

ÊTRE PARENT : QUELLES CONSÉQUENCES JURIDIQUES POUR LE TRAVAILLEUR ?

I. Les salariés : les privilégiés ?

La situation de la mère après la période de protection légale

par Frédéric GUIOMARD,
Professeur à l'Université Toulouse Capitole, Institut de Droit Privé

PLAN

I. La non-discrimination
et l'égalité de traitement
à l'égard des mères

II. La différenciation

III. La compensation

Comment caractériser la situation de la mère au travail postérieurement à son retour dans l'entreprise à l'issue de son congé de maternité ?

En tant que salariée, la mère pourrait paraître « privilégiée » au regard d'autres catégories professionnelles qui ne bénéficient pas de droits équivalents, tant en ce qui concerne la durée du congé que le montant des prestations en espèces octroyées, ou encore du bénéfice des règles d'égalité de traitement avec les salariés de sexe masculin pour ce qui est de la carrière et de la rémunération. Cette situation, à maints égards plus favorable que celle des mères exerçant un travail indépendant, paraît pourtant éloignée de toute idée de privilège.

De privilège, il ne saurait être évidemment question dans le sens juridique fort qui lui est donné au moment de la Révolution française : le « *privi-lege* » désigne une sorte de droit privé particulier attaché à une condition sociale ou à une fonction (1). Les règles de droit font aujourd'hui obstacle à tout traitement différencié des femmes ou des mères, en dehors de la protection strictement liée à la maternité entendue sous ses aspects biologiques. De privilège, il ne saurait non plus être question dans une acception plus sociologique, la situation sociale des jeunes mères ne paraissant guère avantagée. Nombre d'indicateurs montrent que les conditions d'emploi des femmes, spécialement lorsqu'elles ont des enfants, sont parmi les moins favorables. Cette situation se mesure au regard des taux d'emploi des femmes en âge d'avoir des enfants au regard de celle des hommes : elles sont quatre fois plus nombreuses à occuper un travail à temps partiel (2). Par ailleurs, la distribution des revenus salariaux demeure inégalitaire : les femmes gagnent encore, sur l'ensemble du marché du travail, 17,4 % de moins

que les hommes en équivalent temps plein, écart atteignant 22 % pour les cadres. Les causes de ces inégalités sont multiples, mais l'un des facteurs explicatifs réside dans la condition parentale. Ainsi, le nombre d'enfants pèse lourdement sur les taux d'emploi : 50 % des femmes passent à temps partiel lorsqu'elles ont trois enfants ou plus, dont au moins un de moins de trois ans (3).

Ces quelques indicateurs – sans pouvoir épuiser les réflexions sur les manifestations et les causes des inégalités – montrent que les femmes salariées ne sont en rien des privilégiées au regard de leurs collègues de sexe masculin, et, en outre, toute comparaison de leur situation avec la condition juridique ou sociale des femmes bénéficiant d'un statut non salarial appellerait nombre de nuances en raison de la grande variété des situations ici rencontrées (4).

Face à ces inégalités, les États ont adopté de longue date un ensemble de dispositifs destinés à corriger les inégalités entre les femmes et les hommes, mais le constat est dressé, aujourd'hui,

(1) V. Littré, Dictionnaire de la Langue française V° Privilège : « *Droit, avantage attaché à certaines conditions ou emplois* ».

(2) Les femmes entre 25 et 49 ans sont 28 % à travailler à temps partiel contre 5,7 % pour les hommes. Marc Collet, Laurence Rioux, Scolarité, vie familiale, vie professionnelle, retraite : parcours et inégalités entre femmes et hommes aux différents âges de la vie,

in Insee Références, Femmes et hommes, l'égalité en question, Édition 2017, p.16.

(3) *Id.* 18

(4) V. ci-après les contributions à la journée d'études de I. Desbarats, C. Dupouey-Dehan et D. Gardes.

d'un essoufflement des progrès de l'égalité dans la plupart des pays membres de l'OCDE (5). Il est donc important de mieux cerner les dispositifs en jeu et de s'interroger sur des évolutions qui permettraient de mieux faire face à ces situations.

L'objet de la présente contribution n'est pas de faire un tour d'horizon complet des questions de l'inégalité sexuelle au travail, mais d'appréhender la situation spécifique de la mère occupant un travail salarié, plus précisément celle qui lui est faite en dehors de la période du congé maternité (6). L'étude se rapporte donc à la situation des mères salariées en dehors du statut de protection exceptionnel dont elles disposent dans la maternité et dans ses suites. Un constat s'impose alors : la mère, en dehors de la protection liée à sa condition biologique maternelle (7), n'est l'objet d'aucune règle légale spécifique. Le terme « mère » n'apparaît que de façon occasionnelle dans le Code du travail, souvent en simple regard du père, qu'il s'agisse des droits à congés octroyés en cas de décès des parents (8), des parents d'enfants mineurs mis au travail (9), de l'assistance dans l'action en justice des enfants mineurs devant les conseils de prud'hommes (10) ou des sanctions pénales prononcées contre les parents ayant placé leur enfant « *sous la conduite de vagabonds, de personnes sans moyens de subsistance ou se livrant à la mendicité* » (11).

Les mères salariées ne sont donc que peu présentes dans le Code du travail, dès lors que

l'aspect biologique de la maternité n'est pas en cause, alors que l'inégalité de leur condition mérite d'être interrogée au regard de celle des hommes, tant en raison de la persistance d'une différenciation de la répartition des rôles dans le couple que de celle des fortes inégalités connues dans l'emploi. Le droit ignore-t-il pour autant vraiment cette inégalité ? Il semble, en la matière, connaître une pluralité d'usages, d'objectifs et de contraintes, qui rendent les dispositifs difficiles à évaluer au regard de l'exigence ou de la perspective d'une égalité entre les femmes et les hommes (12).

Le droit semble combiner trois types de dispositions à cet effet. Les premières – les règles de non-discrimination et d'égalité de traitement – tendent d'abord à proscrire toute forme de traitement défavorable à l'égard des femmes en raison de leur situation de mère (I). Les deuxièmes – les règles de différenciation – tendent à tenir compte des inégalités économiques et sociales connues par les femmes et visent à rétablir une forme d'égalité (II). Les dernières – les règles de compensation – tiennent compte de la difficulté de la promotion d'un statut égal pour les femmes et viennent, en conséquence, compenser les désagréments qu'elles subissent (III).

La non-discrimination, la différenciation et la compensation sont ainsi les trois principaux types de normes qui se combinent selon une subtile alchimie, dont l'efficacité doit être évaluée.

I. La non-discrimination et l'égalité de traitement à l'égard des mères

La première série de règles envisagée s'applique à proscrire toute forme de traitement distinct entre les femmes et les hommes. L'une des sources des inégalités subies par les femmes dans le travail provient, en effet, de préjugés sur leur capacité productive (absentéisme, investissement dans le travail, disponibilité temporelle) en tant que mères – ou futures mères – en raison des responsabilités familiales qu'elles

assument. La plupart des règles de non-discrimination vise alors à éradiquer les conséquences de tels préjugés en interdisant toute différence de traitement fondée sur le sexe.

Dès lors que la femme est revenue de son congé maternité et qu'elle a retrouvé son emploi (13), elle perd le « statut protégé » que confère la maternité sous son aspect strictement biologique (14). Aucune

(5) Cf. OCDE, Atteindre l'égalité femmes-hommes. Un combat difficile, 2018, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264203426-fr>

(6) V. sur cette question la contribution de S. Tourneaux, *supra*.

(7) Cette protection de la condition biologique de la mère concerne à la fois la suspension du contrat de travail pendant les périodes de congé liés à la maternité et les dispositions relatives à l'allaitement (art. L.1225-30 et ss. C. trav.).

(8) V. art. L. 3142-1, L3142-4 C. trav.

(9) V. art. L. 4153-5 C. trav.

(10) V. art. L1453-1 C. trav.

(11) V. art. L. 4153-7 et L. 4743-2 C. trav.

(12) Sur les différentes significations de l'égalité, de l'égalité de traitement et de la non-discrimination, v. la riche contribution de J. Porta, Égalité, discrimination, égalité de traitement, RDT 2011, p. 290 et p. 354.

(13) V. art. L. 1225-25 C. trav.

(14) Cette protection de la condition biologique de la maternité est entendue dans un sens particulièrement étroit, en interdisant par exemple que la protection s'étende à des maladies contractées pendant la grossesse, alors pourtant que les hommes n'y sont pas exposés : cf. CJCE 8 novembre 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, *c/ Dansk Arbejdsgiverforening*, Aff. C-179/88, Rec. I – 3994.

distinction fondée sur le sexe ne peut, en principe, être admise, sauf à ce qu'elle puisse rentrer dans la sphère des actions positives ou des mesures compensatrices admises de façon dérogatoire (15). Ces règles n'interdisent en rien d'adopter des règles de traitement spécifiques en raison de la parentalité, mais les mères et les pères doivent alors être traités de façon identique (16).

Ces règles de non-discrimination ne sont donc pas spécifiquement protectrices des femmes. Elles sont garantes de la neutralité des traitements : la femme est, au regard du droit, un homme comme un autre !

Le Code du travail présente aujourd'hui un ensemble de règles permettant la prohibition de ces discriminations fondées sur le sexe. L'article L. 1132-1 prohibe les discriminations dans l'emploi fondées sur le sexe ou la situation de famille, sous la forme à la fois de discrimination directe et indirecte. Non-discrimination et égalité de traitement sont, sur ces questions, les deux faces d'une même pièce : les règles prohibant les discriminations sont complétées par des règles imposant un traitement égal.

L'article L. 1142-1 interdit à ce titre de prendre en compte le sexe ou la situation de famille lors l'embauche ou la rupture du contrat de travail, ainsi que la prise en considération du sexe ou de la grossesse dans toute mesure « *notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation* ».

À n'en point douter, ces dispositions sont le vecteur d'un progrès de l'égalité à l'égard des femmes et des mères au travail depuis plus de trente ans. Elles permettent, en effet, non seulement de lutter contre des formes ouvertes de discriminations, mais aussi contre des dimensions plus complexes des inégalités. En particulier, l'intégration de la notion de discrimination indirecte, qui permet de proscrire « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner (...) un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* » (17). Ces dispositions, qui

sont accompagnées d'un aménagement des règles d'administration de la preuve, permettant d'engager des contentieux contre les inégalités de carrière subies par les femmes, en particulier lorsqu'elles ont des enfants. Elles autorisent ainsi des contestations fondées sur la production de panels statistiques attestant des inégalités de traitement subies par les femmes dans le déroulement de leur carrière, une figure qui n'a rien de rare dans les entreprises. Pourtant, le passage de la théorie à la pratique contentieuse montre que nombre d'écueils se dressent à l'encontre de ces actions en justice. Deux exemples récents permettent de l'illustrer.

Une première affaire, jugée par la Cour d'appel de Paris le 6 juillet 2017 (18), concernait une salariée du groupe Safran qui avait produit des statistiques faisant valoir une différence de traitement : son salaire était inférieur de 600 € à celui des hommes placés dans une classification comparable, et le délai du passage d'un échelon à un autre avait mis 17 ans pour elle, alors qu'il était, pour eux, compris entre 2 et 8 ans. À l'appui de sa demande, la salariée avait produit les statistiques du rapport relatif à la situation comparée des hommes et des femmes, ainsi que l'avis de la commission « Égalité » de son entreprise, qui s'émouvait du peu de mesures concrètes en faveur de l'égalité. Mais ces preuves ne sont pas suffisamment solides selon la Cour d'appel de Paris : l'employeur pouvait, de son côté, se prévaloir de données plus précises en se fondant sur les « *postes occupés par les salariés et de leur positionnement spécifique* », la comparaison exigeant une « *situation professionnelle similaire* ». L'employeur semble avoir ainsi objectivement justifié la différence invoquée.

La seconde affaire concerne une salariée travaillant dans le domaine de la finance. Revenue dans l'entreprise après un congé maternité, la salariée connaît une diminution sensible de sa rémunération car ses collègues ont repris une partie de son portefeuille de clientèle. La salariée prend acte de la rupture et quitte l'entreprise. La Cour de cassation, dans une décision du 28 septembre 2016 (19), avait estimé que le retrait d'une partie de la clientèle pouvait laisser supposer l'existence d'une discrimination, laissant à la cour de renvoi le soin d'estimer si l'employeur apportait les justifications suffisantes. La Cour d'appel de Paris, sur

(15) V. *infra* II et III.

(16) V. Cass. Soc. 27 févr. 1991, n° 90-42.239, Bull. civ. V, n° 101 (caractère discriminatoire de l'attribution d'une prime de crèche aux seules mères de famille employées par les organismes de Sécurité sociale, cette prime devant bénéficier aussi aux hommes remplissant les mêmes conditions) ; Cass. Soc. 8 oct. 1996, n° 92-42.291, Bull. civ. V, n° 311 (caractère discriminatoire de la prime de naissance ou d'adoption réservée aux seules mères, la mesure n'étant pas destinée à protéger la grossesse ou la maternité ou l'égalité des chances entre hommes et femmes).

(17) Définition issue de l'article 2 de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), transposée en France dans l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

(18) CA Paris, P. 6 - Ch. 5, 6 juill. 2017, n° 15/133.63.

(19) Cass. Soc. 28 sept. 2016, n° 14-26.387, Inédit.

renvoi, déboute la salariée, estimant qu'elle n'avait repris que progressivement en charge l'ensemble de sa clientèle, ce qui pouvait justifier une différence de traitement (20). L'hypothèse n'est-elle pourtant pas un exemple typique de discrimination indirecte, les pertes de clientèle pour absence de longue durée affectant en majorité les femmes enceintes ? La question mériterait d'être posée, y compris à la Cour de justice de l'Union Européenne.

Au-delà de l'aspect anecdotique des espèces présentées, ces différentes affaires illustrent de façon topique la difficulté auxquelles s'exposent les victimes de discriminations souhaitant porter leur affaire en justice, soit que les juges se montrent peu réceptifs aux différentes dimensions de l'égalité, soit que les

preuves disponibles pour les salariées se révèlent insuffisantes pour établir une discrimination, même indirecte.

D'un point de vue plus politique, il apparaît que ces règles d'égalité de traitement emportent le plus souvent une conception formelle de l'égalité : il s'agit de garantir l'application des mêmes dispositions aux salariés des deux sexes (même si la notion de discrimination indirecte permet d'aller un peu au-delà). Cette perception s'oppose à une conception plus concrète de l'égalité, qui tiendrait compte des inégalités sociales subies par les femmes dans la sphère domestique et économique. Celle-ci ne peut être prise en compte que dans d'étroites limites, par des mesures de différenciation ou de compensation.

II. La différenciation

La lutte contre les discriminations étant, pour le moins, longue à porter ses fruits, le droit a admis, à côté des règles d'égalité de traitement, d'autres règles, qui, tout à l'opposé, sont fondées non pas sur un traitement égal, mais sur un traitement différencié, l'application de règles particulières permettant de remédier aux inégalités de fait rencontrées par les personnes atteintes par les discriminations.

Comme le note l'une des spécialistes les plus reconnues du droit des discriminations, Sandra Fredman, « l'égalité de traitement peut mener, dans les faits, à l'inégalité, tandis que l'inégalité de traitement peut être nécessaire pour parvenir à l'égalité » (21).

Outre la question classique de la légalité de ce genre de mesures au regard du droit national et européen, ces mesures posent une question essentielle de ciblage des bénéficiaires. De telles mesures ne peuvent, en effet, se justifier que lorsqu'elles permettent d'atteindre avec précision les personnes en situation d'inégalité. En dépit des fortes inégalités connues par les mères, celles-ci ne sont que très exceptionnellement visées en tant que telles par ces règles. Les raisons en sont multiples, qu'il s'agisse de la connotation paternaliste, des inquiétudes à l'égard des effets produits par ce genre de mesures ou encore des relents vichystes que ne manquerait d'évoquer, en France, une politique spécifiquement ciblée sur les mères de famille. Traditionnellement,

la mise en place de traitements différenciés à l'égard des femmes ou des mères est strictement cantonnée aux femmes enceintes, toute autre forme de différenciation apparaissant comme une atteinte au principe d'égalité.

Les évolutions en la matière semblent provenir du droit européen. À l'origine, ce dernier était lui-même peu réceptif aux mesures spécifiques en direction des femmes. Dans l'arrêt *Commission c/ France* (22), la France avait ainsi été condamnée, en 1988, pour avoir laissé subsister dans son droit des dispositions spécifiques à destination des femmes dans les conventions collectives. La Cour affirmait alors que seules la grossesse et la maternité peuvent justifier l'octroi de traitements différenciés au profit des femmes. Par la suite, elle revint sur sa position sur le terrain des priorités d'embauche des femmes lorsqu'elles sont sous-représentées. Après son arrêt *Kalanke*, qui refusait tout système de quota sous forme d'une priorité absolue et inconditionnelle (23), elle assouplit sa position en admettant que des priorités d'embauche en faveur des femmes sont admissibles lorsque, à qualifications égales, elles garantissent aux femmes sous-représentées dans les emplois considérés d'être convoquées aux entretiens d'embauche (24). De même, dans l'arrêt *Marshall*, elle admettait que puisse être donné priorité aux candidats à qualifications et compétences égales (25). Suite à ces évolu-

(20) CA Paris, 19 déc. 2017, n° 17/00.631.

(21) S. Fredman, *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2^{ème} éd., 2010, p. 2.

(22) CJCE 25 oct. 1988, *Commission des Communautés européennes c. République française*, Rec. 1988, pp. 6315.

(23) CJCE 17 oct. 1995, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, Rec. 1995, p. 1-3051.

(24) CJCE 28 mars 2000, *Georg Badeck e.a.*, en présence de Hessische Ministerpräsident et Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Affaire C-158/97, Rec. p. I. 1875.

(25) CJCE 11 nov. 1997, *Hellmut Marshall c. Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-409/95, Rec. 1997, I-6363.

tions, le Traité d'Amsterdam (26) a fait une place aux mesures conférant des « avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle » afin d'assurer « concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle ». Ce principe est également inscrit dans le considérant n° 22 de la directive « Refonte » du 5 juillet 2006 (27). Ces textes semblent davantage attachés à promouvoir une égalité des chances qu'une égalité de résultats, comme le note Sophie Robin-Olivier (28).

La plupart des décisions rendues sur ce terrain concernent la question de l'accès à l'emploi des femmes. Dès 1991, l'arrêt *Stoeckel* (29) avait permis de tracer les limites de la mise en place de mesures spécifiques à destination des femmes : celles-ci ne peuvent être admises qu'à la condition de ne pas entraver l'accès des femmes au marché du travail. Pour ce qui est des conditions d'emploi, la Cour de justice a pu préciser que celles-ci ne sauraient avoir pour effet de perpétuer une représentation traditionnelle du rôle social des femmes : un congé parental réservé aux seules mères est ainsi incompatible avec les règles d'égalité (30). L'attention portée aux actions positives a toutefois conduit la Cour à admettre, par dérogation au principe d'égalité, des mesures spécifiques, tel que l'accès prioritaire des femmes à une crèche d'entreprise, dès lors que celles-ci sont sous-représentées (31). Ces différentes décisions montrent que des mesures spécifiques en direction des femmes ou des mères ne sont admises que dans de strictes limites, la Cour de justice veillant rigoureusement au respect du caractère justifié et proportionné de ces règles à l'égard du principe d'égalité.

En France, la mise en œuvre de ces mesures spécifiques en direction des femmes semble relativement rare, en raisons aussi bien de la complexité de ce cadre juridique que du poids reconnu au principe d'égalité. La rareté des décisions de justice atteste, sans doute, du peu de mesures adoptées en pratique. L'une d'elles en la matière concerne la licéité d'un accord collectif octroyant une-demi journée de congé aux salariées de sexe féminin à l'occasion de la journée internationale du droit des femmes (32). La Chambre sociale affirme

qu'un accord collectif « peut prévoir au seul bénéfice des salariées de sexe féminin une demi-journée de repos à l'occasion de la journée internationale pour les droits des femmes, dès lors que cette mesure vise à établir l'égalité des chances entre les hommes et les femmes en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ».

Cet arrêt permet de réfléchir au rôle confié aux accords collectifs dans la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes. Comme toute norme, l'accord collectif ne saurait, en principe, opérer de différenciation entre les femmes et les hommes, sauf pour ce qui est des questions liées à la grossesse et à la maternité (art. L. 1142-3). Toutefois, la promotion de l'égalité professionnelle autorise, par dérogation, des « mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes, visant à établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes » (art. L. 1142-4). Selon ce texte, trois sources peuvent instituer ces mesures : des dispositions réglementaires, des conventions de branche ou les plans pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. L'arrêt précité du 12 juillet 2017 semble considérer que cette liste n'est pas limitative, en donnant force à un accord collectif d'entreprise ordinaire. Mais quelle est la place de ces mesures temporaires ? Les principes dégagés par le droit européen doivent pleinement s'appliquer : ces mesures ne doivent ni conduire à écarter les femmes de l'accès au marché du travail, ni refléter un stéréotype quant aux attributions traditionnellement confiées aux femmes. Si des mesures temporaires spécifiquement destinées aux femmes sont possibles, la pratique en paraît cependant rare. Les accords ou plans pour l'égalité professionnelle semblent plutôt privilégier, outre des déclarations d'intention, des mesures à destination des parents sans distinction de sexe, ou des dispositions générales en direction de la qualité de vie au travail. Le droit incite vigoureusement l'employeur à adopter ces mesures en faveur de l'égalité. L'article L. 1143-1 impose, en effet, à la fois une négociation collective obligatoire sur ce terrain (33) et la conclusion, par voie négociée ou unilatérale, à défaut, d'un plan pour l'égalité professionnelle. Ces plans sont ensuite transmis à l'adminis-

(26) Art. 157 TFUE actuel.

(27) Directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), considérant n° 22.

(28) S. Robin-Olivier, Manuel de droit européen du travail, Bruylant, 2016, p. 260.

(29) CJCE 25 juill. 1991, aff. C-345/89, *Stoeckel*, Rec. 1991 I-04047.

(30) CJUE 30 sept. 2010, aff. C-104/09, *Pedro Manuel Roca Álvarez c. Sesa Start España ETT SA*, RDS 2012. 1041, obs. D. Tharaud.

(31) CJUE 19 mars 2002, aff. C-476/99, *H. Lommersc. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*.

(32) Cass. Soc. 12 juill. 2017, D. 2017. 1475 et 1600, obs. D. Roman, Dr. Soc. 2017. 840, avis R. Weissmann.

(33) V. art. L. 2242-1 C. trav. sur l'obligation de négocier sur l'égalité, imposée tous les ans à défaut d'accord ou au minimum tous les quatre ans en cas d'accord (L. 2242-13).

tration du travail qui est chargée d'en contrôler l'existence, sans véritablement pouvoir en contrôler la teneur. L'obligation d'élaborer un plan pour l'égalité professionnelle est rigoureusement sanctionnée : faute de disposer d'un tel plan (négocié ou élaboré unilatéralement, à défaut), l'entreprise doit verser une pénalité de 1 % de sa masse salariale (art. L. 2242-8).

Ces dispositions sont-elles susceptibles d'améliorer concrètement la situation des mères ? La question appelle une réponse nuancée. L'apport de ces règles ne saurait être nié : le droit incite les entreprises à adopter des règles destinées à remédier aux inégalités sexuelles, au besoin par le biais de traitements différenciés. Ces procédures sont également l'occasion de la constitution et de la diffusion d'informations relatives aux inégalités dans l'entreprise. Les faiblesses tenant à ces mécanismes sont, pour autant, clairement perceptibles. Celles-ci proviennent, d'abord, de la grande imprécision des objectifs donnés à ces actions de lutte contre les inégalités, en particulier de la place qui peut être conférée aux

mesures spécifiques en direction des femmes. Elles tiennent, ensuite, au caractère excessivement souple des instruments qui permettent de mettre en œuvre ces mesures, que l'expression « plan », à la valeur juridique très incertaine, reflète parfaitement (34). Elles découlent, enfin, de l'absence de tout véritable contrôle juridictionnel de la teneur des actes adoptés, le contrôle administratif n'étant que formel. Il est alors compréhensible que certaines décisions des juges du fond n'octroient que peu de crédit à de tels instruments dans la lutte contre les discriminations (35). Plus encore, les recherches menées sur le contenu des plans unilatéraux ou des accords collectifs en faveur de l'égalité en montrent la relative pauvreté : le thème paraît davantage relever d'un affichage que d'un véritablement engagement à lutter contre les inégalités professionnelles (36).

Les actions menées ne permettant pas d'éliminer les inégalités professionnelles, le droit laisse une place résiduelle à un troisième type de normes, celles qui permettent la compensation des inégalités subies.

III. La compensation

Faute de parvenir à traiter de façon égale ou de promouvoir des mesures spécifiques qui permettent de rétablir l'égalité, la dernière piste ouverte par le droit est celle de la réparation ou de la compensation des inégalités subies. Celles-ci sont envisagées sous la forme de droits sociaux ouverts au moment du départ à la retraite du salarié (37). Le droit ne donne qu'une place limitée à de tels dispositifs, dont l'inconvénient évident est de laisser perdurer les inégalités existantes. De telles mesures ne peuvent donc être envisagées que pour remédier *a posteriori*, et de façon temporaire, à des situations concernant des périodes passées pour lesquelles le droit n'a pas permis de corriger ces inégalités, faute de règles ou d'une efficacité suffisante. Le constat actuel de la persistance des inégalités de fait entre les femmes et les hommes, malgré le déploiement des règles déjà

présentées, ne peut que plaider pour le maintien de ces règles de compensation sur un horizon temporel relativement long : le temporaire est parfois appelé à durer !

L'exemple bien connu, à s'en tenir au régime général de la Sécurité sociale, est celui des majorations des durées d'assurance, qui permettent d'octroyer aux femmes, depuis 1972, des avantages en matières de retraite lorsqu'elles ont élevé au moins trois enfants (38). La question s'est depuis posée de savoir si l'interdiction des discriminations entre les femmes et les hommes devait conduire à octroyer cette prime aux hommes, et donc à supprimer la compensation spécifiquement accordée aux femmes.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 14 août 2003 à l'occasion de la révision des condi-

(34) v. S. Neuville, *Le plan en droit privé*, LGDJ, 1998.

(35) V. CA Lyon, Ch. soc. B, 2 Juin 2017, n° 16/000.50, qui relève la persistance de comportements peu respectueux de l'égalité « *en dépit du fait que l'entreprise s'enorgueillisse d'avoir mis en place (à la même époque et suite à l'insistance des organes représentatifs des salariés, il est vrai...) un plan pour l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes* ».

(36) Cf. G. Santoro, *L'articulation des temps de vie par la négociation collective sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*, Dr. Soc. 2017. 160 ; v. aussi l'enquête menée par le réseau MAGE pour la DARES, *L'égalité professionnelle est-elle négociable ? Enquête sur la qualité et la mise en œuvre d'accords et de plans égalité femmes-hommes*, <http://dares.travail-emploi.gouv.fr/dares-etudes-et-statistiques/>

[colloques-et-appels-a-projets/manifestations-et-colloques/a-venir/article/l-egalite-professionnelle-est-elle-negociable-enquete-sur-la-qualite-et-la-mise](http://dares.travail-emploi.gouv.fr/dares-etudes-et-statistiques/colloques-et-appels-a-projets/manifestations-et-colloques/a-venir/article/l-egalite-professionnelle-est-elle-negociable-enquete-sur-la-qualite-et-la-mise)

(37) Certains dispositifs dans l'emploi présentent parfois l'octroi d'avantages comme une forme de compensation aux désavantages subis dans l'emploi, v. Cass. Soc. 8 oct. 1996, n° 92-42.291, Bull. civ. V, n° 311, cité *supra*, concernant l'octroi d'une prime de crèche aux seules mères, mais cette désignation n'est pas adéquate : il s'agit ici d'avantages différenciés créés par voie d'accord collectifs.

(38) Art. L. 351-4 CSS ; les majorations pour enfants (bonifications) des pensions pour les parents ayant élevé au moins trois enfants (CSS, Art. L. 351-12 et R. 351-30), créées dans un but nataliste, s'appliquent depuis 1945 aux deux parents.

tions d'octroi de ces avantages, avait admis la possibilité de ces mesures, en indiquant que les inégalités dont les femmes ont fait l'objet sur le marché du travail pouvaient justifier de compenser les inégalités subies au moyen de ces avantages de retraite (39). Mais les contentieux menés devant les juridictions européennes par les pères ont conduit à une évolution de ces règles. La Cour de justice de l'Union européenne, dans l'arrêt *Griesmar*, avait d'abord condamné la majoration des pensions de retraite des seules fonctionnaires de sexe féminin dès lors que l'avantage est lié à l'éducation des enfants et non à la maternité *stricto sensu* (40). La Cour de cassation adopta ensuite une position voisine s'agissant des majorations prévues par le régime général, estimant qu'elles ne pouvaient être réservées aux seules mères (41). La loi du 9 novembre 2010 devait alors réformer l'article L.351-4 afin de le rendre compatible avec les exigences européennes. Le texte octroie désormais quatre trimestres à la seule mère, destinées à compenser l'incidence sur la vie professionnelle de la maternité, et quatre autres trimestres liés à l'éducation des enfants, qui peuvent être répartis entre les deux parents. Ce sont les parents qui sont appelés à choisir eux-mêmes le bénéficiaire ou à répartir entre eux les droits, l'absence de choix valant désignation implicite de la mère comme bénéficiaire.

Cette évolution montre l'ambiguïté des effets du droit à l'égalité. Les mécanismes destinés à compenser les désavantages subis au cours de leur carrière par les femmes sont rognés de manière significative au nom de l'égalité. Sans nier la nécessité de la reconnaissance de droits parentaux égalitaires, il apparaît que ces évolutions conduisent à reproduire les inégalités entre les femmes et les hommes au moment de la liquidation des pensions de retraite : impuissant à corriger les inégalités subies par les mères dans leur carrière, le droit limite désormais aussi les compensations qui peuvent leur être octroyées.

* * * *

Il apparaît au total que le droit français reste, au regard des inégalités subies par les femmes, et plus particulièrement par les mères, dans une situation inachevée. Sous l'influence du droit de l'Union européenne, il a beaucoup évolué en supprimant nombre de règles à l'origine de discriminations ou d'inégalités de traitement entre les femmes et

les hommes. Ces évolutions paraissent cependant insuffisantes au regard des différences qui trouvent leur origine dans une répartition sociale des rôles parentaux, ou des représentations qui persistent en la matière. Sans interdire les mesures de différenciation, ni les compensations *a posteriori*, le droit se montre insuffisamment efficace pour combattre ces formes d'inégalité.

Peut-on imaginer de réformer les règles pour parvenir à une situation meilleure ? Diverses pistes mériteraient d'être explorées. La première serait d'ordre conceptuel : sans renier le principe fondateur d'égalité de traitement, le droit se devrait de mieux assumer et de mieux définir la place, au-delà de la question de la maternité, de règles légales ou conventionnelles permettant de tenir compte de la situation spécifique des femmes et des mères dans l'emploi. Une telle évolution doit se nourrir d'un progrès dans la connaissance des inégalités, permettant de mieux diagnostiquer ces inégalités pour leur apporter des corrections adaptées. La nécessité d'une analyse fine des situations par branche et par entreprise devrait conduire, en la matière, à donner une place importante à la négociation collective. À cet effet, il paraît souhaitable de raffermir l'obligation de négocier sur l'égalité professionnelle, en renforçant le contrôle sur le contenu des accords, afin que ceux-ci ne soient pas que de façade. Le projet de la seule détermination d'un indicateur chiffré, proposé par le projet de loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel, semble, à ce titre, insuffisant (42). Il serait enfin heureux de mieux articuler les mesures de lutte contre les discriminations et celles relatives à l'égalité professionnelle. L'absence de prise en compte des questions d'inégalité dans l'entreprise devrait être un indice de l'existence de discriminations, tandis que la définition de véritables engagements devrait compter comme une forme possible de justification des différences. À rebours d'une approche formelle des inégalités réduisant le débat sur les discriminations à une question de charge de la preuve (43), la jurisprudence devrait, enfin, se montrer exigeante à l'égard des entreprises dans la démonstration de la prise en compte du principe d'égalité de traitement, à travers la définition d'instruments de mesure des inégalité et de mesures correctrices adaptées.

Frédéric Guiomard

(39) Déc. n°2003-483 DC du 14 août 2003.

(40) CJUE 29 nov. 2001, *Joseph Griesmar c. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation*, Rec. 2001.I.09383 ; v. également CE 29 juill. 2002, 141.112.

(41) Cass. Civ. 21 déc. 2006, Dr. Soc. 2007, p. 319, n. J. Ph. Lhernould et D. Martin.

(42) Projet de loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel, présenté en Conseil des ministres le 27 avr. 2018, art. 62.

(43) V. en dernier lieu Cass. Soc. 4 avr. 2018, n°16-27.703, à paraître au Bulletin.