièrement des personnes relevant d'un sexe, par rapport à des personnes de l'autre sexe,
- 4) à moins que, cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens soient appropriés et nécessaires.

Quand les trois premières conditions sont réalisées, il existe une présomption de discrimination indirecte. Par définition, en matière de discrimination indirecte, l'intention de l'auteur n'est pas prise en compte. Seul compte le résultat, c'est-à-dire l'effet discriminatoire (61).

Pour les deux directives de 2000 (62), il s'agit d'examiner quels sont les effets potentiels défavorables d'une mesure sur des personnes relevant d'un critère donné, par rapport à d'autres personnes. L'effet potentiel discriminatoire est appréhendé au regard d'une caractéristique d'une personne indissociable d'un critère. D'une part, l'action contre la discrimination peut se situer en amont d'un effet discriminatoire constaté, une pratique ou une norme suspectes étant ainsi remises en cause de manière anticipée et préventive. Cette dimension n'a pas été reprise explicitement dans les mêmes termes par la «directive genre». Cependant, l'unicité de la notion de discrimination devrait tendre au rapprochement par le juge de la définition retenue en matière de genre avec les deux autres. A ce titre, la directive rappelle qu'il appartient au juge interne d'apprécier les faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination, notamment indirecte (63). La définition communautaire fait référence «aux personnes d'un sexe» qui seraient particulièrement désavantagées, sans se limiter à la seule appréciation de données quantitatives. Par conséquent, le juge pourra apprécier l'existence d'une discrimination indirecte à partir de différents éléments notamment qualitatifs.

Ce concept de discrimination indirecte permet de mettre en lumière les discriminations opaques ou banalisées et remet en cause des représentations stéréotypées. C'est une grille de lecture du réel.

b) un concept au service de l'égalité en fait

21. La discrimination indirecte utilise un critère, autre que l'un des critères prohibé par le droit communautaire, pour fonder une différence de traitement, à l'encontre de personnes relevant d'un de ces critères. Le résultat est analogue à celui d'une discrimination directe mais à l'issue d'un processus différent. La discrimination indirecte est ainsi cachée par un critère neutre faisant écran (64). La discrimination indirecte, discrimination en fait, se découvre en examinant les effets de la règle ou de la pratique.

2. Un concept performant pour saisir la discrimination systémique

La discrimination a souvent une nature systémique (a), que le concept de discrimination indirecte permet d'appréhender (b).

a) la discrimination systémique

22. Les discriminations systémiques sont la résultante de pratiques à l'œuvre dans une entreprise, un bassin d'emploi, un

(56) Les solutions jurisprudentielles retenues dans plusieurs affaires (Cass. Soc. 22 mai 1997, Mme Denys c/ Sté Habitat, Dr. Ouv. 2000-107, nouvel emploi avec mutation géographique défavorable ; CJCE 16 sept. 1999, O. Abdoulaye c/ Renault, aff. C-218-89, octroi d'une prime pour compenser l'éloignement de l'emploi pendant le congé maternité et les conséquences négatives qui en découlent notamment en terme de promotion) sont invalidées par cette novation textuelle.

(57) Directive, cons. 12 (spéc. deuxième phrase), art. 2 § 7 al 3.

(58) Directive, cons. 13 et art. 2 § 7 al 4. Le texte interne sur le congé de paternité a été adopté dans le cadre de la préparation de cette directive après le Conseil (communautaire) du 29 juin 2000 (art.

L. 122-25-4 C. trav., issu de la loi n° 2001-1246 du 21 déc. 2001).

(59) M. Miné, *Droit du temps de travail*, L.G.D.J., 2004, spéc. p. 174.

(60) Concept d'origine étasunienne : Cour suprême Griggs v. Duke Power Co., 1971 401 US 424.

(61) CJCE 31 mars 1981, Pauline Jenkins c/ Kingsgate Ltd, aff. 96/80, et CJCE 13 mai 1986, K. Weber c/ Bilka, aff. 170-84.

(62) Directives 2000/43 et 2000/78, préc.

(63) Directive, cons. 10.

(64) P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2002.

secteur d'activité ou une filière professionnelle, des institutions, voire la société toute entière. Ces pratiques sont le fruit de stéréotypes sexuels, de mécanismes apparemment neutres et d'usages plus ou moins implicites. Dans ce contexte, le système produit de la discrimination. Ce système discriminant peut être le résultat de mécanismes macro-sociaux et institutionnels, les deux pouvant se combiner.

Le système peut être, par exemple, le processus de recrutement. Le système peut ainsi exclure systématiquement des personnes de l'embauche ou les affecter uniquement dans certains emplois ou dans certains services. Il en est de même pour toutes les mesures (reconnaissance de la qualification, promotion, accès à la formation, etc.). Les choix sont opérés en fonction du sexe/genre pour arrêter une décision et non sur la base des compétences professionnelles des personnes (65).

Autre système, le milieu familial (parents, conjoint) peut influencer voire faire pression sur une jeune femme ou une femme en ce qui concerne ses choix scolaire et universitaire (orientation, études), puis ses options professionnelles (notamment en matière de formation professionnelle et d'investissement professionnel).

b) un concept investissant de nouveaux terrains

23. Le concept de discrimination indirecte apparaît riche de potentialités pour appréhender les discriminations systémiques. Tout d'abord, il permet de mettre en lumière les faits souvent occultés (non recrutement de femmes ou affectation spécifique). Ensuite, il permet d'interroger le système qui produit la discrimination en se focalisant uniquement sur les effets produits. Chaque stade du processus peut alors être questionné.

Cette démarche peut largement impliquer les acteurs externes à l'entreprise comme les écoles qui forment les étudiant-e-s à laquelle l'entreprise s'adresse (orientation scolaire antérieure, mode de sélection à l'entrée, type de formation, aide au placement, etc.).

Cette démarche peut se concentrer ensuite sur l'entreprise. Ici une question apparaît essentielle : l'évaluation du travailleur par l'employeur (66). Cette évaluation des compétences professionnelles de la personne par l'employeur est au cœur du pouvoir de direction. Ce pouvoir d'évaluation peut être perçu comme discrétionnaire mais il ne peut plus être arbitraire. L'employeur doit justifier que dans la mise en œuvre de ce pouvoir il n'a pas commis de discrimination. Son choix doit donc s'appuyer sur des éléments matériels objectifs et pertinents de nature à expliquer le choix de recrutement et d'affectation pour une personne mais également pour l'ensemble de sa politique au regard de ses effets. Le juge peut interroger l'évaluation des compétences réalisée et donc opérer un contrôle sur ce pouvoir de l'employeur. Le juge peut ainsi contribuer à la rationalisation de l'exercice du pouvoir. Et il peut aussi remettre en cause la prétendue rationalité économique des paramètres utilisés par

l'employeur et d'autres acteurs pour prendre leurs décisions. Ainsi, le concept de discrimination indirecte appelle une «évaluation juste et égalitaire des compétences».

3. Une justification possible

24. La présomption de discrimination indirecte peut être renversée par l'employeur s'il justifie ses pratiques et normes (a). Cette question de la justification apparaît comme la principale question d'avenir pour la mise en œuvre du concept de discrimination indirecte et plus largement du droit de la discrimination (b) (67).

a) la justification déqualifie la discrimination

25. Si l'employeur peut justifier de manière convaincante que l'objectif qu'il poursuit est légitime et que les moyens retenus pour y parvenir sont appropriés et mis en œuvre de manière raisonnable, la présomption de discrimination indirecte tombe. Même si des femmes subissent du fait de cette politique un traitement défavorable, celui-ci n'est pas considéré comme constitutif d'une discrimination. En revanche, si l'employeur ne peut pas apporter la pleine justification de sa politique, la discrimination indirecte est établie. Une justification pour être recevable, et donc pour empêcher la reconnaissance d'une discrimination indirecte, doit répondre aux canons de la jurisprudence communautaire (68).

b) l'appréciation des justifications

26. Pour être retenue, la justification doit :

- être objective,
- poursuivre un objectif légitime, par définition étranger à toute discrimination liée au sexe/genre. Le contrôle de légitimité du but poursuivi peut être apprécié dans sa réalité et son adéquation en fonction de différents paramètres (taille de l'entreprise, secteur d'activité, état du marché du travail, etc.). Il s'agit ici de déterminer si et dans quelle mesure les motifs avancés par l'employeur «*peuvent être considérés comme raisons économiques objectivement justifiées*». L'exigence d'un lien de causalité directe entre la justification et l'objectif invoqué par l'employeur est essentiel.
- avec des moyens nécessaires et proportionnés. Il s'agit de vérifier l'adéquation des moyens avec l'objectif poursuivi et le caractère nécessaire de la mesure. Les moyens choisis par l'employeur doivent répondre «*à un besoin véritable de l'entreprise*», «*être aptes à atteindre l'objectif poursuivi*» et «*nécessaires à cet effet*». Ainsi, des tentatives de justification basées sur des modèles de stéréotypes sexuels exprimées à travers des considérations commerciales ne sont pas recevables (cf. exclusion au nom de la prétendue demande de consommateurs). Enfin, le caractère proportionné des moyens sera examiné, l'atteinte à l'égalité de traitement devant être aussi réduite que possible. La justification doit établir un lien de causalité avec la différence de traitement.

(65) On peut parler de ségrégation sexuelle dans l'organisation du travail ; cette forme d'apartheid peut s'exprimer différemment au sein de l'organisation du travail suivant la mixité ou la non-mixité des emplois concernés. L'organisation du travail est même souvent sexuée et ethniciée (cf. « affaire du Moulin Rouge », TGI 22 nov. 2002, Dr. Ouv. juil. 2003, CA Paris, 17 oct. 2003, Dr. Ouv. 2004 p. 329).

(66) A. Lyon-Caen, Droit de l'emploi, cours de DEA, Université Paris X - Nanterre ; « Combattre les discriminations : des

enseignements européens pour une démocratisation du marché du travail », Recherche en cours, FORUM/CPDR/CEE/CREDOF, O. de Schutter et F. Eymard-Duvernay, Ministère du travail français (DARES).

(67) M.-A. Moreau, « Les justifications des discriminations », Dr. Soc. 2002-1112 ; Y. Leroy, « Les éléments d'appréciation de la discrimination indirecte entre hommes et femmes », Dr. Ouv. 2001-229.

(68) CJCE 13 mai 1986 Bilka, préc., points 30 et 36, notamment.

27. Ces caractéristiques, que doivent présenter les justifications, pour être admises sont des standards de référence. Le travail théorique de construction de catégories de justification, réalisé par le juge communautaire constitue une source essentielle de repères. A titre de simple illustration, il convient de signaler que le critère de la force physique dans une classification professionnelle, favorable aux hommes, doit être modulé avec d'autres critères, favorables aux femmes (69) ; le critère de la disponibilité temporelle, « *de la flexibilité* », défavorable aux femmes, doit être pertinent au regard des fonctions exercées (70) ; les modalités de négociation collective avec l'employeur ne peuvent pas justifier une inégalité de traitement (71) ; les dispositions d'une convention collective ne peuvent pas faire obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires sur l'égalité de traitement (72) ; la moindre intégration de travailleurs à temps partiel dans l'entreprise n'est pas retenu (73), ni l'argument tiré de l'objectif de maintenir la motivation des salariés à temps complet en pénalisant les salariés qui partagent un emploi (74) ; des considérations d'ordre budgétaire ne peuvent constituer une justification d'une différence de traitement (75).

28. Le juge apprécie les justifications avec le souci permanent de faire respecter l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes. Il a à analyser les explications proposées par l'employeur au regard de cet objectif du droit communautaire. A défaut, l'admission systématique de justifications générales de nature économique basées sur l'intérêt de l'entreprise et sa compétitivité aboutirait à rendre inefficace le droit applicable.

Au cœur de l'application de cette notion de discrimination indirecte, se cherche un équilibre entre le pouvoir de l'employeur, finalisé par le bon fonctionnement de l'entreprise (en intégrant des attentes comme celles de la collectivité de travail), et les droits de la personne, ici de la femme (salariée, candidate à un emploi), en particulier le droit à l'égalité de traitement. L'égalité de traitement peut être conciliée avec d'autres droits mais elle ne peut pas être ignorée. L'analyse des justifications implique les choix de chaque acteur quant aux valeurs qu'il défend et aux principes de justice qu'il privilégie (76).

C. Les actions positives

29. La possibilité d'adopter et de mettre en œuvre des actions positives est prévue par le droit international (77) et par le droit communautaire de longue date (78). De telles actions positives peuvent être adoptées pour prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle et pour faciliter l'exercice de l'activité professionnelle par le sexe sous-représenté (79). Les États sont incités à améliorer avant tout la situation des femmes dans la situation professionnelle (80), « *pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes* » (81).

Les actions positives pour les femmes (82) apparaissent comme des leviers pour l'action contre les autres discriminations, compte tenu de la place des femmes dans la population active et de la multiplicité des discriminations subies. Les actions positives peuvent être mises en œuvre au niveau de l'État, d'une branche professionnelle ou d'une entreprise. Elles ne sont pas obligatoires et relèvent d'une politique volontaire.

L'adoption et la mise en œuvre d'actions positives apparaît nécessaire, compte tenu de la persistance des inégalités et de leur importance, pour que l'objectif d'égalité de traitement puisse être atteint dans un délai "raisonnable". Elles apparaissent comme « *le seul moyen qui permette d'endiguer les formes de discriminations "systémiques", qui ne peuvent être combattues efficacement par le seul biais de la règle juridique, même appuyée sur la sanction juridictionnelle* » (83).

La portée juridique du concept de discrimination est intense. Toute norme et toute pratique peut ainsi être passée au crible de la grille d'analyse du droit de la discrimination, directe et surtout indirecte. Peuvent ainsi être déclarées contraires au droit et donc demeurer inappliquées une norme de la production juridique étatique (dispositions législatives, réglementaires et administratives) (84) comme une norme de la production juridique des partenaires sociaux (conventions collectives de travail) (85).

inégalités de fait dont les femmes sont l'objet dans la vie professionnelle ainsi qu'à promouvoir la mixité dans l'emploi, et comportant des mesures générales et spécifiques appropriées, dans le cadre des politiques et pratiques nationales et dans le plein respect des compétences des partenaires sociaux, afin : a) d'éliminer ou de compenser les effets préjudiciables qui, pour les femmes qui travaillent ou qui cherchent un emploi, résultent d'attitudes, de comportements et de structures fondées sur l'idée d'une répartition traditionnelle des rôles entre les hommes et les femmes dans la société ; b) d'encourager la participation des femmes aux différentes activités dans les secteurs de la vie professionnelle où elles sont actuellement sous-représentées, en particulier dans les secteurs d'avenir, et aux niveaux supérieurs de responsabilité, pour obtenir une meilleure utilisation de toutes les ressources humaines ; ...».

(79) Traité, art. 141 § 4.

(80) Directive, cons. 14 et 15.

(81) Directive, art. 2 § 8.

(82) CJCE 28 mars 2000, Badeck, aff. C-158/97 (chron. K. Berthou, Dr. Soc. 2000-901), CJCE 6 juil. 2000, K. Abrahamsson, aff. C-407/98 ; CJCE 19 mars 2002, Lommers, C-476/99 ; M. Schmitt, « Une nouvelle approche du principe d'égalité professionnelle : les actions positives selon la CJCE », Dr. Ouv. 2001-56.

(83) D. Lochak, « La notion de discrimination », Confluences Méditerranée - n° 48 Hiver 2003-2004, spéc. p. 23.

(84) CJCE 9 fév. 1999, Régina c/ Secretary of State for Employment, aff. C-167/97.

(85) CJCE 30 avril 1998, CNAVTS c/ Mme Thibault, préc.

(69) CJCE 1^{er} juil. 1986, Rummler, aff. C-237/85.

(70) CJCE 17 oct. 1989, Danfoss, aff. C-109/88.

(71) CJCE 27 oct. 1993, Enderby, aff. C-127/92.

(72) CJCE 7 fév. 1991, Nimz, aff. C-184/89, spéc. § 20.

(73) CJCE 19 juil. 1989, Rinner-Kuhne, Rec. I-5535.

(74) CJCE 17 juin 1998, K. Hill, préc.

(75) CJCE 20 mars 2003, Mme Helga Kutz-Bauer aff. C-187/00, spéc. § 60.

(76) L. Boltanski et L. Thévenot, *De la justification*, Gallimard, Paris, 1991.

(77) Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (ONU, 1979), art. 4 : « mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes ».

(78) Directive 76/207/CE du 9 fév. 1976, art. 2 § 4 (art. L. 123-3 C. trav.). La Recommandation 84/635/CEE du Conseil du 13 déc. 1984, relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes (JO L 331, p. 34), prévoit que « les normes juridiques existant sur l'égalité de traitement, qui ont pour objet d'accorder des droits aux individus, sont insuffisantes pour éliminer toute forme d'inégalité de fait si, parallèlement, des actions ne sont pas entreprises, de la part des gouvernements, des partenaires sociaux et d'autres organismes concernés, en vue de compenser les effets préjudiciables qui, pour les femmes dans la vie active, résultent d'attitudes, de comportements et de structures de la société, le Conseil recommande aux États membres : 1) d'adopter une politique d'action positive destinée à éliminer les

■ II. La mobilisation du droit de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (86) ■

30. La réalisation de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes implique la mobilisation du droit par les acteurs (87). Cette mobilisation du droit rencontre des obstacles sociologiques et culturels (A). La directive prévoit plusieurs règles pour favoriser la mobilisation du droit par la négociation collective et les relations sociales (B) et par l'action en justice (C). La création d'une *Haute autorité pour l'égalité* devrait favoriser cette mobilisation (D).

A. Les obstacles sociologiques et culturels

Les obstacles reposent sur des préjugés sexuels (1.) induisant des comportements (2.). Leur renversement implique l'élaboration et l'expression d'une pensée remettant en cause des schémas culturels et exprimant les valeurs d'égalité et de dignité (3.).

1. Des stéréotypes sexuels

31. Les ressources juridiques destinées à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes sont nombreuses et de plus en plus complètes et pourtant les inégalités sexuelles ne reculent pas et ces ressources sont faiblement mobilisées. Il serait vain de s'affliger de ce constat et il est plus utile d'essayer d'en comprendre les ressorts. Des données pluridisciplinaires, sociologiques (88), historiques (89), anthropologiques (90), psychologiques (91) et philosophiques (92), peuvent favoriser une meilleure compréhension de ce phénomène, qui n'est pas d'abord juridique. Un obstacle essentiel à la réalisation de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes réside dans les représentations culturelles et les stéréotypes de genre (93). Les femmes sont trop souvent représentées à une place et dans un rôle secondaires, cantonnées dans certaines activités. Ces représentations, qui structurent les opinions, sont véhiculées dans les espaces publics et privés, à travers différents

canaux comme la publicité (94), les livres scolaires (95), les jouets (96) et les ouvrages (97) des enfants.

Les difficultés rencontrées par les tentatives de remise en cause de cette situation révèlent l'ampleur de la tâche et ses enjeux. Ainsi, le projet de proposition de directive « *mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès et la fourniture de biens et de services* » prévoyait des dispositions concernant la représentation des femmes dans les médias (98). Mais sous la pression des lobbies des secteurs concernés, la proposition, adoptée par la Commission et en cours de discussion, a été amputée de ces règles novatrices (99).

2. De multiples agents de la discrimination sexuelle

32. Il est nécessaire quand on aborde la question de la discrimination de ne pas oublier d'orienter le projecteur sur l'auteur de la discrimination. A défaut, l'analyse risque de se perdre dans la victimisation, alors qu'il convient d'examiner les causes de la discrimination et ses différents ressorts. La discrimination à l'égard des femmes résulte encore, dans la société occidentale du début du XXI^e siècle, de l'ancestrale "domination masculine" (100). Cette domination est aujourd'hui le fait de nombreux agents de nature variée. Il s'agit en particulier d'une part, bien entendu, d'hommes en situation de pouvoir dans l'entreprise (certains employeurs, des détenteurs d'une parcelle de l'autorité hiérarchique - qui peuvent discriminer en dehors de toute volonté de l'employeur), et d'autre part, d'hommes qui par leur comportement quotidien dans la sphère domestique privent les femmes de la possibilité d'exercer certains droits dans la vie professionnelle (101). Et des femmes participent au maintien de ces situations dans le milieu de travail et dans la sphère privée.

(86) Cette partie reprend des éléments d'une communication prononcée, en qualité d'expert juridique, devant le Comité des Droits des femmes et de l'égalité des chances, du Parlement européen, lors de l'audition publique en date du 20 fév. 2003.

(87) A. Jeammaud, "Les règles juridiques et l'action", D. 1993, n° 29, p. 207.

(88) M. Maruani, *Les nouvelles frontières de l'inégalité. Hommes et femmes sur le marché du travail*, La Découverte/MAGE, 1998.

(89) M. Perrot, *Les femmes ou les silences de l'histoire*, Flammarion, 1998 ; F. Battagliola, *Histoire du travail des femmes*, La Découverte (Repères), 2000.

(90) F. Hérétier, *Masculin/Féminin. La pensée de la différence*, Odile Jacob, 1996.

(91) P. Molinier, *Enigme de la femme active*, Payot, 2003.

(92) G. Fraisse, *La controverse des sexes*, PUF/Quadrige, 2001.

(93) E. Goffman, *L'arrangement des sexes*, La Dispute, 116 p., 2002 ; S. Fortino, *La mixité*, La Dispute, 240 p., 2002.

(94) « La représentation des femmes dans la publicité », Service des droits des femmes, Rapport à la ministre, 2001.

(95) S. Rignault et P. Richert, La représentation des hommes et des femmes dans les livres scolaires, Rapport au premier ministre, La documentation française, 1997.

(96) A. Bihl et R. Pfefferkorn, « Jouets : toujours aussi sexistes ! », Le Monde 19 déc. 1996, p. 14.

(97) C. Bruguilles, I. Cromer et S. Cromer, « Les représentations du masculin et du féminin dans les albums illustrés ou Comment la littérature enfantine contribue à élaborer le genre », *Population*, 2002, p. 261-292.

(98) Ce texte était destiné à bannir de tous les moyens de communication les stéréotypes sexuels et les allusions sexistes (art. 4, § e). Projet de proposition sur le site <http://www.penelopes.org>. En France, le projet de loi de Mme Roudy portant sur le même sujet n'avait pas dépassé l'étape du conseil des ministres du 9 mars 1983. Un projet de loi plus modeste et incomplet a été présenté au conseil des ministres du 23 juin 2004.

(99) Liaisons soc. Europe n° 84 du 10 juil. 2003 p. 5, n° 85 du 24 juil. 2003 p. 1, n° 91 du 13 nov. 2003, p. 1.

(100) S. de Beauvoir, *Le deuxième sexe*, 1949, Gallimard, rééd. Folio/essais, 1976 ; K. Millet, *La politique du mâle*, Seuil/Points, 1975 ; P. Bourdieu, *La domination masculine*, Liber-Seuil, 1998.

(101) « Les femmes assument 70% du travail domestique et 60% du travail parental, des chiffres quasi stables depuis les années 1980. Ce déséquilibre fait obstacle à leur investissement dans le monde professionnel », Le Monde 8 mars 2001, p. 12 ; A. Bihl et R. Pfefferkorn, « L'espace domestique, épicerie de la domination masculine », Recherche et prévisions (CNAF, 2001).

3. Un nouveau paradigme

33. L'action s'appuie sur une pensée (102). Si la pensée est encombrée de stéréotypes sexuels, l'action pour l'égalité professionnelle ne sera pas engagée ou le sera de manière très limitée. En revanche, la pensée peut s'attacher à la remise en cause des stéréotypes sexuels (103). En effet, toute action pour l'égalité dans le travail remet en cause des schémas de domination dans le travail mais également dans la société et dans l'espace privé. Une critique sexuée des savoirs concernant le travail, en particulier des sciences sociales (104) et notamment du droit (105), est également nécessaire. A ce titre, «*la principale conséquence du mouvement des femmes n'est pas tant l'amélioration directe du sort de celles-ci que l'affaiblissement des idéologies qui avaient jusqu'alors étayé la division sexuelle des métiers et du travail*» (106).

Cette pensée, déterminante pour l'engagement de l'action, pour son intensité et pour l'étendu de ses objectifs, peut désormais s'appuyer sur une plus forte demande sociale (107). Jusqu'à présent la discrimination sexuelle a été, globalement, bien tolérée par la société. Et la légalité n'a pas assuré, en soi, spontanément, l'égalité. Le droit sera mobilisé sur ce terrain à grande échelle à partir du moment où cette discrimination ancienne aura enfin acquis le statut d'une discrimination intolérable et qu'une partie significative du corps social la condamnera (108). Le mouvement semble en marche (109). L'inégalité professionnelle imposée aux femmes devient un problème de la société (110).

Les méthodes d'analyse juridique doivent ainsi être le plus objective que possible, rationalisées pour éviter l'influence de stéréotypes sexuels (111). Le juge communautaire prend en compte cette donnée dans son raisonnement (112).

Au-delà du droit à l'indifférence, du droit de ne pas être discriminé, le droit à la différence est à prendre en compte.

L'égalité est à conjuguer avec la liberté. Les règles du milieu de travail sont à revisiter à la lumière de cette double exigence pour que l'entreprise et le marché du travail ne fonctionnent plus quasi-exclusivement sur la base d'un certain modèle masculin et prennent mieux en compte les intérêts et les expériences des femmes (113). Le juriste est ici invité à mobiliser son "imagination créatrice" (114) afin que la règle d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes devienne un axe de l'ordonnement des relations de travail (115).

B. La négociation collective et les relations sociales

La mobilisation du droit par les acteurs sociaux s'effectue sur le terrain de la négociation collective (1) et des relations sociales (2).

1. La négociation collective

La directive prévoit que les États «*prennent les mesures appropriées afin de favoriser le dialogue social entre les partenaires sociaux en vue de promouvoir l'égalité de traitement, y compris... par des conventions collectives*» et «*encouragent les partenaires sociaux... à conclure... des accords... qui respectent [ses] exigences minimales*» (116). La négociation collective en matière d'égalité professionnelle se situe au niveau national interprofessionnel (a) et aux niveaux des branches et des entreprises (b).

a) au niveau national interprofessionnel

34. Les organisations syndicales représentatives de salariés et d'employeurs ont conclu, à l'unanimité, un accord national interprofessionnel, le 1^{er} mars 2004, relatif à «*la mixité et à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes*» (117), signé le 7 avril. Ces deux thèmes ne sont pas identiques, la mixité ne garantissant pas en soi l'égalité mais pouvant

(102) C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Seuil, 1975, spéc. p. 114.

(103) Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (ONU, 1979, ratification de la France par la loi n° 83-561 du 1^{er} juil. 1983, pub. J.O. 20 mars 1984), art. 5: «*Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour : a) modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ; ...*».

(104) J. Lauffer, C. Marry et M. Maruani (dir.), *Le travail du genre. Les sciences sociales du travail à l'épreuve des différences de sexe*, La Découverte/MAGE, Paris, 2003, 363 p.

(105) «*Pour une critique sexuée du droit : la situation française*», colloque fév. 2000, Ass. nat., CADIS/MSH.

(106) E. Goffman, préc.

(107) M. Maruani, «*Les inégalités professionnelles entre femmes et hommes ne sont pas plus fortes. Mais elles sont devenues plus injustes et plus injustifiables*», *Le Monde* 28 mars 2000. La population française et l'ensemble des salariés considèrent que l'objectif prioritaire pour les syndicats est «*L'égalité des hommes et des femmes dans le travail*», il en est ainsi à 50 % pour les femmes salariées (sondage CSA/Cgt, Le baromètre d'image des syndicats et de la CGT auprès des français, n° 0301119, sept. 2003).

(108) «*Les lois doivent leurs forces aux mœurs*», Helvétius (*De l'esprit*, 1758).

(109) «*Droit et discrimination sexuelle au travail*», Entretien avec M. Miné, dossier «*L'avenir politique du féminisme. Le cas français*», Cités, PUF, 9/2002, p. 91.

(110) C. Castoriadis, *op. cit.*, spéc. p. 202 et 243.

(111) Pour une illustration : CJCE 1^{er} juil. 1986, Rummler, aff. C-237/85, concernant la nécessaire adoption de critères favorables aux femmes, en complément des critères favorables aux hommes, dans une grille de classification. A contrario, la rédaction de certaines décisions laisse parfois apparaître des modèles stéréotypés (ex : Cass. Soc. 9 juin 1998, BMINI, bull. n° 311, la vente en papeterie perçue comme «*un emploi spécifiquement féminin*»).

(112) «*Il apparaît que, même à qualifications égales, les candidats masculins ont tendance à être promus de préférence aux candidats féminins du fait, notamment, de certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active... le fait que deux candidats de sexe différent aient des qualifications égales n'implique pas à lui seul qu'ils ont des chances égales*», CJCE 11 nov. 1997, H. Marschall, aff. C-409/95 (§ 29 et 30).

(113) W. Kymlicka, *Les théories de la justice, une introduction*, La Découverte, 2003, spéc. p. 55. D. Lochak, «*L'autre saisi par le droit*», in *L'autre, Études pour Alfred Grosser* (Badie B. et Sadoun, dir.), Presses de Sciences po., 1996, p. 179.

(114) G. Lyon-Caen, «*Plaidoyer pour le droit et les juristes*», *Convergences, Études offertes à Marcel David*, Calligrammes, Quimper, 1991, p. 297.

(115) A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, D. 1998, n° 38, chron. p. 359.

(116) Directive, art. 8 ter, § 1 et 2.

(117) Texte disponible : www.cgt.fr – Rubrique *Travail/Égalité au travail*. L'ANI fait l'objet d'une demande d'extension et d'élargissement (table ronde du 22 juil.), cf. "Lettre paritaire" aux pouvoirs publics, Liaisons Soc. 15 juill. 2004, n° 14178.

surtout favoriser l'emploi de toutes les ressources humaines. Cet accord marque un progrès sensible au regard du précédent de 1989 (118), qui renvoyait aux négociations de branche et dont les effets furent très limités (119). L'économie générale du nouveau texte traduit une démarche pragmatique, identifiant des causes déterminantes des inégalités professionnelles.

α) Préambule

35. L'accord national interprofessionnel résulte d'une motivation (120) double : civique, respect de la dignité, et économique, emploi de toutes les ressources humaines dans le cadre de perspectives démographiques contraignantes.

L'égalité à atteindre n'est pas seulement l'égalité en droit, mais l'égalité en droit et en fait : l'égalité de traitement. Et au-delà de cette égalité de traitement, l'égalité des chances doit être mise en œuvre.

De manière novatrice, l'accord aborde la question de la dimension culturelle de l'inégalité professionnelle. Il prévoit ainsi que les entreprises « doivent... assimiler... la culture et la pratique... de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ». Une telle politique implique « la remise en cause de nombreux stéréotypes qui perdurent quant à l'image des femmes dans la vie professionnelle et qui constituent autant d'obstacles à la mixité et à l'égalité professionnelle ». Par conséquent, l'action pour l'égalité professionnelle doit s'inscrire sur deux terrains en même temps : celui des situations matérielles (rémunérations, classifications, organisation du travail, etc.) et celui des représentations culturelles. Ce travail de démystification vise « à intégrer davantage ces talents que constituent les femmes ».

L'accord se réfère au cadre normatif interne (121) et communautaire (122). Il utilise les concepts clés du droit communautaire (123). La règle de droit est ici appréhendée dans ses dimensions de modèle de comportement (124) et de grille de lecture du réel.

β) Titre I - L'évolution des mentalités

36. Le titre premier de l'accord est consacré à la dimension culturelle de l'inégalité professionnelle. Avec pertinence, l'accord identifie les stéréotypes négatifs colportés sur les femmes comme « un frein important ». Ensuite, l'accord décline cette « démarche pertinente de changement » sur plusieurs terrains. De manière pragmatique, il propose plusieurs pistes d'action concrète.

Dès ce stade, il s'intéresse à la question des compétences (125). Il remet en cause les conceptions concernant les prétendues aptitudes innées des femmes, qui ne doivent plus empêcher les femmes d'accéder à certains emplois, ni nuire à la reconnaissance de leurs compétences. En effet, les compétences des femmes salariées, notamment dans les professions très féminisées, ne sont pas liées à une prétendue « nature féminine », mais sont des compétences professionnelles à identifier et à reconnaître en tant que qualification (126).

L'accord s'intéresse ensuite à la question des stéréotypes, que les entreprises, avec tous leurs acteurs, doivent identifier et démystifier. Le harcèlement sexuel est appréhendé comme un obstacle à l'égalité professionnelle (127).

Dans le prolongement, les outils de communication interne et externe des entreprises devront tenir compte des objectifs de l'accord. Ainsi, les supports de communication devront s'abstenir de véhiculer des stéréotypes sexuels, « réfuter les représentations erronées » et favoriser une représentation des femmes favorable à leur accès à tous les métiers et à tous les niveaux de responsabilité. Des outils de communication interne devront être réalisés et utilisés dans cette perspective (réunion d'information, affichage, etc.). Les entreprises peuvent prendre leur part concernant le travail sur l'image des femmes.

γ) Titre II - L'orientation

37. L'enjeu est ici de favoriser largement l'accès des filles à tous les métiers et en particulier aux professions d'avenir, pour favoriser leur situation professionnelle et pour éviter des pénuries de main d'œuvre aux entreprises, notamment dans les branches scientifiques et techniques. Pour ce faire, les observatoires prospectifs des métiers et des qualifications, prévus par l'ANI du 20 septembre 2003 sur la formation professionnelle, doivent communiquer les résultats de leurs travaux sur l'évolution des emplois et des métiers et ce dans une terminologie non sexuée. Les branches professionnelles doivent développer « une action forte de communication sur l'image et la représentation sociale des métiers ».

Les branches et les entreprises doivent adopter des mesures favorisant la mixité dans les stages en entreprise et dans les différents dispositifs en alternance (128).

δ) Titre III - Le recrutement

38. Le recrutement est une question déterminante pour assurer une mixité des emplois dans l'entreprise et réduire le

(118) ANI 23 nov. 1989, *Liaisons sociales* n° 6309 du 4 déc. 1989, C. 2.

(119) Cet accord se situe, après la loi n° 89-488 du 10 juil. 1989 (cf. art. L. 123-2 C. trav.), dans une démarche de mise en conformité des dispositions conventionnelles au regard de la règle d'égalité de traitement (cf. CJCE 25 oct. 1988, Commission c/ France, aff. 312-86).

(120) Art. 1131 C. civ. ; G. Auzero, « La force juridique des préambules des conventions et accords collectifs de travail », TPS, mars 2004, p. 7.

(121) Lois n° 72-1143 du 22 déc. 1972, n° 83-634 du 13 juil. 1983, n° 92-1179 du 2 nov. 1992, ord. n° 2001-173 du 22 fév. 2001, n° 2001-397 du 9 mai 2001, n° 2002-73 du 17 janv. 2002.

(122) Directives 75/117/CEE du 10 fév. 1975, 76/207/CEE du 9 fév. 1976, 92/85 du 19 oct. 1992 et enfin 2002/73 du 23 septembre 2002.

(123) « L'accord sur l'égalité professionnelle au regard du droit européen », *Liaisons soc. Europe* n° 101, 1^{er} avril 2004, p. 5.

(124) A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », D. 1990, n° 28, chron. p. 199.

(125) Les compétences sont « les connaissances, les aptitudes professionnelles et le savoir-faire maîtrisés et mis en pratique dans un contexte spécifique » (OIT, 91^e session de juin 2003, définition devant être reprise dans la version actualisée de la Recommandation n° 150 de 1975 sur la mise en valeur des ressources humaines, lors de la Conférence de 2004). A. Lyon-Caen, « Le droit et la gestion des compétences », Dr. soc. 1992-573 ; J.-P. Willems, « De la professionnalisation au droit de la compétence », Dr. Soc. 204-509, spéc. p. 512.

(126) M.-T. Chicha, *L'équité salariale : mise en œuvre et enjeux*, Ed. Yvon Blais, Québec, 1997 (cf. loi du 21 nov. 1996 sur l'équité salariale, dans la province du Québec).

(127) La position des organisations d'employeurs a ainsi très nettement évolué sur cette question (cf. leur hostilité au vote de la loi du 2 nov. 1992).

(128) Art. L. 122-45 C. trav. Les élus ont ici un rôle à jouer pour veiller à un accès sans discrimination des jeunes filles aux stages en entreprise.

surchômage féminin. L'accord aborde cette problématique sur un plan quantitatif, et pas seulement de manière individuelle à travers la seule question de l'interdiction de la discrimination intentionnelle (129). Un équilibre des recrutements est à obtenir et un égal accès des femmes et des hommes à l'emploi doit être assuré.

Pour cela, d'une part, les critères de recrutement doivent être « *strictement fondés sur l'exercice des compétences requises* » (notamment pour les femmes qui n'ont pas vu leurs compétences reconnues à travers une qualification) « *et les qualifications* ». La question de « *l'évaluation juste* » dans l'ensemble du processus de recrutement (critères, procédures, etc.) est à discuter : l'appréciation des compétences étant à rationaliser, sur la base d'éléments pertinents et objectifs, dégagés de tout préjugé sexué. Les définitions de poste doivent ainsi être établies de manière non-discriminante.

D'autre part, la politique d'embauche est désormais à examiner au regard du « *rapport entre le nombre de candidatures reçues de chaque sexe et le nombre d'embauches réalisées pour chacun d'eux* ». Ce rapport devra tenir compte de l'objectif de mixité. Ce ratio sexué devient un indicateur pertinent à faire figurer dans le rapport annuel sur la situation comparée des femmes et des hommes dans l'entreprise. La politique de recrutement, noyau dur du pouvoir de l'employeur, fait ainsi l'objet de dispositions conventionnelles encadrant son choix et relevant de la consultation des élus du personnel.

En cas de déséquilibre réel, pas seulement important, la branche et l'entreprise doivent se fixer des objectifs de mixité et adopter des actions positives. Ces mesures pourront ainsi favoriser l'embauche de femmes et un accompagnement pour que les femmes recrutées dans des « lieux masculins » s'insèrent afin « *d'éviter toute dégradation ultérieure* ».

Enfin, les intermédiaires du marché du travail (publics et privés), vont être sollicités pour participer à cette politique de mixité des emplois très sexués et à présenter aux recruteurs des entreprises une part significative de femmes et d'hommes pour inverser les tendances.

En ce qui concerne les entreprises de petite taille, où les femmes salariées sont davantage présentes, les observatoires prospectifs des métiers et des qualifications, prévus par l'ANI du 20 septembre 2003 sur la formation professionnelle, examineront la situation et proposeront des correctifs pouvant faire l'objet de dispositions conventionnelles de branche.

€) Titre IV - La formation professionnelle continue

39. Dans le prolongement des objectifs de l'ANI du 20 septembre 2003 sur la formation professionnelle, l'accord demande aux branches et aux entreprises de définir, par accord collectif (130), « *les moyens propres à assurer l'égalité d'accès à la formation professionnelle pour les hommes et les femmes* ». Il s'agit donc là de définir des règles concrètes permettant en particulier aux femmes salariées de bénéficier des actions de formation.

Les résultats des négociations triennales de branche sur l'égalité professionnelle (131) sont transmis à la Commission paritaire nationale pour l'emploi, qui élaborera des recommandations concernant l'accès à la formation professionnelle. Celles-ci pourront conduire des branches à déterminer des « *objectifs de mixité dans l'accès aux formations* » et à inciter les dispositifs de formation à proposer des actions tenant compte des contraintes des publics notamment en ce qui concerne l'exercice des responsabilités familiales, en particulier pour les femmes de familles monoparentales.

Les branches pourront adopter des actions positives, en ce qui concerne la mixité des formations, en autorisant les OPCA à majorer le remboursement d'heures de formation effectuées dans ce cadre.

ζ) Titre V - La promotion et la mobilité

40. L'accord se propose de « *faire sauter le plafond de verre* » et de permettre aux femmes de bénéficier de parcours professionnels sans discrimination.

En matière d'organisation du travail, l'accord a un impact immédiat sur la gestion des ressources humaines. Il est en effet nécessaire de repenser l'organisation du travail, pour supprimer les discriminations. L'accord prévoit ainsi que :

- les intitulés de postes doivent être attribués sans discrimination (une femme qui exerce une fonction de gestionnaire doit bénéficier de la qualification correspondante, et non plus de celle de secrétaire, etc.) (132),
- la répartition des tâches doit être réalisée sans discrimination dans un emploi (une femme, dans un « secteur masculin », ne doit plus se voir confier les tâches les moins qualifiées, les moins valorisantes ou offrant le moins de débouchés futurs, etc.).

Ces dispositions conventionnelles novatrices ouvrent le champ à des investigations et à des actions sur l'organisation du travail. Il convient d'analyser le travail réel des femmes salariées (et de ne pas en rester au travail prescrit) pour rendre visibles les compétences acquises et mises en œuvre et ensuite reconnaître le travail pratiqué et sa valeur, en réévaluant les emplois dans les classifications. Des salariées recourent au bilan de compétences dans une démarche de reconnaissance professionnelle (133).

En ce qui concerne la définition des postes, les critères retenus doivent être examinés pour éviter l'exclusion des femmes de certains emplois alors qu'elles disposent des compétences requises.

En matière de temps de travail, les dispositions retenues par l'accord s'avèrent limitées au regard de l'égalité professionnelle (134). Il est ainsi prévu que les aménagements d'horaires tenant compte des obligations familiales ne doivent pas constituer des obstacles aux déroulements de carrière et que les pratiques de management doivent intégrer dans leurs modalités ces exigences. Les dispositions concernant le travail à

(129) La méthode de la discrimination indirecte permet d'appréhender la question de la discrimination à l'embauche de manière quantitative.

(130) Art. L. 933-2 C. trav. pour les branches.

(131) Art. L. 132-12 al. 3 C. trav.

(132) Cass. Crim. 31 mai 1988, S.A. Bocama, pourvoi n° 87-84.441, condamnation pour intitulés différents d'emplois de même nature au détriment d'une salariée (classification).

(133) J.-P. Chauchard et A.-C. Hardy-Dubernet (dir.), *La subordination dans le travail*, La documentation française, 2003, spéc. K. Barragan, « Subordination et bilans de compétence », p. 207.

(134) M. Miné, *Droit du temps de travail*, LGDJ, 2004, préc.

temps partiel laissent sceptique ; c'est en tant que tel qu'il désavantage les femmes, pas seulement ses modalités (135). Et la disposition sur la priorité de passage à temps complet existe déjà dans le Code du travail (136) dans une formulation plus intéressante pour les salariées.

Les entreprises sont incitées à tenir compte de la parentalité pour développer des services aux personnes (137) et en cas de mobilité géographique.

En ce qui concerne le retour dans l'entreprise après un congé maternité, les dispositions de la directive sont reprises par l'accord : les salariées, « après le congé de maternité », « retrouvent leur emploi ou un emploi équivalent ».

η) Titre VI - L'égalité salariale

42. L'accord affirme « le principe de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes pour un travail de même valeur » (138), disposition ancienne (139) pas reprise dans l'ANI de 1989. Le respect de cette règle est associé à la « reconnaissance de la place des femmes dans le monde du travail ».

Les organisations représentatives d'employeurs reconnaissent l'existence d'un « écart résiduel... discriminatoire ». L'accord prévoit la mise en œuvre d'actions positives par les branches et les entreprises en vue d'obtenir « la réduction » de l'« écart moyen de rémunération ».

Pour parvenir à l'égalité de rémunération, les négociations quinquennales des classifications (140) devront analyser les « critères d'évaluation retenus dans la définition des différents postes de travail » (141). Il convient de corriger les critères ayant des effets discriminants et de prendre en compte l'ensemble des compétences mises en œuvre.

De nombreux critères sont ainsi à intégrer (142) ou à réévaluer (143) dans une démarche d'évaluation non discriminante (144).

En matière de parentalité, l'accord contient une insertion modeste mais importante concernant la recherche d'une neutralisation des absences liées à l'exercice de responsabilités

familiales pour ses enfants en ce qui concerne les éléments aléatoires de la rémunération (145).

θ) Titre VI - La mise en œuvre

43. Cet accord, de nature impérative (146), contient des dispositions d'application immédiate et d'autres devant être mises en œuvre par le biais d'accords d'entreprise (147) ou de branche (148).

Les négociations de branche et d'entreprise porteront en particulier sur les thèmes définis par l'ANI, dans le cadre de ses orientations. A partir d'indicateurs, les « déséquilibres notables » seront analysés et des objectifs fixés avec des délais de réalisation. Les négociateurs sont incités à prévoir des actions positives, dans le cadre d'un plan triennal de résorption des déséquilibres. L'action menée fera l'objet d'une évaluation.

Pour les petites entreprises, où les femmes sont davantage présentes (149) et où la négociation collective est quasi-inexistante, les négociateurs de branche devront déterminer des mesures destinées à améliorer la mixité et l'égalité professionnelle.

Les signataires s'engagent à assurer la promotion de l'accord auprès de leurs mandants (150), au-delà de la seule abstention d'actes pouvant compromettre son exécution loyale (151).

Les effets de l'accord, évalués dans trois ans, dépendront en particulier des résultats de ces négociations de branche et d'entreprise. Cet accord est de nature à favoriser la mise en œuvre du réflexe de l'égalité, grâce à la démarche de *mainstreaming gender*.

b) au niveau des branches et des entreprises

44. Des négociations obligatoires sur l'égalité professionnelle doivent se dérouler aux niveaux des branches (152) et des entreprises. Plusieurs données négatives pèsent, trop souvent, encore lourdement sur les délégations qui négocient aux niveaux des branches et des entreprises.

Il s'agit :

- d'une part, de l'insuffisante connaissance et intégration du droit et en particulier du droit communautaire de l'égalité

(135) CJCE 27 mai 2004, aff. C-285-02, concernant la discrimination indirecte en matière de rémunération des heures « complémentaires/supplémentaires » effectuées par les salariées à temps partiel.

(136) Art. L. 212-4-9.

(137) Il convient alors de veiller aux conditions d'emploi des salariées occupées dans ces services.

(138) Cass. Soc. 12 fév. 1997, Dr. Ouv. 1998-1, Cass. Soc. 19 déc. 2000, Dr. Ouv. 2001-117.

(139) Convention OIT n° 100 de 1951, concernant l'égalité de rémunération entre la main d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (ratifiée par la France, loi n° 52-1309 du 10 déc. 1952).

(140) Art. L. 132-12 al. 1 C. trav. ; X. Saglio, « Les négociations de branche et l'unité du système français de relations professionnelles : le cas des négociations de classification », Dr. soc. 1987-20.

(141) Convention OIT n° 100 (art. 3 § 1) : « des mesures seront prises pour encourager l'évaluation objective des emplois sur la base des travaux qu'ils comportent ».

(142) En particulier : capacités informelles requises pour le poste (souvent acquises dans la sphère domestique et dans des activités sociales hors-travail), valorisation de la multidimensionalité d'un poste (cf. polyvalence), élargissement du critère de responsabilité (cf. responsabilités sur des tiers), relations humaines (communication, échanges d'informations), nouvelles contraintes du travail (contraintes temporelles, pression sur les résultats, etc.).

(143) Charge physique et disponibilité temporelle.

(144) M. Maruani, *Travail et emploi des femmes*, La Découverte, 2004.

(145) Recommandation OIT n° 156 « Travailleurs ayant des responsabilités familiales », de 1993. Recommandation communautaire n° 92/241 du 31 mars 1992 (art. 5).

(146) L'accord conclu avant la promulgation de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative notamment au « dialogue social » (JO 5 mai) a un caractère impératif, les accords de branche et d'entreprise doivent obligatoirement respecter ses dispositions (art. 45 de la loi).

(147) Art. L. 132-27 al. 5 C. trav. (négociation spécifique sur l'égalité professionnelle) et L. 132-27-1 C. trav. (obligation de prendre en compte de façon intégrée l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'ensemble des négociations obligatoires).

(148) Art. L.132-12 C. trav.

(149) UNEDIC (Bulletin de liaison, trimestriel).

(150) Cette disposition conventionnelle est constitutive d'une obligation de faire, art. L. 135-6 C. trav. ; Cass. Soc. 4 juin 2002, RJS 8-9/02 n° 984, chron. M. Miné, RJS 3/03, p. 201, spéc. p. 204-205. Cf. Lettre du président du MEDEF du 7 avril 2004.

(151) Art. L. 135-3 C. trav.

(152) Art. L. 132-12 al. 3 C. trav. (cf. art. L. 123-3-1 C. trav. abrogé, issu de la loi n° 89-549 du 2 août 1989).

professionnelle comme grille de lecture des situations de travail des femmes et comme ressource argumentative, la démarche étant encore essentiellement axée sur la seule égalité abstraite,

- d'autre part, de l'insuffisante place des femmes dans les délégations syndicales, en terme de nombre et de participation à la prise de décision, et, d'une insuffisante participation des salariées (153).

Ces éléments et le manque de loyauté de certains processus de négociation du fait des employeurs (154) expliquent largement le caractère qualitativement pauvre des accords conclus. Les accords ne contiennent, le plus souvent, que des clauses générales, demeurant à la périphérie des causes de la discrimination sexuelle et ne prévoyant pas de mesures pertinentes.

45. Au niveau des branches professionnelles, le bilan de treize années de négociation sur l'égalité professionnelle est contrasté (155). En effet, si sur le plan quantitatif cette question est devenue un thème important de négociation, en revanche sur le plan qualitatif les dispositions conventionnelles sont faibles et limitées pour la plupart à des pétitions de principe ou à des reprises de dispositions légales, à quelques rares exceptions près concernant certains points dans quelques conventions.

46. Au niveau des entreprises, plusieurs accords ont été conclus récemment. Si des évolutions positives sont à remarquer sur des points particuliers de certains accords, ces dispositions dans l'ensemble conservent un caractère limité (156). Les entreprises qui mettent en œuvre une politique d'égalité professionnelle peuvent bénéficier d'aides financières (157).

Les dispositions législatives concernant l'insertion de clauses dans les accords d'entreprise de réduction du temps de travail pour assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes semblent avoir produit un effet des plus limité (158).

Les accords de branche et d'entreprise qui seront désormais conclus devront respecter les dispositions de l'ANI, qui est impératif, et les accords conclus antérieurement doivent faire l'objet d'une renégociation pour être mis en conformité avec les nouvelles dispositions conventionnelles interprofessionnelles.

2. Les relations sociales dans l'entreprise

La directive prévoit que les États encouragent les employeurs à promouvoir, de manière organisée et systématique, l'égalité de traitement et à fournir aux représentants des travailleurs des informations appropriées, prévoyant notamment les mesures possibles d'amélioration en coopération avec eux (159). Les différentes institutions représentatives du personnel sont concernées par la mise en œuvre de l'ensemble des dispositions sur l'égalité professionnelle.

a) les délégués du personnel

47. Les délégués du personnel sont les délégués aux droits des personnes (160), notamment à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes et à l'action contre la discrimination sexuelle (161). A ce titre, ils disposent d'un droit d'alerte (162), dont la mise en œuvre, trop rare, s'avère efficace (163), notamment pour faire cesser une discrimination (164).

b) le CHSCT

48. Les femmes et les hommes sont globalement dans des situations de travail et de vie privée différentes. Jusqu'à présent les politiques en matière de conditions de travail ont trop largement sous-estimé voire négligé la réalité du travail féminin, notamment les discriminations dans l'organisation du travail (165). De ce fait, en particulier, des risques présents dans des secteurs de travail ou des professions où l'emploi est principalement occupé par des femmes ne font pas l'objet de traitement préventif satisfaisant (166).

Au regard des impératifs d'égalité professionnelle et également de préservation de la santé au travail, une nouvelle approche est nécessaire. La mission du CHSCT au regard de l'intégration de la question du genre dans la politique de sauvegarde de la santé physique et mentale (167) au travail se décline sur plusieurs terrains.

α) *l'accès à tous les emplois* (168). Pour favoriser cet accès, le CHSCT doit notamment veiller à l'amélioration des conditions de travail avec la mise en place et le maintien d'organisations de travail non discriminantes pour les femmes, qualifiantes et assurant la reconnaissance des compétences des salariées, la modification ergonomique des postes, l'aménagement des

(153) C. Sachs-Durand, « La légitimité syndicale dans l'entreprise », Dr. Ouv. 1993-39.

(154) M. Miné, « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 47.

(155) « Une décennie de négociation collective sur l'égalité professionnelle dans les branches », *La négociation collective en 2002*, tome 1, dossier n° 4, Ed. Législatives/Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 2003.

(156) Accord du 4 nov. 2003, PSA Peugeot-Citroën, Liaisons soc. n° 14013 du 18 nov. 2003. Accord du 28 avril 2004, France Télécom, Liaisons soc. n° 14140 du 28 avril 2004. Accord du 5 mars 2004, industries électriques et gazières, Liaisons soc. n° 14096 du 16 mars 2004. Accord du 17 fév. 2004, Renault, Liaisons soc. n° 14078 du 19 fév. 2004. Accord du 22 juin 2004, EADS, Liaisons soc. n° 14170 du 2 juil. 2004.

(157) Aide au conseil (art. L. 123-4-1 C. trav.), contrat pour l'égalité professionnelle (art. L. 123-4 C. trav.), contrat pour la mixité des emplois (art. L. 123-3 C. trav.), Crédit impôt-famille (loi de finances 2004, art. 98).

(158) Loi Aubry II du 19 janv. 2000 (art. 19).

(159) Directive, art. 8 ter, § 3 et 4.

(160) Rapport de G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi*, La documentation française, 1992.

(161) La loi n° 2001-1066 a explicitement fait figurer la référence à « toute mesure discriminatoire » (v. comm. de cette loi,

M. Richevaux, Dr. Ouv. 2002 p. 290 in n° spéc. *Harcèlements et discriminations au travail*).

(162) Art. L.422-1-1 C. trav.

(163) Cass. Soc. 26 mai 1999, Dr. soc. 1999-738, note C. Radé ; CPH Quimper, départ., 18 mars 1996, SA Bigard, RPDS 1996-329, note H. Sellami.

(164) TGI Lyon, 6 oct. 2000, préc., annexe 2 p. 367 ; CPH Créteil, départ., 28 nov. 2003, Dr. Ouv. 2004-292, note M. Keller in n° spéc. *Les contentieux de l'urgence et le droit du travail*, juin 2004.

(165) *Enquête sur les conditions de travail*, Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, 2000 et 1995 ; M.-F. Bied-Charreton, *Usine de femmes*, L'Harmattan (Mémoires du XX^e siècle), 2003, récit sur « l'usine au féminin » dans la banlieue parisienne en 1972 ; S. Weil, *La condition ouvrière*, Gallimard, 1951.

(166) L. Vogel, *La santé des femmes au travail en Europe, Des inégalités non reconnues*, BTS Européen pour la Santé et la Sécurité, 2003, Bruxelles ; « L'égalité hommes-femmes doit aussi concerner la santé et la sécurité au travail », LSE n° 106, p. 5.

(167) « La santé est un état complet de bien-être physique, mental et social (...). La possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre, constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain (...) » (définition de la santé selon l'OMS).

(168) Art. L.236-2 al. 1 C. trav.

horaires de travail pour toutes les catégories de salarié-e-s, en particulier pour permettre aux pères, comme aux mères, de s'occuper de leurs enfants sans pénaliser leur vie professionnelle et l'instauration et le maintien d'ambiances de travail non-sexistes.

β) *la protection de la femme enceinte*, notamment en ce qui concerne les changements temporaires d'affectation pour raison de santé (169).

γ) *l'élaboration et la mise en œuvre d'une politique de prévention et d'amélioration des conditions de travail intégrant les questions de genre* (170). D'une part, toute politique portant sur la santé et la sécurité au travail, aux stades de la réflexion et de l'action, doit intégrer la dimension de genre, avec en particulier l'analyse du travail réel et de l'organisation du travail, pour les emplois majoritairement ou exclusivement occupés par des femmes, la mise en œuvre du principe juridique de l'adaptation du travail à « la femme » (171), et la déclinaison de l'évaluation et de la prévention des risques au regard du genre (172). D'autre part, le CHSCT doit formuler des propositions et participer aux politiques de prévention du harcèlement sexuel et du harcèlement sexiste dans le milieu de travail (173).

δ) *la prise en compte des expériences, des connaissances et des opinions des femmes* dans les processus de décision, notamment en favorisant l'accès des salariées à la responsabilité de représentant-e du personnel au CHSCT, en réalisant des enquêtes auprès des salariées concernées et en mobilisant leur participation à l'analyse des situations réelles de travail.

c) Le comité d'entreprise

49. Parmi ses attributions professionnelles, le comité est chargé de veiller au respect de la règle d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'entreprise.

α) *les thèmes*. De manière générale, le comité peut s'intéresser aux conditions d'emploi et de travail, notamment à la politique de recrutement (174) (ratio par sexe entre les candidatures et les embauches, critères de recrutement, processus décisionnaire de recrutement, essais et tests professionnels, etc.), aux rémunérations (écarts, modalités, etc.), à la politique de formation professionnelle (accès des femmes à la formation qualifiante, etc.), et aux déroulements de carrière. En particulier, le comité peut notamment examiner la situation professionnelle des salariées ayant eu un congé de maternité et un congé parental (retour dans l'emploi,

déroulement de carrière, etc.), la politique de communication interne et externe de l'entreprise et l'accueil de stagiaires. Et le comité peut aussi se préoccuper de l'organisation du travail (répartition non sexiste des tâches, intitulé des postes, etc.) et des ambiances de travail.

β) *les moyens*. L'employeur doit chaque année consulter le comité d'entreprise sur la situation comparée des femmes et des hommes dans l'entreprise et son évolution (175), sur la base d'un rapport contenant certains indicateurs (176), ainsi que sur les objectifs pour parvenir à l'égalité entre les femmes et les hommes et la définition qualitative et quantitative des actions à mener à ce titre. Une commission de l'égalité professionnelle doit être constituée dans les entreprises de plus de deux cents salariés (commission obligatoire) (177) ; elle peut être constituée dans les entreprises ayant un effectif inférieur (commission facultative) (178). Le comité peut recourir à un expert (179) et procéder à des enquêtes auprès des salariés.

γ) *le fonctionnement*. Le comité doit respecter la règle d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans son fonctionnement, alors que les femmes salariées sont souvent sous-représentées (180) et cantonnées dans des rôles secondaires (181).

C. L'action judiciaire

50. La directive prévoit plusieurs prescriptions en matière d'action judiciaire pour faire respecter ses dispositions, notamment en matière d'accessibilité aux procédures judiciaires par les personnes lésées (182) en particulier en matière de délais de recours (183).

Des procès test sont sans doute nécessaires pour remettre en cause des consensus basés sur des stéréotypes sexuels. En effet, des procès pour discrimination sexuelle permettent de :

- déconstruire les processus discriminatoires à l'œuvre dans l'entreprise et d'interroger le fonctionnement du milieu de travail,
- valider la parole des femmes, agissant pour bénéficier de l'égalité de traitement,
- réparer les préjudices subis,
- sanctionner les comportements prohibés,
- faire du droit une « menace crédible », et,
- réaffirmer les valeurs de dignité de la personne et d'égalité entre les femmes et les hommes.

(169) Art. L.236-2 al 1 et 2 C. trav., art. L.122-25-1-2 C. trav.

(170) Rapport de l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail de Bilbao, « La problématique de la dimension de genre dans la sécurité et la santé au travail - Analyse », 2004, disponible à l'adresse <http://agency.osha.eu.int/publications/reportgender.pdf>

(171) Art. L.236-2-II d) C. trav., le travail ne doit pas seulement être adapté à l'humain masculin, il convient ainsi de sortir du modèle de « l'homme moyen » pour tenir compte des différences de sexe.

(172) Art. L. 230-2, notamment dans le document d'évaluation (art. R.230-1 C. trav.).

(173) Art. L.236-2 al 6 et art. L.122-48 C. trav., directive et ANI préc.

(174) Art. L. 121-6 et L. 121-7 C. trav. Il convient en particulier d'examiner l'absence d'effet discriminatoire sur les femmes, les candidates et les salariées, des méthodes et des modalités d'évaluation retenues.

(175) Art. L. 432-3-1 C. trav.

(176) Art. D. 432-1 C. trav. Les indicateurs réglementaires sont à compléter par des indicateurs tenant compte de la situation particulière de l'entreprise. Le CE peut demander toute information complémentaire pertinente; à défaut de réponse satisfaisante, le comité peut saisir le juge (TGI) pour être consulté en toute connaissance de cause.

(177) Art. L. 434-7 al. 7 C. trav.

(178) Art. L. 434-7 al. 1 C. trav., art. R. 432-7 al. 1 C. trav.

(179) Art. L. 434-6, al. 8, C. trav.

(180) Le législateur incite les organisations syndicales représentatives à examiner les voies et moyens en vue d'atteindre une représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes de candidatures aux élections professionnelles (art. L. 433-2 C. trav. pour le CE, art. L. 423-3 C. trav. pour les DP).

(181) A. Hege, « La place des femmes dans les comités d'entreprise », IRES, La Lettre, n° 48, juil. 2001.

(182) Directive, art. 6 § 1.

(183) Directive, cons. 19.

1. Le régime probatoire

51. Pour favoriser l'accessibilité à une procédure judiciaire performante, le droit communautaire prévoit, de longue date, l'aménagement de la charge de la preuve, qui s'applique en matière de discrimination directe (184) et de discrimination indirecte (185).

Cet aménagement de la charge de la preuve (186) est mis en œuvre par le juge interne notamment en matière de discrimination sexuelle (187) et figure dans la législation interne (188). Avec ce nouveau régime, le risque de la preuve pèse sur l'employeur.

2. La réparation et la sanction

52. La directive, de philosophie civiliste, met l'accent sur la réparation au bénéfice des personnes (189). Ainsi, le préjudice doit être effectivement réparé ou/et indemnisé de manière dissuasive et proportionnée par rapport au dommage subi.

La personne victime de discrimination sexuelle peut donc obtenir des dommages-intérêts. La compensation indemnitaire doit compenser intégralement les préjudices subis (190). Cette solution, conforme au droit commun des obligations, n'est pas encore pleinement mise en œuvre en droit interne : ainsi le niveau d'indemnisation accordé par les Conseils de prud'hommes ne répond pas toujours aux obligations communautaires (191). A l'avenir, les juridictions devront tenir compte de ce nouvel impératif quant aux montants des réparations civiles accordées à la partie civile lésée (192).

Mais la réparation indemnitaire n'est souvent pas satisfaisante. Une réparation en nature est alors nécessaire. La personne victime de discrimination sexuelle peut ainsi obtenir la remise en l'état (193). Cette remise en l'état permet une réparation du préjudice plus pertinente et revêt un caractère pédagogique et dissuasif. La réparation en nature, juridiquement possible et souvent matériellement réalisable, permet d'apurer définitivement le contentieux. Sur le terrain de la discrimination sexuelle, la loi prévoit explicitement le

rétablissement de la légalité en matière d'inégalité de rémunération (194) et de licenciement discriminatoire (195). Pour les autres mesures (cf. les abstentions de faire notamment), le rétablissement de la légalité doit également être ordonné. Le juge ordonne les mesures matérielles pour « *replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit* » (196) et ainsi « *[mettre] à néant les « effets... de la discrimination* » (197). Des salariées ont ainsi bénéficié d'une augmentation de salaire (198), par alignement des salaires inférieurs sur les salaires supérieurs, de l'octroi d'une prime (199) et de reclassifications dans la qualification et le coefficient correspondants à la valeur de leur travail et à leurs compétences (200). Cependant, la remise en l'état ne peut pas aller jusqu'à imposer le recrutement de la personne qui a fait l'objet d'une discrimination sexuelle à l'embauche (201).

53. La directive prévoit des dispositions concernant le régime des sanctions de la violation des dispositions nationales de transposition de la directive (202). Ces sanctions doivent être « *effectives, proportionnées et dissuasives* ». Le droit interne prévoit des sanctions civiles, la remise en l'état avec notamment la nullité des dispositions conventionnelles contraires aux droits des personnes et le versement de dommages-intérêts, et pénales. Mais le niveau des condamnations prononcées est trop rarement proportionné à la gravité de l'acte illicite commis et trop souvent peu dissuasif.

3. L'intervention syndicale et associative en justice

54. La directive prévoit que les organisations syndicales et les associations puissent engager toute procédure judiciaire pour faire respecter ses dispositions « *au nom ou à l'appui du plaignant* » afin d'assurer aux personnes faisant l'objet d'une discrimination sexuelle « *un niveau de protection plus efficace* » (203).

a) En droit interne, d'une part, la salariée peut bénéficier de l'appui d'un « *défenseur syndical* », qui assure la défense de ses intérêts devant les juridictions (204). Elle peut également

(184) CJCE 5 oct. 1989, Danfoss, et CJCE 27 oct. 1993, Pamela Enderby, préc.

(185) CJCE 31 mars 1981, Jenkins, et CJCE 13 mai 1986, Bilka, préc.

(186) Directive, cons. 10. et art. 6 § 1.

(187) Cass. Soc. 12 fév. 1997, Dr. Ouv. 1998-1 (rejetant le pourvoi contre CA Riom, 16 janv. 1995, Sem. soc. Lamy 17 déc. 2001, p. 44). CA Paris, 1^{er} avril 2004, annexe 2. CA Montpellier, 25 mars 2003, annexe 3.

(188) Art. L. 123-1 dernier al. C. trav.

(189) Directive, cons. 18 et art. 6 § 2.

(190) CJCE 2 août 1993, Helen Marshall, aff. C-271/91, § 26, concl. Av. gén. W. Van Gerven, 26 janv. 1993. Les composantes essentielles du dommage, causé par la discrimination, sont au titre des dommages patrimoniaux, la perte d'actifs matériels, le manque à gagner, et, le cas échéant, le dommage résultant du retard dans l'exécution de l'obligation concernée, et au titre des dommages extrapatrimoniaux, le dommage moral et le dommage corporel lié à la dégradation de la santé (cf. la perte d'une chance de rester en bonne santé, CA Paris, 29 janv. 2002, CPH Moulins, 27 nov. 2001, Dr. Ouv. juin 2002-326, CPH Lyon, 30 janv. 2003, Dr. Ouv. 2003-449).

(191) E. Serverin, *Les litiges du travail au temps du jugement prud'homal*, juin 2000, CERCRID Université Jean Monnet Saint-Étienne, spéc. p. 83 « Des résultats mitigés » ; Dr. Ouv. janv. 2002, note P. Rennes, Dr. Ouv. juin 2004, obs. K. Derouvroy.

(192) Cass. Soc. 11 oct. 2000, R.V.I. c/ Mme Bujard, RJS 12/00, n° 1263, l'octroi de dommages-intérêts n'a pas pour seul objet

de réparer la perte de salaire, limitée par la prescription quinquennale, mais d'indemniser l'ensemble du préjudice subi du fait de la discrimination (prescription trentenaire).

(193) Arrêt préc., annexes 2 et 3. Cass. Soc. 10 juil. 2002, Dr. Ouv. 2003-446 ; CA Montpellier, 8 janv. 2002, Dr. Ouv. 2003-72 ; Cass. Soc. 24 fév. 2004, n° 01-46.499, à paraître au Dr. Ouv. ; Cass. Soc. 23 juin 2004, n° 02-41-011 P+B.

(194) Art. L.140-4 al. 2 C. trav. Il y a ainsi substitution du système de référence valable, en écartant le régime défavorable aux femmes.

(195) Art. L. 122-45 C. trav.

(196) Art. 1184 al. 2 C. civ. A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 6^e éd., spéc. p. 419-420. J. Mouly, obs. sous Cass. Soc. 4 juil. 2000, Dr. soc. 2000-921.

(197) Cass. Soc. 24 fév. 2004, préc.

(198) Cass. Soc. 12 fév. 1997, Usai Champignons, Dr. Ouv. 1998-1.

(199) Cass. Soc. 28 nov. 2000, Mme Harba c/ FNMF, Dr. Ouv. 2001-116.

(200) Cass. Soc. 19 déc. 2000, Sté Labo Pyrénées Photo c/ Mme Cassou et a., Dr. Ouv. 2001-117 ; CA Montpellier, 25 mars 2003, IBM, annexe 3 ci-après p. 370.

(201) DC 20 juil. 1988, D. 1989, p. 269, note F. Luchaire ; art. L. 122-45 C. trav.

(202) Directive, cons. 22 et art. 8 quinquies.

(203) Directive, cons. 20 et art. 6 § 3.

(204) Cass. Soc. 19 déc. 2000, Sté Pyrénées Labo Photo, préc.

bénéficier de l'intervention "à ses côtés" d'une organisation syndicale représentative appuyant son action (205). Et une organisation syndicale représentative peut mener en son nom, « à sa place et pour son compte », une action en substitution (206). Enfin, une organisation syndicale représentative peut agir en exécution d'un texte légal ou réglementaire ou d'un accord collectif (207) ou en annulation d'un accord collectif contenant des dispositions discriminatoires ou ayant des effets discriminatoires pour les femmes (208).

b) D'autre part, la salariée peut bénéficier de l'intervention d'une association qui peut se substituer à elle ou appuyer son action (209).

4. La protection contre les représailles

55. La directive prévoit que les ordres juridiques des États doivent protéger les travailleurs contre tout licenciement ou tout autre acte discriminatoire, adopté en représaille en réaction à une plainte formulée au sein de l'entreprise ou à une action en justice destinée à faire respecter l'égalité de traitement (210). En droit interne, la disposition de la directive de 1976 sur la protection du droit d'agir en justice transposée en 1983 (211), a enfin fait l'objet d'une première jurisprudence (212). Mais le texte interne ne vise encore que le licenciement de représaille et pas les autres actes discriminatoires possibles et ne prévoit pas la protection après la cessation de la relation de travail. En revanche, les salariés témoignant ou relatant des faits de

discrimination sexuelle bénéficient de dispositions protectrices contre tous les actes discriminatoires de représaille (213).

D. L'organisme indépendant

56. La France doit se doter d'un organisme chargé de promouvoir, d'analyser, de surveiller et de soutenir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur le sexe. Cet organisme doit en particulier avoir pour compétence « d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination » (214). L'absence d'outils institutionnels adéquats a fortement pesé dans la faible mobilisation du droit en faveur des femmes, depuis près de vingt-cinq ans en France. Le mouvement associatif s'est mobilisé en faveur de la création d'un tel organisme et le rapport *Stasi* se déclare favorable au vote d'une loi créant une *Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*. Une telle autorité, à vocation universelle pour saisir les discriminations multiples concernant les femmes, devrait répondre aux exigences communautaires et à ce titre disposer de pouvoir d'enquête favorisant la preuve de la discrimination pour les personnes et en particulier la réunion des éléments de fait dans le cadre des contentieux civils. Cette structure devrait être un lieu impulsant la mobilisation des acteurs et des savoirs.

Michel Miné

(205) L'organisation syndicale représentative peut être partie intervenante au civil (art. 330 NCPC) et partie civile au pénal (art. L. 411-11 C. trav.).

(206) Art. L. 123-6 C. trav. ; M.L. Dufresne-Castets "Actualité des actions de substitution et des actions collectives", Dr. Ouv. 2004 p. 122.

(207) Il pourrait notamment s'agir de l'ANI du 1^{er} mars 2004 ou d'accords de branche ou d'entreprise portant sur l'égalité professionnelle ou même sur d'autres thèmes (sur le fondement de l'action : art. L.135-4, L.135-5 ou L.411-11 C. trav. suivant

les situations - extension, signature ; Cass. Soc. 14 fév. 2001, Dr. Soc. 2001-572, Dr. Ouv. 2001-175).

(208) Directive, art. 3 § 2 b. M. Miné, *Droit du temps de travail*, LGD, 2004, spéc. p. 185-187 et 252-254.

(209) Art. L. 122-45-1 al. 2 C. trav. Art. 2-2 et 2-6 NCPP.

(210) Directive, cons. 17 et art. 7.

(211) Art. L. 123-5 C. trav.

(212) Cass. Soc. 28 nov. 2000, Mme Harba, préc.

(213) Directive, cons. 17 (2^e phrase). Art. L. 122-45 al. 3 C. trav.

(214) Directive, art. 8 bis.

ANNEXE 1

DISCRIMINATION SEXUELLE – Discrimination liée à la situation de famille – Modification du contrat de travail (contenu des tâches) – Alerte du délégué du personnel – Conseil de prud'hommes – Remise en l'état (attributions professionnelles) – Réparation du préjudice (dommages-intérêts).

CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE LYON (Commerce - Département) 6 octobre 2000

B. et CGT commerce contre Meubles Ikéa France

Mme B. est entrée au service de la société Meubles Ikéa France SNC, ci-après dénommée Ikéa, le 11 février 1992 en qualité d'employée spécialisée au service administratif, affectée au service du personnel de l'établissement de Saint-Priest ; le 13 septembre 1999, elle fut désignée représentante CGT au comité d'établissement ; le lendemain, la délégation de signature dont elle disposait dans l'exercice de ses fonctions lui fut retirée ; par courrier électronique du 22 septembre suivant faisant suite à deux entretiens, il lui fut proposé une mutation au motif de l'incompatibilité de son affectation au service du personnel avec sa situation personnelle résultant de la vie commune qu'elle menait avec un collaborateur du même magasin ; le 24 septembre 1999, il lui fut annoncé que ses horaires hebdomadaires de travail seraient modifiés à compter du mois

de novembre suivant ; le 21 octobre 1999, Mme B. refusa la proposition de mutation qui lui avait été faite et le 25 octobre les délégués du personnel du magasin mirent en oeuvre la procédure d'alerte prévue par l'article L. 422-1-1 du Code du travail, sollicitant de la direction qu'elle prenne toutes les dispositions nécessaires pour que cessent les atteintes au droit des personnes et aux libertés individuelles constatées au détriment de l'intéressée et que cette dernière retrouve ses horaires et sa fonction antérieure ; par courrier du 28 octobre 1999, Mme B. fit connaître à son employeur qu'elle était contrainte et forcée de subir les modifications annoncées et le 18 décembre suivant elle saisit le Conseil de prud'hommes de Lyon (...)

DISCUSSION :

Attendu que l'article L. 422-1-1 du Code du travail dispose que :

“Si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur.

L'employeur ou son représentant est tenu de procéder sans délai à une enquête avec le délégué et de prendre les dispositions nécessaires à cette situation.

En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou à défaut le délégué si le salarié concerné averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du Conseil de prud'hommes qui statue selon les formes applicables au référé.

Le juge peut ordonner toute mesure propre à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte qui sera liquidée au profit du Trésor.”

Attendu qu'il ressort en l'espèce de l'ensemble des explications concordantes des parties et de l'ensemble des pièces produites au dossier que la société Meubles Ikéa prit l'initiative d'une proposition de mutation faite à Mme B. le 22 septembre 1999, au motif d'une soi-disant incompatibilité entre son poste de travail au service du personnel et sa vie maritale avec un collaborateur du magasin, situation conduisant selon les propres termes utilisés par la direction de l'entreprise dans son courrier électronique, à un manque de confiance envers la salariée.

Attendu que si l'on peut légitimement envisager que des difficultés de fonctionnement puissent survenir dans une entreprise du fait de la désignation d'un membre du service des ressources humaines en qualité de représentant syndical, lorsque ce dernier occupe des fonctions de responsabilité au sein dudit service ne lui permettant pas de faire vivre concomitamment ses deux qualités, il apparaît qu'en l'espèce ce n'est d'une part nullement la qualité de représentante CGT au comité d'établissement de Mme B. qui fut à l'origine de la proposition faite par la défenderesse qui exprima son inquiétude par rapport à la vie privée de sa salariée qu'elle savait vivre maritalement avec un autre collaborateur de l'établissement ; que, d'autre part, il s'avère d'ailleurs que Mme B. n'occupait pas des fonctions de direction au sein du service des ressources humaines, n'accomplissant que de simples tâches d'exécution.

Attendu qu'aux termes de l'article 9 premier alinéa du Code civil, chacun a droit au respect de sa vie privée ; qu'aux termes de l'article L 120-2 du même code, nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.

Que la simple initiative prise en l'espèce par la société Ikéa, même si elle ne fut pas suivie d'effet compte tenu du refus opposé par la salariée, suffit à démontrer que la direction de l'entreprise prit en considération, de façon illicite alors même qu'aucun élément ou fait particulier ne soit avancé pour justifier son inquiétude, la vie privée de Mme B. pour réagir sur le plan de la vie professionnelle de cette dernière dans l'établissement ; qu'une telle attitude caractérise manifestement la violation par la défenderesse des libertés individuelles telle qu'envisagée par les dispositions susvisées, autorisant dès lors la salariée à ester en justice sur le fondement de l'article L 422-1-1 du Code du travail, l'enquête indispensable prévue par ce texte n'ayant jamais été menée à l'initiative de l'employeur malgré l'information régulière qui lui fut donnée en la matière par les représentants du personnel compétents.

Qu'il importe donc que la société Ikéa retire du dossier personnel de Mme B. tous les courriers relatifs à la proposition qui lui fut faite en la matière, tant le courrier électronique du 22 septembre 1999 que celui en réponse fait par Mme B. à la société Ikéa le 21 octobre suivant ou encore la lettre adressée par l'entreprise aux délégués du personnel le 18 novembre 1999.

Attendu par ailleurs que ni le contrat de travail ni même simplement les conditions de travail des représentants du personnel ne peuvent être modifiées sans leur accord ; qu'aucun changement ne peut donc être imposé à un salarié protégé dans ce cadre là, l'employeur ne pouvant que tirer éventuellement les conséquences du refus émis par l'intéressé en sollicitant de l'inspecteur du travail une autorisation de licenciement.

Qu'en l'espèce il apparaît donc manifeste que la société Ikéa ne pouvait imposer à Mme B., même au motif d'une décision collective intéressant d'autres salariés que cette dernière, une modification de ses attributions en lui retirant la délégation de signature dont elle disposait depuis plus de sept années passées au service du personnel de la société, étant d'ailleurs relevé que les explications de la défenderesse conduisent à analyser cette mesure comme une sanction disciplinaire puisqu'elle fut décidée à la suite de soi-disant erreurs commises par Mme B. dans ses tâches administratives, erreurs qui auraient curieusement d'ailleurs été relevées le 17 septembre 1999, jour du courrier fait en ce sens par la supérieure hiérarchique de l'intéressée à la responsable des ressources humaines alors même que l'annonce du retrait de la signature fut faite le 14 septembre précédent ; qu'aucune modification concernant le roulement des jours de repos hebdomadaires ne pouvait non plus être envisagée sans l'accord de Mme B., étant relevé à ce titre que la prétendue demande qui aurait été faite en ce sens par une salariée du service, ne ressort d'aucun élément du dossier.

Qu'il convient donc de réintégrer Mme B. dans ses fonctions antérieures, de façon intégrale, la restitution à cette dernière en cours de procédure, d'une partie seulement des délégations de signature dont elle disposait avant le mois de novembre 1999, ne suffisant pas à la remplir de tous ses droits en la matière.

Attendu que Mme B. a manifestement subi un préjudice du fait des agissements de la société Meubles Ikéa ; que ce dernier sera justement réparé par l'octroi à celle-ci d'une somme de 10 000 F à titre de dommages-intérêts.

Attendu encore que l'article L 411-11 du Code du travail prévoit que les syndicats professionnels ont le droit d'ester en justice et peuvent devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ; qu'en l'espèce, les atteintes portées aux droits de la demanderesse concernant d'une part sa vie privée et d'autre part sa liberté d'action syndicale, justifient manifestement l'intervention à l'instance de l'Union syndicale CGT commerce et services du Rhône qui doit donc être reçue en son intervention ; que le préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession sera justement réparé par l'allocation d'une indemnité de 5 000 F à la charge de la défenderesse.

Attendu enfin qu'il y a lieu d'allouer à Mme B. et à l'union syndicale CGT commerce et services du Rhône, en remboursement des frais irrépétibles engagés par elles à l'occasion de la présente instance, une indemnité de 3 000 F chacune en application des dispositions de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, la défenderesse qui succombe ne pouvant qu'être déboutée en sa demande de ce chef.

PAR CES MOTIFS :

Vu les articles L 422-1-1, L 411-11 du Code du travail,

- reçoit Mme B. et l'union syndicale CGT commerce et services du Rhône en leurs demandes,

- ordonne, sous astreinte dont le Conseil de prud'hommes de Lyon se réserve la liquidation, de 500 F par jour de retard à compter d'un délai de huit jours à partir de la notification du présent jugement,

- le retrait du dossier personnel de Mme B., du courrier électronique du 22 septembre 1999 d'une part, adressé par la société Ikéa à cette dernière, du courrier en réponse du 21 octobre suivant adressé par Mme B. à la société Ikéa d'autre part et enfin du courrier adressé par la société Ikéa aux délégués du personnel le 1^{er} novembre 1999,

- à la société Ikéa, de rétablir Mme B., d'une part dans son horaire de travail antérieur au 1^{er} novembre 1999, établissant un roulement du jour de repos hebdomadaire un mercredi sur deux, et d'autre part dans ses attributions telles qu'elles étaient avant le 14 septembre 1999 en ce qui concerne la délégation de signature dont elle bénéficiait en sa qualité de membre du service du personnel,

- condamne la société Ikéa à payer, en réparation des préjudices subis, à Mme B. une indemnité de 10 000 F et à l'Union syndicale CGT commerce et services du Rhône une indemnité de 5 000 F.

(Mme Clément, prés. - Mes Lenoir, Aguera, av.)

ANNEXE 2

DISCRIMINATION SEXUELLE ET DISCRIMINATION SYNDICALE – Classification – Rémunération – Travail de valeur égale – Compétence du juge des référés – Remise en l'état.

COUR D'APPEL DE PARIS (18^e Ch. C) 1^{er} avril 2004
New Global Vending contre A.

MOTIVATION :

Il ressort des dispositions de l'article L 122 45 du Code du travail qu'aucun salarié ne doit être l'objet d'une mesure discriminatoire notamment en matière de rémunération, en raison de son sexe

L'article L 140-2 du Code du travail dispose :

"Tout 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.

Par rémunération, au sens du présent chapitre, il faut entendre 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 travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

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. Les disparités de rémunération entre les établissements d'une même entreprise ne peuvent pas, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, être fondées sur l'appartenance des salariés de cet établissement à l'un ou l'autre sexe."

Comme l'a justement relevé le Conseil de prud'hommes de Meaux, il n'est pas contesté que Mme A. perçoive le salaire le plus bas des cadres du même du même indice et de la même catégorie.

Il ressort des tableaux établis par l'employeur lui même dans le cadre des négociations salariales que le salaire moyen des huit cadres hommes de catégorie 20 indice 100 est, en octobre 2002, de 2750 € et le salaire moyen des trois cadres femmes même indice et même catégorie 2471 €, Mme A. percevant elle-même un salaire brut moyen de 2164 €.

Mme A. a été engagée le 1^{er} mars 1990 en qualité d'assistante commerciale par la société IDF Systèmes.

Son contrat de travail a finalement été repris par la société New Global Vending qui est spécialisée dans la vente des appareils de distributeurs de boissons et de pièces détachées

Le 20 mars 1999, Mme A. a été désignée comme déléguée syndicale CGT ; le 3 janvier 2001, elle a été promue cadre.

Le 26 octobre 2001, elle était élue au comité d'entreprise.

A partir de mars 2003, elle a fait plusieurs démarches auprès de son employeur pour tenter d'obtenir une augmentation de salaire, estimant que sa rémunération était inférieure à celle d'autres salariés de l'entreprise ayant les mêmes fonctions.

Par un courrier du 12 mai 2003, l'employeur lui a répondu qu'elle avait un poste unique et qu'aucune comparaison ne pouvait être faite utilement.

Soutenant qu'elle était victime d'une discrimination fondée sur le sexe et sur son appartenance syndicale, le 23 mai 2003, elle a saisi le Conseil de prud'hommes de Meaux en référé pour demander :

- un rappel de salaire sur la période de mars 2001 à juillet 2003, soit la somme de 16 976,58 €,

- les congés payés afférents soit 1697,66 €,

- un rappel sur prime de treizième mois de mars 2001 à juillet 2003, soit 1 399,22 €,

- une indemnité sur le fondement de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile d'un montant de 800 €,

- la délivrance du livre de paie et des bulletins de paie de tous les salariés cadres classés à la position 20, indice 100, sous astreinte de 15 € par jour et par document.

Par ordonnance en date du 22 août 2003, le Conseil de prud'hommes de Meaux a constaté que Mme A., cadre position 20, indice 100, avait le plus bas salaire de l'entreprise dans cette catégorie.

Il a relevé qu'elle était au même rang indiciaire que huit autres cadres et que, dans l'ensemble, les hommes avaient un salaire de 279 € de plus par mois que les femmes.

Il a constaté que la société ne donnait aucune justification objective et a alloué à Mme A. une provision de 6 000 €, les congés payés afférents, une provision de 430 € sur le treizième mois

Pour le surplus il a dit n'y avoir lieu à référé.

L'employeur n'en disconvient pas mais soutient que cette différence de salaire trouve son origine dans les tâches accomplies, les autres cadres avec qui la comparaison est menée étant des cadres commerciaux, ce qui n'est pas le cas de Mme A.

Depuis le 1^{er} mars 2001, Mme A. est responsable administrative des ventes de pièces détachées et dans l'organigramme de l'entreprise, elle se situe à un niveau exactement comparable à celui des autres cadres catégorie 20

indice 100 et l'employeur ne fournit aucun élément objectif pouvant expliquer cette différence de traitement entre des salariés dont l'identité d'indice, de catégorie et de situation dans la hiérarchie de l'entreprise démontre qu'ils fournissent un travail de valeur égale.

C'est de manière adaptée que le Conseil de prud'hommes de Meaux a retenu que cette inégalité de traitement causait un trouble manifestement illicite à Mme A. que le juge des référés devait faire cesser et qu'il a à juste titre accordé une provision de 6 000 € sur les salaires et une provision de 450 €

sur le treizième mois à Mme A. sur ce fondement, aucun élément ne justifiant dans la présente instance qu'il soit fait droit à l'appel incident formé par l'intimée alors que le juge du fond est déjà saisi.

L'équité commande d'allouer à Mme A. une indemnité de procédure d'un montant de 800 €.

PAR CES MOTIFS :

Confirme l'ordonnance déferée dans toutes ses dispositions.
(M. Feydeau, prés. - Mes Baudin, Sardin, av.)

ANNEXE 3

DISCRIMINATION SEXUELLE – Déroulement de carrière – Classification – Régime probatoire – Compétence du juge des référés – Remise en l'état.

COUR D'APPEL DE MONTPELLIER (Ch. Soc.) 25 mars 2003

B. et a. contre IBM

FAITS ET PROCEDURE :

La Cour, saisie d'une demande présentée par Mme B. relative à une pratique discriminatoire de l'employeur la SA IBM France à son encontre, a le 22 mai 2002 après avoir constaté que la situation de la salariée l'avait maintenue au coefficient 285 pendant douze ans alors que les hommes placés dans la même situation n'y étaient demeurés en moyenne que 4,11 années a commis Alain Bernard en qualité d'expert, avec pour mission de :

- se faire remettre par les parties tous les documents relatifs au déroulement de la carrière de Mme B. depuis son engagement, et de la carrière des salariés hommes et femmes engagés en même temps qu'elle a des niveaux de compétences identiques sur le site de Montpellier,

- décrire l'évolution de carrière de ces salariés jusqu'au jour de la demande,

- donner à la Cour tous les éléments d'information en vue de déterminer si le maintien de Mme B. dans le même coefficient de rémunération pendant douze ans tient à des éléments objectifs étrangers à son sexe.

L'expert commis a vaqué à sa mission et déposé son rapport au greffe le 20 janvier 2003 et a conclu :

Compte tenu des considérations qui précèdent, l'expert soussigné estime que :

- la Société IBM n'a pas produit les documents relatifs au déroulement de la carrière de Mme B. ni les documents relatifs au déroulement des carrières des salariés, hommes et femmes, engagés en même temps qu'elle à des niveaux de compétence identiques sur le site de Montpellier,

- il n'a donc pas été possible de décrire l'évolution de carrière de ces salariés jusqu'au jour de la demande,

- il apparaît toutefois qu'à l'exception d'un cas particulier (à savoir celui de M. Bo., qu'il convient d'extraire de l'échantillon comparatif), les seize hommes embauchés par IBM en même temps que Mme B., sur le site de Montpellier et à des niveaux de compétence identiques, sont aujourd'hui tous cadres alors que les quatre femmes, embauchées dans les mêmes conditions, ne le sont pas.

C'est en cet état de la procédure que les parties ont à nouveau comparu (...).

DISCUSSION :

Sur la prescription :

Attendu que l'action intentée par Mme B. s'inscrit dans un cadre indemnitaire pour obtenir réparation d'un préjudice, et qu'elle est soumise à la prescription trentenaire ;

Sur la discrimination :

Attendu que dans son arrêt du 22 mai 2002 la Cour a constaté à partir d'éléments objectifs produits par les parties que

Mme B. promue au coefficient 285 en mars 1986 y était demeurée pendant douze ans, alors que les statistiques de l'entreprise faisaient apparaître que l'ancienneté moyenne dans ce coefficient des hommes était de 4,11 années et qu'ainsi la salariée apportait un élément de faits laissant supposer qu'elle avait été victime de pratiques discriminatoires par rapport aux hommes de l'entreprise, et qu'il appartenait à la SA IBM France de prouver que le déroulement de carrière de Mme B. était justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en raison du sexe ;

Que la Cour a en outre donné à la SA IBM France toute possibilité de rapporter la preuve à sa charge en ordonnant une expertise dans un cadre comparatif correspondant à la situation de Mme B., tenant à son ancienneté, son niveau de compétence à l'engagement, et son déroulement de carrière ;

Attendu que force est de constater que la SA IBM France qui détient tous les éléments de comparaison utiles a refusé de les produire à l'expert, et ne les produit pas devant la Cour se bornant à des pétitions de principes et à la production d'éléments étrangers au débat ;

Attendu que dans ces conditions et eu égard au fait que l'employeur n'établit pas que la situation actuelle de Mme B. par rapport à celles des hommes entrés en même temps qu'elle chez IBM, avec un niveau de compétence égal est étrangère à toute discrimination en raison du sexe, il convient de faire droit à la demande de Mme B., à un double titre d'une part pour taire cesser le trouble illicite résultant de la discrimination en ordonnant à l'employeur de placer Mme B. au statut cadre 2-1, coefficient 114, d'autre part en lui allouant à titre d'indemnité rovisionnelle à valoir sur ses divers chefs de préjudice la somme de 30 000 € ;

Attendu qu'il y a lieu également d'allouer au syndicat CFDT une indemnité provisionnelle d'un montant de 1500 € à valoir sur le préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession ; (...)

PAR CES MOTIFS :

Réformant l'ordonnance déferée,

Condamne la SA IBM France à payer à titre d'indemnité provisionnelle à valoir sur leurs préjudices,

- à Mme B. la somme de 30 000 €,

- au syndicat CFDT de la métallurgie de l'Hérault une somme de 1500 €,

La condamne à classer M. B. au statut cadre 2-1 coefficient 114 à compter du présent arrêt,

Condamne la SA IBM France à payer aux appelants la somme de 2000 € au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

(M. Gerbet, prés. - M^e Ottan, Selafa Barthélémy, av.)