

# Les méandres législatifs de la lutte contre les discriminations sexistes au travail <sup>(1)</sup>

par Franck PETIT, Professeur à l'université d'Aix-Marseille

## PLAN

### I. La lutte contre les discriminations sexistes dans les relations individuelles de travail

- A. Les actions en justice pour combattre la discrimination sexuelle
- B. Une répartition tripartite de la charge de la preuve entre le demandeur, le défendeur et le juge
- C. Un arsenal de sanctions civiles et pénales

### II. La lutte contre les discriminations sexistes dans les relations collectives de travail

- A. La réduction des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes
- B. La mise en place de discriminations positives au profit des femmes

**Annoncé par l'article 427 du Traité de Versailles (1919), le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes a d'abord été l'objet de la Convention n° 100 de l'OIT (2), avant d'être consacré par l'art. 119 du Traité de Rome (actuel art. 157 TFUE) (3). Il a été relayé par de nombreuses directives communautaires – notamment celle du 10 fév. 1976 relative à l'égalité des rémunérations, refondue dans celle du 5 juillet 2006 (4) - et, du côté français, par la loi n° 72-1143 du 22 décembre 1972, qui a inscrit dans le Code du travail le principe selon lequel « 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 » (5). Complétée par la loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes – dite loi « Roudy » (6) -, cette règle avait trouvé sa place dans un chapitre sur « L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes », qui constitue encore aujourd'hui un premier bloc de règles opérationnelles.**

## Premier bloc de règles : l'égalité de rémunération

Le législateur a prévu qu'une disposition fixant une rémunération inférieure à celle d'un travailleur de l'autre sexe pour un même travail ou un travail de valeur égale est « nulle de plein droit », la rémunération la plus élevée lui étant préférée (7). Il serait faux, d'ailleurs, de croire que cette législation protège uniquement les femmes : il a été jugé, par exemple, qu'une convention collective ne pouvait réserver le bénéfice d'une prime de crèche aux seules femmes (8). Mais rien ne s'oppose à ce qu'elle institue une prime pour compenser les charges de la maternité (9). Il s'agit là d'une différence de traitement autorisée par la loi (10).

(1) Ce texte est la version écrite d'une intervention lors du colloque organisé par l'ISSTO de Rennes sur l'égalité Femmes/Hommes le 21 novembre 2019.

(2) Art. 2.1 de la Convention n° 100 (1951) de l'OIT : Chaque Membre devra, par des moyens adaptés aux méthodes en vigueur pour la fixation des taux de rémunération, encourager et, dans la mesure où ceci est compatible avec lesdites méthodes, assurer l'application à tous les travailleurs du principe de l'égalité de rémunération entre la main-d'oeuvre masculine et la main-d'oeuvre féminine pour un travail de valeur égale.

(3) Art. 141 nouveau, issu du traité d'Amsterdam.

(4) 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 ; v. aussi la directive 2019/1158 du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants.

(5) Trois ouvrages font particulièrement autorité dans le domaine de la lutte contre les discriminations au travail, en particulier lorsqu'elles sont de caractère sexiste : M. Miné, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Coll. Paradigme, Larcier, 2016 ; C. Radé, *Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise*, Coll. Droit Vivant, Liaisons, 2011 ; S. Séreno, *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, Coll. CDS, PUAM, 2017.

V. aussi les écrits de M. Mercat-Bruns sur la discrimination « systémique », en particulier : *Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline du droit privé ?*, Recueil Dalloz 2017, p.224 ; *La discrimination systémique : peut-on repenser les*

*outils de la non-discrimination en Europe ?*, La revue des droits de l'homme, 14/2018 ; M. Mercat-Bruns, D. B. Oppenheimer, C. Sartorius, *Comparative Perspectives on the Enforcement and Effectiveness of Antidiscrimination Law*, Ed. Springer, 2018 ; M. Mercat-Bruns, L. Cluzel-Metayer, *Discriminations dans l'emploi - Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La Documentation Française, Coll. Etudes et Recherches, 2011 ; M. Mercat-Bruns, J. Pérelman, *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre du principe de non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, Rapport de recherche, École de droit de Sciences Po, 2016.

Enfin, sur les « discriminations collectives », on lira aussi avec grand profit le rapport rédigé par Mme Laurence Pécaut-Rivolier à la demande du Ministère du travail, du Ministère de la justice et du Ministère des droits des femmes : *Rapport sur les discriminations collectives en entreprise - Lutter contre les discriminations au travail, un défi collectif*, 2013 (accessible sur internet). V. enfin B. Bossu (sous la dir.), *Discrimination et égalité de traitement en droit du travail*, Coll. Colloques et Opinions, Ed. Hélinia, 2013.

(6) Art. L. 1142-1 et s. C. trav.

(7) Art. L. 3221-7 C. trav.

(8) Soc., 27 fév. 1991, n° 90-42239 ; Bull. V, n° 101.

(9) Soc., 21 mars 2000, n° 98-45485 et 98-45490 ; Dr. soc. 2000, p. 645, obs. C. Radé ; v. aussi à propos d'un congé réservé à la femme qui élève elle-même son enfant : Cass. soc. 21 septembre 2017, n° 16-16246.

(10) C. trav., art. L. 1142-3 et art. L. 1225-26.

## Deuxième bloc de règles : l'égalité professionnelle

Un deuxième bloc de règles a vu le jour pour couvrir l'ensemble de la relation contractuelle de travail. L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes n'est pas seulement une exigence concernant la fixation du salaire. Elle a vu son champ d'application élargi à toutes les étapes de la vie d'un contrat de travail, en commençant au recrutement (11), en se poursuivant en cours de l'exécution du contrat (12) et en s'achevant au moment de la rupture du contrat.

## Troisième bloc de règles : le principe de non-discrimination

La prohibition des discriminations n'est qu'un aspect du principe d'égalité. Elle interdit à l'employeur de prendre en considération les traits distinctifs de la personne dans les mesures de gestion du personnel. Cette prohibition pourrait s'inscrire dans le cadre d'un principe général du droit : elle aurait alors vocation à s'appliquer dès lors que l'employeur se prononce, dans la relation individuelle de travail, au regard d'éléments qui sont étrangers à l'aptitude professionnelle des intéressés. Mais il faut admettre que le droit du travail en décide autrement, puisque le Code du travail prévoit toujours une liste limitative - il est vrai sans cesse enrichie - des motifs de discriminations qui ne peuvent être pris en compte par l'employeur dans les différentes mesures qu'il est amené à prendre à l'égard de son personnel. Plusieurs motifs de discriminations visés par l'art. L.1132-1 C. trav. peuvent être mobilisés pour servir la lutte des discriminations sexistes : sans se limiter au sexe - qui a été un des premiers critères référencés -, on citera également la situation de grossesse, l'orientation sexuelle, l'identité de genre et l'apparence physique.

## Quatrième bloc de règles : la prohibition d'agissements

Issue de la loi n°92-1179 du 2 nov. 1992, la définition du harcèlement sexuel a été plusieurs fois modifiée (13). L'article L. 1153-1 C. trav. englobe dans

cette notion les « propos ou comportements à connotation sexuelle répétés » qui soit portent atteinte à la dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à l'encontre de la victime « une situation intimidante, hostile ou offensante ». Le même texte assimile au harcèlement sexuel « toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers ». La généralité des termes employés renvoie ici aussi bien aux actes juridiques qu'aux faits et comportements. La notion de harcèlement sexuel a été complétée de celle d'agissement sexiste (14) - issue de la loi n°2015-994 du 17 août 2015 -, dont toute femme doit être épargnée dans sa vie au travail.

## Une floraison de sanctions civiles et pénales

Sur le plan contentieux, l'arsenal des sanctions civiles, qui va de l'octroi de dommages-intérêts à la nullité, s'est renforcé de sanctions pénales.

Par ailleurs, sur le plan probatoire, le principe d'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes prévu par les art. L.3221-1 et s. renvoie au dispositif d'aménagement de la charge de la preuve visé par l'art. 1144-1 C. trav., qui est identique aux dispositifs de l'article L.1134-1 pour les discriminations sexuelles et de l'article L.1154-1 pour le harcèlement sexuel.

Ces facilités accordées au demandeur distinguent trois temps dans le processus d'administration des preuves (15) : le salarié peut d'abord se contenter de faire état devant le juge des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ; dès lors que ses éléments sont suffisants, il revient ensuite à la partie défenderesse de prouver que sa décision repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; il incombe enfin au juge de former sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

(11) Art. L.1142-1 C. trav., 1° et 2°

(12) Art. L.1142-1 C. trav., 3° : nul ne peut « prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation ».

(13) Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002, dite de modernisation sociale ; loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

(14) Art. L.1142-2-1 C. trav. : « Nul ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

(15) Il faut noter qu'avant cet aménagement légal de la preuve, la Cour de cassation avait elle-même tenté de rééquilibrer la charge de la preuve, l'employeur devant prouver qu'une

inégalité de traitement reposait sur un critère objectif tenant à la différence du travail fourni (Soc. 26 nov. 2002, Bull. V n°354). Un arrêt rendu le 15 nov. 2006 confirme cette jurisprudence, en la faisant directement découler de l'application d'un texte de droit commun, l'art. 1315 C. civ. : « Qu'en application de l'article 1315 du code civil, s'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe « à travail égal, salaire égal » de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence » ; mais cette nouvelle répartition de la charge de la preuve ne dispense pas le salarié de prouver l'existence des circonstances justifiant le respect du principe « à travail égal, salaire égal » : en l'espèce, le salarié ne rapportait pas la preuve qu'il exerçait, pendant la période concernée par la demande de rappel de salaire, les mêmes responsabilités de cadre et de chef d'agence que les collègues avec lesquels il se comparait.

Toutes ces interventions du législateur se sont finalement révélées insuffisantes pour assurer une égalité réelle entre les femmes et les hommes. C'est pourquoi les pouvoirs publics ont changé leur fusil d'épaule en engageant des actions non plus inscrites dans le champ des relations individuelles du travail, mais dans celui des relations collectives.

Cette nouvelle direction s'explique par les limites du principe d'égalité de rémunération. Si les bénéfices de son application sont considérables, il n'a jamais été de nature à interdire l'individualisation des salaires. La revalorisation du salaire de tel ou tel individu relève du pouvoir de gestion de l'employeur, lequel a la possibilité de récompenser les salariés en fonction de leur performance personnelle. Ainsi, celle qui ne bénéficie pas de la même augmentation que son voisin - ou qui en est privée - peut échouer dans sa recherche d'une discrimination, si cette différence de traitement se justifie par les seules compétences particulières des salariés récompensés. Cette mise à l'écart n'est donc pas une mesure prohibée.

C'est à partir de ce constat qu'est née la politique de réduction des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, initiée par la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 et actuellement poursuivie au moyen de la technique de l'index prévu par le décret n° 2019-15 du 8 janvier 2019.

## Cinquième bloc de règles : la politique de réduction des écarts de rémunération et les sanctions financières

Les augmentations et les promotions individuelles interfèrent désormais du point de vue collectif dans le constat d'une inégalité entre les genres. L'objectif poursuivi n'est pas de montrer que des mesures favorisant la population masculine sont non avenues. Le but recherché est seulement, à partir du **constat d'un déséquilibre manifeste** entre les mesures bénéficiant aux femmes et aux hommes, **d'alerter l'entreprise des écarts observés en vue de les corriger**. La sanction ne se place plus sur le terrain de la discrimination sexiste, par nature illicite. Elle interviendra sur le plan financier, si les entreprises ne prennent pas les mesures suffisantes pour réduire ces différences.

On verra donc que la lutte contre les discriminations sexistes, qui s'est d'abord dotée d'un arsenal juridique conséquent pour réguler les relations individuelles de travail (I), a gagné en efficacité en abordant la question du point de vue des relations collectives du travail (II).

## I. La lutte contre les discriminations sexistes dans les relations individuelles de travail

La proclamation d'un principe d'égalité entre les femmes et les hommes n'a pas suffi en tant que telle pour obtenir des résultats concrets. Rapidement, la lutte contre les discriminations sexistes s'est orientée sur le terrain judiciaire (A), en vue d'obtenir des dommages-intérêts, la nullité des mesures litigieuses - voire la modification de dispositions normatives qui justifiaient l'inégalité (16) -, ainsi que la condamnation pénale des responsables (C). Mais puisqu'il est difficile dans les faits de faire valoir l'existence d'une discrimination, le législateur a également aménagé en la matière le régime d'administration de la preuve (B).

### A. Les actions en justice pour combattre la discrimination sexiste

La victime d'une discrimination sexiste peut choisir d'agir elle-même pour obtenir réparation du préjudice subi. Rien n'empêche un syndicat d'intervenir à l'ins-

tance en vue d'obtenir réparation du préjudice causé à la profession (17) du fait de l'agissement sexiste.

Mais elle peut, pour différentes raisons, hésiter à agir à titre personnel, surtout si elle est encore dans l'entreprise. L'initiative de l'action en justice peut alors revenir à d'autres acteurs, élus du personnel, syndicats ou associations.

Par exemple, la loi n° 2001-1066 du 16 nov. 2001 a élargi de domaine de la procédure d'alerte alors reconnue aux seuls délégués du personnels en cas d'atteinte aux droits fondamentaux des personnes - en permettant sa mise en oeuvre à l'occasion d'une mesure discriminatoire, non plus seulement en matière d'atteinte « aux droits des personnes ou libertés individuelles ». Cette procédure d'alerte est désormais entre les mains des élus de la délégation du personnel au comité social et économique (18).

(16) Le travail de nuit des femmes avait été interdit en 1882. Mais plus de 100 ans après, il a été rétabli par la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001, à l'image de celui des hommes, par application du principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes. Cette

loi a permis de mettre notre législation en conformité avec la directive n° 76/207/CE du 9 février 1976.

(17) Art. L. 2132-3 C. trav.

(18) Art. L. 2312-59 C. trav.

Cette même loi a également créé deux nouvelles actions de substitution visant à combattre les discriminations, la première au profit des organisations syndicales représentatives au niveau national, au niveau départemental ou dans l'entreprise (19), la seconde au profit des associations de lutte contre les discriminations régulièrement constituées depuis 5 ans au moins :

1. L'action de substitution que peuvent exercer les syndicats - sans mandat de la part de l'intéressé - concerne non pas seulement les salariés déjà embauchés mais également les candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise. Les individus concernés doivent avoir été avertis par écrit de l'exercice de cette action et ne doivent pas s'y être opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale leur a notifié son intention. Ils peuvent toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat.
2. L'action de substitution que peut exercer les associations de lutte contre les discriminations se distingue de la précédente par la nécessité d'obtenir de l'intéressé un mandat écrit.

Ces deux actions se sont ajoutées à l'action de substitution de l'art. L. 1144-2 C. trav. qui permettait déjà à une organisation syndicale représentative au niveau national ou dans l'entreprise d'agir en substitution d'une victime soucieuse de faire respecter les art. L. 3221-2 à L. 3221-7 C. trav., relatifs à l'égalité de rémunérations entre les femmes et les hommes.

Plus récemment, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, communément appelée « loi J21 », a institué le mécanisme de l'action de groupe (20).

En définitive, en dehors des actions exercées directement par la victime, il existe actuellement pas moins de six fondements permettant à des élus du personnel, des syndicats ou des associations d'agir en justice, sur des champs d'application différenciés, en vue d'obtenir la suppression d'une mesure de discrimination sexiste et, le cas échéant, la réparation du préjudice subi. Dans l'ensemble de ces hypothèses, les associations et les syndicats concernés bénéficient, au même titre que la victime agissant seule, de l'aménagement du régime de la charge de la preuve prévu à l'art. L. 1134-1 C. trav.

(19) Art. L. 1134-2 C. trav.

(20) C. trav., art. L. 1134-6 et s.

(21) Ce dispositif s'inspire principalement d'une solution jurisprudentielle : Soc., 28 mars 2000, n° 97-45258 et 97-45259 ; Dr. soc. 2000, p. 589 (« Il appartient au salarié syndicaliste qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une

## B. Une répartition tripartite de la charge de la preuve entre le demandeur, le défendeur et le juge

Il est fréquent que la mesure affectant la victime, en apparence objective, repose en réalité sur des motifs discriminatoires qui restent très souvent cachés, quelquefois même inconscients. Il est très difficile de lutter contre les mœurs qui, prenant naissance dans la société, se poursuivent sur les lieux du travail.

Depuis la loi du 16 nov. 2001, la charge de la preuve de ce type de discrimination a été aménagée dans un sens plus favorable pour le salarié (21), puisque sa répartition est désormais tripartite : elle pèse sur le demandeur, le défendeur et le juge.

Dans un premier temps, le salarié peut se contenter de faire état devant le juge des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. Cette facilité offerte au demandeur conduit néanmoins à exiger qu'il faut plus qu'une simple allégation pour justifier la demande. Il est notamment exclu de se fonder sur un soupçon ou une rumeur. Il faut ici faire état d'indices significatifs et convergents pour envisager une action en justice.

Quoi qu'il en soit, il appartient à la partie défenderesse, dans un deuxième temps, de prouver que sa décision repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Il incombe enfin au juge de former sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Ce mode d'administration des preuves exclut la règle, présente aux art. L. 1235-1 C. trav. - concernant la discussion du motif du licenciement - et L. 1333-1 C. trav. - concernant la discussion du motif de la sanction -, selon laquelle « Si un doute subsiste, il profite au salarié ».

Le plus souvent, la victime apporte des éléments de comparaison avec ses collègues de l'autre sexe pour persuader le juge de l'existence d'une discrimination sexiste, même si la preuve de cette dernière n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés (22).

atteinte au principe d'égalité de traitement et qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au syndicaliste, d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat ».

(22) Soc. 10 novembre 2009, n° 07-42849.

## C. Un arsenal de sanctions civiles et pénales

Plusieurs dispositions concourent à la nullité des mesures sexistes.

Selon l'art. L.1132-4 C. trav., toute disposition ou tout acte contraire à la règle de prohibition des discriminations prévue par l'art. L.1132-1 C. trav. est nul. La même sanction est retenue spécifiquement à l'art. L.1144-3 C. trav. en cas de licenciement prononcé à l'égard d'un salarié lorsqu'une action en justice a été engagée sur le fondement des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (23). Dans toutes ces hypothèses, la victime peut demander sa réintégration. Mais elle peut aussi refuser de poursuivre l'exécution du contrat de travail : dans ce cas, le salarié bénéficie d'une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des 6 derniers mois, ainsi que des sommes complémentaires prévues à l'art. L.1235-3-1 C. trav.

Sur le fondement de l'art. L.1142-3 C. trav., est également nulle par principe toute clause d'une convention collective, d'un accord collectif ou d'un contrat de travail qui réserve le bénéfice d'une mesure quelconque à un ou des salariés, en considération du sexe.

Une dernière disposition issue du titre relatif à l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes prévoit la nullité des clauses figurant notamment dans un contrat de travail, une convention ou accord collectif de travail, un accord de salaires, un règlement ou barème de salaires résultant d'une décision d'un employeur ou d'un groupement d'employeurs, qui, en violation des articles L.3221-2 à L.3221-6 C. trav., comportent, pour un ou des salariés de l'un des deux sexes, une rémunération inférieure à celle de salariés de l'autre sexe pour un même travail ou un travail de valeur égale. La rémunération plus élevée dont bénéficient ces derniers salariés est substituée de plein droit à celle que comportait la disposition entachée de nullité (24).

Ces différentes mesures civiles (25), de même que les sanctions pénales (26) qui peuvent les accompagner, sont d'un intérêt évident pour faire respecter l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Mais elles n'ont pas suffi à réduire les écarts de rémunération entre eux. C'est pourquoi le législateur et le gouvernement ont préféré aborder le problème sous l'angle des relations collectives – ou, dit autrement, d'un point de vue « systémique » (27) – , en vue de responsabiliser non pas seulement l'employeur, mais l'entreprise et, au-delà, la société toute entière (28).

## II. La lutte contre les discriminations sexistes dans les relations collectives de travail

Pour réduire les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, il ne peut être question de s'intéresser uniquement à la relation interpersonnelle entre l'employeur et son salarié, aucun texte ni aucune jurisprudence n'interdisant l'individualisation de la relation de travail, notamment celle des salaires. C'est donc collectivement qu'il s'est révélé nécessaire d'agir (29).

Dans la loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes, on trouve plusieurs dispositifs relevant des politiques d'emploi de l'entreprise, dont l'objet est de réduire les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes (A). Au-delà de la question des salaires, l'accent a été mis sur la mise en oeuvre de discriminations positives au profit des femmes (B).

(23) Art. L.1141-1 et s.

(24) Art. L.3221-7 C. trav.

(25) En matière civile, le délai de prescription en matière de discrimination au travail, qui a été maintenu à cinq ans, n'a pas été affecté par les réformes successives (Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 - art. 21 ; Ord. 22 septembre 2017).

(26) Délit de discrimination : art. 225-1 C. pénal ; Délit de méconnaissance des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : Art. L.1146-1 C. trav. ; délit de discrimination commis à la suite d'un harcèlement sexuel : art. L.1155-2 C. trav. ; voir aussi sur l'ajournement du prononcé de la peine ou les dispenses de peine : art. L.1146-2, L.1146-3, L.3222-1, L.3222-2 C. trav.

(27) M. Mercat-Bruns, Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés, RDT 2015, p.28 ; Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ?

(avec E. Boussard-Verrechia et F. Clerc), RDT 2015, p.660 ; L'identification de la discrimination systémique, RDT 2015, p.672 ; Confluence des critères discriminatoires en Europe, révélatrice de discriminations systémiques ?, in Actes du colloque du GIP sur « Multiplication des critères de discrimination – Enjeux, effets et perspectives », 2018, p.164 ; La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ?, La revue des droits de l'homme, 14/2018.

(28) Le gouvernement est aidé dans la définition et la mise en oeuvre de sa politique menée en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes par un Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, créé par la loi « Roudy » du 13 juillet 1983.

(29) V. Sur les discriminations collectives, v. le rapport rédigé par Mme Laurence Pécaut-Rivolier à la demande du Ministère du travail, du Ministère de la justice et du Ministère des droits des femmes : Rapport sur les discriminations collectives en entreprise - Lutter contre les discriminations au travail, un défi collectif, 2013.

## A. La réduction des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes

Parmi les mesures principales de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 figure d'abord un mécanisme visant à compenser l'effet de la maternité sur la rémunération, lorsque la femme absente a pu échapper, du fait de son congé de maternité, à une mesure individuelle d'augmentation des salaires : à défaut d'une disposition d'un accord de branche ou d'entreprise assurant la neutralisation des incidences financières du congé de maternité, la salariée bénéficie de la moyenne des augmentations individuelles perçues, pendant son absence, par les salariés relevant de sa catégorie (30).

Le législateur a également rajouté dans la liste de l'art. L. 1132-1 C. trav. des discriminations pratiquées en matière de revenu, les éléments « intéressement et distributions d'actions » dont la femme aurait pu être injustement privé. La situation de grossesse a été expressément citée par l'art. L. 1132-1 C. trav. comme ne pouvant justifier une mesure discriminatoire.

L'art. L. 2241-9 C. trav. a par ailleurs institué un objectif de suppression des écarts de rémunération que devait réaliser la négociation de branche professionnelle sur 5 ans, sous forme de plan pour l'égalité professionnelle (31). Il existait déjà une obligation pour l'employeur d'engager chaque année une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, notamment sur les thèmes des conditions d'accès à l'emploi, de la formation et de la promotion professionnelles (32). L'art. L. 2242-10 C. trav. a rajouté au même niveau l'obligation de négocier des dispositions visant à définir et à programmer les mesures permettant de supprimer ces mêmes écarts de rémunération entre les femmes et les hommes. La création d'une contribution financière, à la charge des employeurs, assise sur la masse salariale, avait été prévue à l'égard des entreprises qui n'auraient pas rempli leurs obligations d'ouverture des négociations en la matière. Mais les accords obtenus et les plans élaborés n'ont pas permis de réaliser l'objectif souhaité.

(30) Art. L. 1225-4 C. trav.

(31) J.-F. César, Le Code du travail est pavé de bonnes intentions, loi n° 200—340 du 30 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, JCP S 2006, 1273 ; M.-T. Lanquetin, L'égalité de rémunérations entre les femmes et les hommes, réalisées en cinq ans ?, Dr. Soc. 2006, p. 624 ; P.-Y. Verkindt, L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, Dr. soc. 2008, p. 1051.

(32) Art. L. 2242-5 C. trav.

(33) F. Petit, Les éléments constitutifs de la rémunération pour l'application de l'index de l'égalité entre les femmes et les hommes (Décret n° 2019-15 du 8 janvier 2019), intervention lors

C'est pourquoi le gouvernement est revenu sur le sujet en créant un index sur l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, dont les modalités de calcul ont été précisées par le décret n° 2019-15 du 8 janvier 2019. Cet index est calculé chaque année à partir de 4 ou 5 indicateurs selon la taille de l'entreprise : rémunérations, augmentations, promotions, congés maternité, parité des hauts revenus. En cas de résultat inférieur à 75 points sur 100, l'entreprise doit prendre des mesures pour corriger la situation dans un délai de trois ans sous peine de pénalité financière pouvant représenter jusqu'à 1% de leur masse salariale (33).

## B. La mise en place de discriminations positives au profit des femmes

La réalisation d'une égalité réelle entre les femmes et les hommes passe parfois par l'instauration de mesures particulières bénéficiant uniquement aux femmes, analysées comme des « différences de traitement autorisées » (1.), ou par des mesures permettant une meilleure articulation entre la vie professionnelle et la vie familiale (2.).

### 1. Les différences de traitement autorisées

Le droit positif distingue traditionnellement entre les discriminations négatives et les discriminations positives, seules les secondes étant autorisées : elles consistent à favoriser une catégorie de travailleurs - ceux qui souffrent d'une inégalité de fait - dans le but d'assurer une plus grande effectivité de l'égalité entre les salariés - une égalité plus concrète que formelle. Aujourd'hui, il n'est pas rare de présenter ces mesures favorisant les femmes comme des « différences de traitement autorisées ».

En matière de lutte contre les discriminations sexistes, on peut voir poindre ces notions à travers les mesures légales de protection spécifiques liées à la grossesse et à la maternité (34), souvent traduites sous la forme d'obligations de ne pas faire. Il est interdit de prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, pour rompre son contrat de travail au cours d'une période d'essai, ou, sous réserve d'une affectation provisoire en vue

de la journée organisée par la Direccte Bretagne sur « Promouvoir l'égalité femme-homme, dans sa pratique professionnelle », 18 octobre 2019 ; Dr. Soc. janvier 2020, p. 53.

(34) V. K. Berthou et A. Masselot, Egalité de traitement et maternité – Jurisprudence récente de la CJCE, Dr. soc. 1999, p. 942 ; F. Dumont François, Le congé de maternité à la lumière des réformes du 23 mars 2006 et du 5 mars 2006, JCP S 2007, n° 1712 ; A. Gardin, Maternité et rupture du contrat de travail, RJS 2007, p. 975 ; J. Savatier, La mise à la retraite d'office à l'âge de 40 ans d'une danseuse de l'Opéra en congé de maternité, Dr. Soc. 1999, p. 779 ; C. Sutter, Du droit de la maternité au droit de la procréation, Dr. soc. 1981, p. 710.

de préserver sa santé, pour prononcer une mutation d'emploi (35). Dans le prolongement de cette prohibition, il est interdit de rompre le contrat de travail pendant la grossesse (36) et dans les dix semaines suivant la naissance de l'enfant (37).

Mais la discrimination positive ne se résume pas à ce type d'abstention. Exprimée sous forme d'une obligation de faire, elle implique que les conditions d'accès à une situation juridique (embauche, aménagement des conditions d'emploi, bénéfice d'un repos ou d'une prime, formation,...) soient facilitées de manière positive pour la femme, en vue de compenser les inégalités de fait qui l'affectent dans son parcours professionnel. Sous cet angle, il n'est pas rare d'évoquer l'existence « d'actions positives », l'expression étant souvent préférée à celle de discrimination positive.

Par ailleurs, l'interdiction des discriminations sexuelles n'interdit pas de manière absolue la prise en compte du sexe. L'article L.1142-2 C. trav. autorise expressément les dérogations au principe de non-discrimination lorsque « l'appartenance à un sexe est la condition essentielle et déterminante de l'exercice de l'emploi ou de l'activité professionnelle donnant lieu à formation ».

Les mesures de discrimination positive sont en principe d'origine légale : c'est en ce sens qu'il faut comprendre l'article L1142-4 du Code du travail. Néanmoins, il n'est pas fait obstacle à l'intervention, à titre transitoire, de mesures réglementaires ou conventionnelles prises au seul bénéfice des femmes en vue d'établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes en matière d'emploi (38) ou de formation (39). Par exemple, il a été jugé récemment qu'un accord collectif pouvait 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 femmes

et les hommes en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes (40). Cette ouverture à des exceptions réglementaires ou conventionnelles, qui est l'objet des art. L. 1142-2 et L. 1142-4 C. trav., vient de recevoir plusieurs applications dans la loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 sur la formation professionnelle tout au long de la vie (41) : Ces mesures exceptionnelles se justifient principalement par la nécessité de corriger les déséquilibres constatés au détriment des femmes dans la répartition des femmes et des hommes dans les actions de formation, ou par la nécessité de favoriser l'accès à la formation des femmes souhaitant reprendre une activité professionnelle interrompue pour des motifs familiaux.

## 2. La conciliation entre vie professionnelle et vie familiale

La vie personnelle et familiale constitue, sous un autre angle, un dernier motif permettant d'obtenir l'aménagement des conditions de travail des femmes. Au-delà du seul respect du droit à la vie personnelle et familiale - qui est de nature à restreindre le pouvoir de direction de l'employeur, notamment dans la mise en œuvre des clauses de mobilité (42) ou l'instauration d'une nouvelle répartition du travail dans la journée (43) -, la politique de lutte contre les discriminations sexistes vise explicitement à une meilleure articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale. La négociation collective ne peut l'ignorer, dans le cadre d'un accord sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (44) ou sur le travail de nuit (45). La base de données sociales et économiques (46) doit aussi faire état sur cette articulation d'indicateurs relatifs au diagnostic et à l'analyse de la situation comparée entre les femmes et les hommes. Un plan de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences se doit également de l'aborder (47).

**Franck Petit**

(35) Art. L. 1225-1 C. trav.

(36) Art. L. 1225-5 C. trav.

(37) Art. L. 1225-4-1 C. trav.

(38) Art. L. 1142-4 C. trav.

(39) Art. L. 6112-2 C. trav.

(40) Cass. soc. 12 juillet 2017, n° 15-26262 ; Dalloz actualité, 18 juillet 2017, obs. M. Peyronnet ; D. pan. 2276, obs. P. Lokiec ; Dr. soc. 2017, p. 840, note R. Weissmann ; JCP S 2017, 1288, obs. F. Dumont.

(41) Art. L. 6112-1 et 2 C. trav.

(42) Solution rendue à l'égard d'une femme veuve élevant seule deux jeunes enfants : Cass. soc. 13 janvier 2009, n° 06-45562 ; D. 2009, p. 1799, note M.-C. Escande-Varniol ; RDT 2009, p. 300, obs. A. Dumery ; Dr. Soc. 2009, p. 614, obs. C. Radé ; JCP 2009, n° 1162, obs. B. Bossu.

(43) Cass. soc. 3 nov. 2011, n° 10-14702 : « Sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur » : RDT 2012, p. 31, obs. S. Tournaux ; Dr. soc. 2012, p. 147, note E. Dockès ; Semaine Sociale lamy 2011, n° 1518, p. 11, obs. A. Fabre ; JS Lamy 2011, n° 311-312-5, obs. J.-P. Lhernould.

(44) Art. R. 2242-2 C. trav.

(45) Art. L. 3122-15 C. trav.

(46) Art. L. 2312-36 C. trav. ; R. 2312-9 C. trav.

(47) Art. D. 5121-4 C. trav. ; D. 5121-8 C. trav.