



HAL
open science

Le dévoilement des stéréotypes de genre en droit du travail

Chantal Mathieu

► **To cite this version:**

Chantal Mathieu. Le dévoilement des stéréotypes de genre en droit du travail. Anne Brobbel Dorsman; Laurent Kondratuk; Béatrice Lapérou-Scheneider. Genre, famille, vulnérabilité. Mélanges en l'honneur de Catherine Philippe, L'Harmattan, pp.65-86, 2017, 978-2-343-11240-4. hal-03686481

HAL Id: hal-03686481

<https://hal.science/hal-03686481v1>

Submitted on 2 Jun 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Sous la coordination de
Anne Brobbel Dorsman
Béatrice Lapérou-Schneider
Laurent Kondratuk

Genre, famille, vulnérabilité

Mélanges en l'honneur de Catherine Philippe

L'Harmattan

© L'Harmattan, 2017
5-7, rue de l'École-Polytechnique, 75005 Paris

<http://www.harmattan.fr>

ISBN : 978-2-343-11240-4
EAN : 9782343112404

Le dévoilement des stéréotypes de genre en droit du travail

Chantal MATHIEU

Maître de conférences HDR en droit privé

Université de Bourgogne Franche-Comté, CRJFC EA 3225

« La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme »¹. La formule constitutionnelle est porteuse d'égalité entre les sexes. La loi doit être le bouclier, l'instrument de protection et de lutte contre les pratiques discriminatoires. La formule est pourtant ambivalente, car elle présente l'homme comme le référent, le représentant de la norme et la femme comme un être qui doit lui est rapporté. Formellement, en invitant à protéger la femme, la formule laisse encore à penser qu'elle est en situation de faiblesse par rapport à l'homme, ouvrant la voie à des « stéréotypes bien intentionnés ». L'histoire du droit du travail révèle alors combien la logique de protection est liée à la conception du rôle de la femme dans la société. Ainsi, la loi du 19 mai 1874 interdisant aux femmes les travaux souterrains des mines et des carrières² est la première loi qui juridiquement exclut les femmes d'un type de travail³. Elle fut suivie par celle du 2 novembre 1892 interdisant le travail de nuit des femmes⁴. Loin de critiquer cette réglementation, les auteurs de l'époque la justifiaient par la nécessité de protéger la santé de la femme mais plus encore son rôle dans le cadre de la famille et de la reproduction de la force de travail. Selon Paul Pic, il faut laisser à la femme « chaque jour assez de loisirs pour vaquer aux soins du

¹ Al. 3 du préambule de la Constitution de 1946.

² Art 7. Loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie (Bulletin de l'Assemblée nationale, XII, B. CCIV, n°3094).

³ S. Schweitzer, *Les femmes ont toujours travaillé. Une histoire du travail des femmes aux XIX^e et XX^e siècles*, Odile Jacob, 2002, p. 35.

⁴ Loi du 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, adoptée pour éviter une condamnation au paiement d'une astreinte financière de 14482,66 par jours à partir du 30 novembre 2000. CJCE 13 mars 1997, RJS 4/97, n° 493. Cet arrêt de condamnation avait été précédé de deux arrêts interprétatifs qui mettaient déjà en évidence la discrimination. CJCE 25 juillet 1991, Stoeckel, D. 1991, 443 note J.-G. Huglo.

ménage et à l'éducation des enfants »⁵ et « faute d'avoir réglementé le travail des femmes, la société sera vite menacée d'un "abâtardissement de la race" »⁶. Après l'adoption de la Constitution de 1946, la législation sur le travail féminin n'a pas disparu et les manuels de droit du travail, tout en évoquant l'exigence constitutionnelle d'égalité, précisait que « le souci de protéger la santé et la moralité des travailleuses conduit cependant non seulement à réglementer les conditions de travail des femmes mais à leur interdire certains emplois ou à interdire de les employer pendant certaines périodes »⁷. Et si, avec la réforme des régimes matrimoniaux en 1965⁸, la femme mariée peut désormais exercer une activité professionnelle sans l'autorisation de son mari, certains types d'emploi lui restent interdits en raison de son sexe « pour des motifs de moralité, de sécurité ou d'hygiène »⁹. Ainsi, en voulant protéger, la règle peut consolider des stéréotypes de genre. Mais parfois, elle les instille, sans que la règle ne soit même discutée ou défendue en doctrine. Ainsi en est-il du numéro national d'identité français, qui débute par le chiffre 1 pour les personnes de sexe masculin et par le chiffre 2 pour les personnes de sexe féminin, laissant penser que les femmes sont « naturellement » secondes¹⁰.

⁵ P. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, 1894, p. 260.

⁶ *Idem.*

⁷ J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, PUF, 1956, p. 299.

⁸ Discipline de prédilection de la récipiendaire de ces lignes. Sur cette question v. M. Pichard, « Genre et rapports patrimoniaux entre époux », in S. Henneville-Vauchez, M. Pichard et D. Roman (dir.), *La loi et le genre, Etudes critiques de droit français*, CNRS édition, 2014, p. 339.

⁹ J. Blaise, « Réglementation du travail et de l'emploi », G.H. Camerlynck (dir.), *Traité de droit du travail*, t. III, p. 249.

¹⁰ « En 1939-1940, la « drôle de guerre » et l'armistice amènent Carmille à inventer un numéro à 12 chiffres, ne recensant d'abord que les hommes. Les archives militaires ayant été détruites par les Allemands, il proposa au gouvernement de créer un fichier mécanographique permettant de recenser les hommes mobilisables : d'abord avec un ensemble de 50 000 hommes puis, pour une seconde armée, un groupe de 200 000 hommes. Afin de cacher à l'ennemi les finalités militaires de cette opération statistique, Carmille eut l'idée de créer un objectif d'apparence civile. Il décida d'introduire les chiffres 1 et 2, respectivement pour les hommes et les femmes, afin de rendre insoupçonnables ces recensements de population » A. Vulbeau, « Contrepoint - Le numéro Insee a une histoire », *Informations sociales* 3/2015 (n° 189), p. 115.

Les stéréotypes sont « des clichés, images préconçues et figées, sommaires et tranchées, des choses et des êtres que se fait l'individu sous l'influence de son milieu social et qui déterminent à un plus ou moins grand degré ses manières de penser, de sentir et d'agir »¹¹. Quant au genre, il a pu être défini par le Conseil de l'Europe comme « les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes »¹². L'expression « stéréotype de genre » figure dans le Code du travail¹³, mais n'est pas définie. Dans le cadre de cette étude, on l'entendra comme les traits et rôles socialement attribués aux femmes et aux hommes, de manière générale et arbitraire, et qui déterminent, volontairement ou non, le choix de règles, de décisions, de pratiques sexo-spécifiques dans le monde du travail¹⁴. Relèvent ainsi de stéréotype de genre les différences de qualités intellectuelles, d'aptitude physique ou de répartition des fonctions au sein du ménage. L'homme est alors pensé comme rationnel, fort et devant assurer le revenu du foyer alors que la femme est censée être sensible, fragile et responsable de l'éducation des enfants.

Ces stéréotypes de genre peuvent être ancrés dans les mentalités. Ils vont alors avoir un caractère prescriptif en ce sens qu'ils orientent les acteurs des relations du travail dans leurs décisions. Ainsi, une société de transport pourrait recruter un homme à un poste de chauffeur routier international, exigeant le port de charges lourdes, plutôt qu'une jeune mère de famille imaginée comme plus frêle et

¹¹ Dossier « Questions du genre dans le travail social », *Les politiques sociales*, n°1-2, Bruxelles, 2008, p. 10.

¹² Art. 3 c de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique dite Convention d'Istanbul, 2011.

¹³ Art. L. 6111-3 C. trav. : « Le service public de l'orientation tout au long de la vie (...) concourt à la mixité professionnelle en luttant contre les stéréotypes de genre ». L'art. L. 6313-1 C. trav. relatif à la formation professionnelle évoque lui les stéréotypes sexistes.

¹⁴ V. aussi D. Roman, « Les stéréotypes de genre : vieilles lunes » ou nouvelles perspectives pour le droit ? », in RÉGINE, *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, 2013, p. 93. Cette définition est reprise dans l'ouvrage, *La loi et le genre*, op. cit., p. 17. : les stéréotypes de genre sont « les constructions sociales et culturelles différenciant les hommes des femmes sur la base de critères physiques, biologiques, sexuels et de fonctions sociales qui seraient propres aux hommes et aux femmes ».

moins disponible. Reste que le droit peut également être responsable des stéréotypes. Le préjugé a alors un caractère normatif car il est porté par la règle de droit. Une étude a ainsi montré que les énoncés sexués du Code du travail intègrent plusieurs conceptions du féminin et du masculin¹⁵. Le législateur associe à chaque sexe certains attributs ou certains rôles et relaie donc des représentations sociales de l'homme et de la femme. Pour reprendre l'exemple de l'aptitude physique, la règle de droit entérine le cliché de la fragilité féminine en affirmant qu'un homme « ne peut être admis à porter d'une façon habituelle des charges supérieures à 55 kilogrammes » et que « les femmes ne sont pas autorisées à porter des charges supérieures à 25 kilogrammes »¹⁶. Par la référence au poids combinée à l'habitude et au choix du verbe¹⁷, le locuteur signale qu'il existe nécessairement, de manière générale et arbitraire, une différence de capacité physique entre les sexes sans égard pour les capacités réelles de la personne embauchée¹⁸.

Depuis le début des années 1970, le droit du travail s'est employé à déconstruire les stéréotypes, qu'ils soient ancrés dans les pratiques ou véhiculés par les règles. A cette fin, sept lois en matière d'égalité entre les sexes ont été adoptées¹⁹, auxquelles il faut ajouter celles portant

¹⁵ L. Camaji, I. Odoul-Asorey, J. Porta, « “travailleuse, travailleur” : une lecture du code du travail au prisme du genre », in *La loi et le genre*, *op. cit.*, p. 185. L'étude montre en particulier que le Code du travail recèle cinq stéréotypes de genre : maternité, vulnérabilité, situation familiale, apparence physique, égalité professionnelle.

¹⁶ Art. R. 4541-9 C. trav.

¹⁷ Admettre signifie « Recevoir quelque chose ou accueillir quelqu'un en raison de *ses qualités ou de sa qualification* » alors qu'autoriser renvoie à un pouvoir *légitime* de faire quelque chose.

¹⁸ Ainsi les dispositions législatives autrichiennes applicables dans l'industrie minière souterraine et les travaux de plongée ou en atmosphère hyperbare ont été jugées discriminatoires par la CJUE car ces restrictions se fondaient sur des données statistiques mettant en évidence des capacités physiques moindres chez les femmes que chez les hommes, sans pour autant interdire ces secteurs aux hommes dont les capacités effectives se situeraient en deçà des moyennes féminines jugées insuffisantes. CJCE 1^{er} février 2005, Comm. / Autriche, aff C. 203/03 *Rec.* p. I-935.

¹⁹ Loi n° 72-143 du 22 déc. 1972 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes ; Loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; Loi n° 89-488 du 10 juillet 1989 relatives aux dispositions concernant les accords relatifs aux allocations d'assurance chômage, l'égalité professionnelle, les contrôleurs du travail, les travailleurs étrangers et le travail clandestin, Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité

sur la discrimination, le harcèlement et toutes celles, qui, sans avoir directement l'égalité pour objet, modifient ou ajoutent des dispositions sur ces questions. Pourtant, les rapports et études sont unanimes : la carrière des femmes se heurte à un « plafond de verre » nommé encore « ciel de plomb ». Montant des salaires, catégorie d'emploi, choix des formations, responsabilités dans les instances syndicales ou de direction²⁰ sont autant d'indicateurs révélateurs des disparités entre femmes et hommes en matière de carrière professionnelle. Certains formulent alors l'hypothèse que ce phénomène est lié au maintien de stéréotypes de genre, intégrés tant par les acteurs des relations du travail que par le législateur lui-même. Dès lors, une politique efficace en faveur de l'égalité « réelle »²¹ entre les sexes ne peut faire l'économie d'un dévoilement des stéréotypes de genre. Si la doctrine joue en ce domaine un rôle indéniable²², il s'agit ici de s'interroger sur les moyens mis en place par le système juridique lui-même pour repérer les stéréotypes. Traditionnellement, c'est au juge qu'il appartient de les révéler (I). Plus récemment, l'auteur de la décision ou de la règle s'est vu imposer un travail d'introspection (II).

I. La révélation des stéréotypes par le juge

La mobilisation du concept de discrimination devant le juge qu'il soit judiciaire, administratif, constitutionnel ou européen, permet le dévoilement des stéréotypes véhiculés par les règles ou ancrés dans les rapports sociaux. Or si les juges ont souvent fait preuve d'audace

professionnelle entre les hommes et les femmes ; Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes ; loi n° 2011-103 du 27 janv. 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle ; loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

²⁰ S. Brunet, M. Dumas, « Bilan des dispositifs promouvant l'égalité entre femme et homme », *Etude du CESE*, mars 2012.

²¹ Telle est la formule employée par le législateur avec la loi du 4 août 2014 précitée.

²² Une équipe de recherche s'est ainsi constituée : RÉGINE (Recherche et études sur le genre et les inégalités dans les Normes en Europe). Cette équipe développe trois axes : « inégalités de genre par le droit » ; « inégalité de genre et droit français » ; « repenser le droit par le genre ».

(A), ils demeurent parfois prudents avant de conclure à l'existence d'une discrimination liée au genre (B).

A. L'audace des juges

Qu'elle soit directe ou indirecte, la discrimination est un procédé opératoire pour dévoiler des stéréotypes de genre. Mobilisé initialement par le juge européen pour révéler les stéréotypes induits par les règles nationales (1), le concept est désormais employé par le juge national pour mettre à jour ceux ancrés dans les rapports sociaux (2).

1. Les stéréotypes véhiculés par les règles nationales

A plusieurs reprises, la Cour de justice de l'Union européenne a mis en exergue la législation sociale française au motif qu'elle n'était pas neutre du point de vue du genre. Les dispositions du Code du travail sur le travail de nuit ou encore celles du Code de la sécurité sociale relatives au calcul de la pension retraite étaient directement discriminatoires. En effet, l'employeur encourait une sanction pénale s'il faisait travailler des femmes à certains postes de nuit²³ et seules les mères de famille bénéficiaient d'une bonification de leur durée d'assurance pour avoir élevé un ou plusieurs enfants²⁴. Pourtant, le législateur français s'est montré rétif à modifier ces textes. Comme ils étaient présentés comme protecteur des femmes, leur abrogation était perçue comme une régression sociale. Ainsi, dans l'arrêt *Stoeckel* de

²³ Ancien art L. 213-1 C. trav. en vigueur jusqu'à la loi du 9 mai 2001.

²⁴ Le contentieux devant la CJUE a surtout concerné le régime des pensions des fonctionnaires. Mais le code de sécurité sociale accordait lui aussi aux femmes assurées sociales ayant élevé un ou plusieurs enfants une majoration de leur durée d'assurance d'un trimestre pour toute année durant laquelle elles ont élevé un enfant dans la limite de 8 trimestres par enfant : art. L. 351-4 CSS dans sa version antérieure à la loi n° 2009-1646 du 24 déc. 2009 de financement de la sécurité sociale pour 2010. Les régimes spéciaux comportaient aussi des règles discriminatoires. Sur ces questions : L. Camaji, « L'argument de la discrimination indirecte en raison du sexe confronté à la retraite des femmes », in *La loi et le genre*, *op. cit.*, p. 411.

1991 relatif au travail de nuit, le gouvernement français faisait valoir que l'interdiction répondait à des objectifs généraux de protection de la main-d'œuvre féminine et à des considérations particulières d'ordre social tenant, notamment « à la charge supérieure de travail familial pesant sur les femmes »²⁵. Dans l'affaire *Griesmar* de 2001 relatif au calcul de la pension retraite, le gouvernement expliquait que la bonification avait pour but de tenir compte « d'une réalité sociale, c'est-à-dire les désavantages que les travailleuses subissent dans l'évolution de leur carrière professionnelle du fait du rôle prépondérant qui leur est assigné dans l'éducation des enfants »²⁶. Autrement dit, le législateur français reconnaissait bien que les carrières des femmes étaient entravées en raison de leur activité domestique mais refusait d'admettre que sa législation pouvait renforcer cette situation en induisant un stéréotype de genre. Pour la France, les mesures en cause étaient des mesures positives, compensant l'inégalité de fait. La Cour de justice s'est donc employée à démonter cette logique protectrice. Elle a tout d'abord affirmé qu'excepté les mesures visant la condition biologique de la femme, les hommes et les femmes sont dans une situation comparable au regard de l'éducation des enfants. Elle a donc traqué les « fausses » mesures associées à la maternité notamment certains congés dit « d'allaitement »²⁷. Ensuite, le droit européen autorise certes l'adoption de mesures qui avantagent ouvertement les femmes afin de remédier aux inégalités de fait qui affectent leurs chances en matière professionnelle, mais encore faut-il que la mesure en cause contribue réellement à aider les femmes à mener leur vie

²⁵ CJCE 25 juil. 1991, C 345/89, *Rec.* I-04047, point 14.

²⁶ CJCE 29 nov. 2001, *Griesmar*, aff. 366/99, *Dr. Soc.* 2002, p. 178, note M.- T. Lanquetin.

²⁷ V. en particulier l'arrêt de CJUE du 30 sept. 2010 *Pedro Manuel Roca Álvarez c. Sesa Start España ETT SA* relatif à la question de savoir si le refus d'accorder aux pères salariés un congé « d'allaitement » (sous la forme d'une réduction d'une demi-heure de la journée de travail), alors que les mères salariées avaient droit à ce congé, constituait une discrimination fondée sur le sexe. La CJUE a constaté que les situations d'un travailleur masculin et d'un travailleur féminin, respectivement père et mère d'enfants en bas âge, étaient comparables au regard de la nécessité dans laquelle ceux-ci pouvaient se trouver d'avoir à réduire leur temps de travail journalier afin de s'occuper de cet enfant. La CJUE a considéré que le congé en cause avait été détaché du fait biologique de l'allaitement, puisqu'il pouvait être octroyé même en cas d'allaitement artificiel, et pouvait donc être considéré comme un simple temps d'attention à l'enfant et comme une mesure de conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle à l'issue du congé de maternité.

professionnelle sur un pied d'égalité avec les hommes. Ainsi, concernant les avantages en matière de retraite, la Cour de justice relève que la mesure française réservée aux femmes, instituée en 1924, ne peut être qualifiée d'action positive efficace dès lors que l'inégalité est toujours constatée 70 ans plus tard²⁸ !

Le législateur français n'a toutefois pas immédiatement modifié le droit en vigueur, et face à cette inertie, les juridictions nationales ont pris le relais. Le Conseil d'Etat²⁹ comme la Cour de cassation, prenant acte de la position de la Cour du Luxembourg, ont étendu aux hommes des avantages réservés aux femmes. Ils se sont d'abord appuyés sur le droit de l'Union européenne³⁰, puis, pour échapper au champ de compétence de l'Union, sur l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme³¹. Le législateur français a dès lors modifié toutes les dispositions contestées³². Pourtant, la jurisprudence

²⁸ CJCE Griesmar, préc. Point 65

²⁹ Pour le régime des fonctionnaires : CE 29 juillet 2002, Griesmar, *Dr. Soc.* 2002, p. 1136 ; X. Prétot, « Les pensions civiles et militaires et le droit communautaire : de l'application du principe de l'égalité de traitement », *Dr. Soc.* 2002, p. 1131-1136. ; V. aussi CE 7 juin 2006, JCP S, 2006, n°1650 obs. J. Cavallini.

³⁰ Civ. 2^e 8 juillet 2004, *Bull. civ.* II, n° 397 J.-P. Lhernould, « L'égalité des sexes dans les régimes priés de pension », *Dr. Soc.* 2004, p. 1000.

³¹ Civ. 2^e 21 décembre 2006, pourvoi n° 04-30586 et Civ. 2^e 19 fév. 2009, pourvoi n° 07-20668.

³² Le législateur a parfois institué une nouvelle discrimination, indirecte cette fois, comme le révèle l'arrêt Leone. Pour modifier les avantages en matière de pension retraite des fonctionnaires, le législateur a institué un avantage lié à l'éducation des enfants, ouverts aux hommes et aux femmes, sous réserve que le parent ait pris un congé minimum de 2 mois. Or, la Cour observe que, malgré cette apparence de neutralité, le critère retenu conduit à ce qu'un pourcentage beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes bénéficie de l'avantage concerné. En effet, compte tenu du caractère obligatoire et de la durée minimale de deux mois du congé de maternité en France, les fonctionnaires féminins se trouvent en position de bénéficier de l'avantage conféré par la bonification. En revanche, les autres congés susceptibles d'ouvrir un droit à la bonification et dont peuvent notamment bénéficier les hommes sont facultatifs. Toutefois, en matière de discrimination indirecte, il est possible de montrer que la disposition en cause poursuit un objectif légitime de politique sociale. La Cour avait laissé à la juridiction de renvoi le soin de vérifier ce point. (CJUE, 17 juillet 2014, C173-13). Le Conseil d'État a tiré profit de cette liberté d'appréciation pour ne pas suivre la Cour. Après avoir détaillé les désavantages concrets subis par les fonctionnaires mères de famille en termes de niveau de pension, il estime que le régime de la bonification pour enfant vise à apporter aux femmes par un avantage de retraite assimilé à une rémunération

de la Cour de Strasbourg ne commandait pas nécessairement cette solution. Jusqu'en 2010, sa position demeurait assez nuancée sur la question du genre, en raison des divergences des Etats membres³³. Toutefois, dans une affaire mettant en cause la législation russe refusant d'accorder à un homme un congé parental d'éducation, elle s'est résolument tournée vers un dévoilement et une condamnation des stéréotypes de genre au motif que la situation juridique avait évolué dans les Etats contractants. Selon la Cour, « les stéréotypes liés au sexe – telle l'idée que ce sont plutôt les femmes qui s'occupent des enfants et plutôt les hommes qui travaillent pour gagner de l'argent – ne peuvent en soi passer pour constituer une justification suffisante de la différence de traitement en cause »³⁴.

Le rôle du juge s'avère ainsi essentiel : en dévoilant les stéréotypes de genre véhiculés par les règles, la Cour de justice de l'Union invite le juge national à mettre en cause les lois porteuses de stéréotypes. Ces changements législatifs dans différents Etats permettent alors une évolution de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et il est remarquable que l'un des axes de la stratégie du Conseil de l'Europe pour l'égalité entre les femmes et les hommes 2014-2017 soit la lutte contre les stéréotypes de genre³⁵. Or, cette mise en question de la règle

différée, une compensation partielle et forfaitaire des retards et préjudices de carrière manifestes qui les ont pénalisés au cours de leur carrière. (CE 27 mars 2015, n°372426). Pour la position de la Cour de cassation, refusant également d'identifier une discrimination indirecte : Cass. civ. 2^e, 12 juill. 2012, n°10-24.661).

³³ Les juges européens ont accepté qu'une législation nationale permette aux femmes ayant élevé des enfants de partir plus tôt à la retraite tout en refusant cet avantage aux hommes placés dans la même situation, dès lors que cette distinction aspirait à compenser les inégalités subies par les femmes par le passé. Mais l'arrêt tient compte du contexte particulier de l'Etat en cause (CEDH, 5^e Sect. 17 février 2011, *Andrle c. République Tchèque*, Req. n°6268/08.) Par ailleurs, tout en estimant que du point de vue du congé parental d'éducation, les hommes se trouvent dans une situation analogue à celle des femmes, la CEDH n'avait pas sanctionné comme discriminatoire la législation autrichienne réservant une allocation de congé parental aux seules mères en mettant en avant la « très grande disparité dans les systèmes juridiques des Etats contractants » en matière d'allocations parentales (CEDH, Ch. 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, Req. n° 20458/92, § 42).

³⁴ CEDH gr. Ch. 25 mars 2012, *Konstantin Markin c/Russie*, n° 30078/06, § 143. La cour considère que l'évolution du droit des Etats membres prouve que « la société avait progressé vers un partage plus égalitaire entre les hommes et les femmes des responsabilités en matière d'éducation des enfants, et que le rôle des pères auprès des jeunes enfants était mieux reconnu ».

³⁵ Le document est consultable sur le site internet du Conseil de l'Europe.

au prisme des stéréotypes de genre invite les juges à repérer ces mêmes préjugés dans les rapports sociaux.

2. Les stéréotypes ancrés dans les rapports sociaux

L'article L. 1132-1 C. trav. qui fixe la liste des critères discriminatoires dans les relations de travail vise le sexe, l'identité sexuelle, la situation de famille, l'apparence physique, mais pas le genre. Est-il toutefois possible de qualifier de discriminatoire une décision motivée par des préjugés en matière de genre, c'est-à-dire par l'image attendue d'une femme ou d'un homme. La réponse n'est pas si évidente, comme l'a montré l'affaire dite du « bermuda ». En raison de la chaleur excessive, un salarié était venu travailler en short. Or, comme le règlement intérieur exigeait le port d'une blouse blanche, ce choix le faisait apparaître jambes nues. Malgré les demandes persistantes de son responsable de porter un pantalon, le salarié s'était obstiné à venir travailler dans cette tenue et avait donc été licencié³⁶. La même tenue, portée par une femme, n'aurait sans doute fait l'objet d'aucune critique. Le conseil des prud'hommes n'y a pourtant vu aucune discrimination au motif que la société française réserve le port de certains vêtements aux femmes. La situation n'étant pas identique entre les sexes en matière vestimentaire, il n'y avait pas, selon les juges, de distinction illicite³⁷. Pourtant, dix ans plus tard, la Cour a été saisie d'une question assez similaire et n'a pas hésité à qualifier de discriminatoire le licenciement prononcé en raison de la perception sociale que l'employeur se faisait de l'apparence d'un homme. En l'espèce, un salarié, serveur au sein d'un restaurant gastronomique, portait depuis un mois *deux* boucles d'oreilles³⁸. Invoquant le contact avec la clientèle, l'employeur licencie le salarié au motif qu'il ne peut

³⁶ CPH Rouen, 30 août 2001, *D.* 2001. IR et l'arrêt de la Cour de cassation : Soc. 28 mai 2003, *D.* 2003., note F. Guiomard; *Dr. soc.* 2003. 808, note P. Waquet ; *ibid.* 2004. 132, étude P. Lokiec ; RTD civ. 2003. 680, obs. J. Hauser.

³⁷ La Cour de cassation n'a pas été saisie sur cette question. Elle s'est prononcé sur la restriction à la liberté de se vêtir par deux arrêts. L'un en 2003 (Cass. Soc. 28 mai 2003, préc. sur l'action en référé), l'autre sur le fond. (Cass. Soc. 12 nov. 2008, n°07-42.220)

³⁸ Le nombre de boucles d'oreilles faisait semble-t-il pour l'employeur une différence.

tolérer « le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes ». La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir jugé le licenciement discriminatoire car fondé sur l'apparence physique rapportée au sexe. Est ainsi condamnée la décision patronale motivée par une image *a priori* de l'apparence masculine de la même manière que serait critiquable l'ordre donné à une femme de s'exprimer de manière plus féminine, de s'habiller de manière plus féminine, de mettre du maquillage, de prêter attention à sa coiffure et de mettre des bijoux³⁹. En liant apparence physique et sexe, la Cour dévoile une discrimination directe liée au comportement social attendu, autrement dit, une discrimination en raison du genre⁴⁰. Si dans cette affaire, l'employeur avait lui-même indiqué que son choix était dicté par le sexe du salarié, il reste que nombre de préjugés sont beaucoup plus difficilement repérables, car l'auteur de la décision n'a pas l'intention de défavoriser telle ou telle catégorie de personne. C'est alors la discrimination indirecte qui permet à un groupe structurellement désavantagé ou sous-représenté de révéler l'existence d'un stéréotype.

Ce n'est qu'en 2012 que la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est véritablement emparée du concept de discrimination indirecte pour démasquer des stéréotypes de genre⁴¹. A ainsi été mis en cause une décision de l'AGIRC⁴². L'institution qui gère la retraite complémentaire des cadres⁴³ devait se prononcer sur l'affiliation des salariés de la Mutualité sociale agricole n'ayant pas de fonction d'encadrement. L'AGIRC avait émis un refus à l'égard des assistants du service social - fonctions essentiellement exercées par des femmes⁴⁴ - mais admis des salariés dont le niveau de fonction était

³⁹ Pour reprendre les faits d'un arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, *Price Waterhouse contre Hopkins* (490 U.S. 228, 1989).

⁴⁰ Ph. Reigné, « Sexe, genre et état des personnes », JCP G 2011, doctr. 1140.

⁴¹ J.-P. Lhernould, « Les discriminations indirectes fondées sur le sexe et la Cour de cassation », RJS 2012. 731.

⁴² Soc. 6 juin 2012, n° 10-21484, *D.* 2013, p. 1031, obs. J. Porta et p. 1243, obs. S. Laulom. V. sur la même affaire, Soc. 14 janv. 2009, n°06-41902.

⁴³ Les fonctions qui permettent de cotiser à une caisse Agirc sont définies par les partenaires sociaux qui gèrent ce régime de retraite, après examen de la convention collective ou de l'accord de classification de la branche professionnelle en vigueur dans l'entreprise.

⁴⁴ Outre les fonctions d'assistants du service social, était concernées les délégués à la tutelle et les conseillers en économie sociale.

comparable mais qui étaient principalement des hommes⁴⁵. L'arrêt n'explique pas en quoi le traitement était défavorable pour les femmes. L'intérêt financier était, semble-t-il, limité. En revanche le simple fait d'être exclu du statut cadre pouvait nourrir un sentiment de déclasserement professionnel pour les salariées concernées. La décision, neutre en apparence, avait donc bien un effet discriminatoire. Or les justifications apportées par l'AGIRC pour expliquer son choix manquaient de cohérence et de pertinence. La décision de la Cour de cassation ouvre ainsi la voie à une comparaison des emplois et invite à lutter contre la dévalorisation arbitraire des emplois sexués. Partant, elle participe au dévoilement de stéréotypes de genre dans les rapports sociaux⁴⁶.

B. La prudence des juges

Certains emplois, certains avantages peuvent être réservés à l'un ou l'autre sexe, sans que les juges n'y voient un stéréotype qui mérite d'être sanctionné. La directive européenne du 5 juillet 2006⁴⁷ admet d'une part que la maternité justifie des protections spécifiques (1), d'autre part, que le sexe puisse être une exigence professionnelle pour occuper certains emplois (2). Pourtant, dans l'un et l'autre cas, peuvent se tapir des stéréotypes.

1. La protection due à la maternité

Depuis l'arrêt *Hofman* du 12 juillet 1984, on sait que la Cour de justice de l'Union européenne admet que des avantages soient réservés aux femmes s'ils sont justifiés par la nécessité de protéger la condition biologique de la femme durant la grossesse. La femme, en

⁴⁵ Les fonctions de contrôleur, inspecteur, agent d'animation et technicien conseil de prévention.

⁴⁶ V. L. Camaji, L'argument de la discrimination indirecte en raison du sexe confronté à la retraite des femmes, art. préc. spéc. p. 425.

⁴⁷ Directive 2006/54 CE du Parlement européen et du Conseil, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JO L. 204 du 26 juill. 2006, p. 23.

tant que mère, se voit attribuer des avantages non parce qu'elle joue un rôle social d'éducation à l'égard de l'enfant, mais pour assurer sa propre santé et celle du fœtus. Ce lien entre avantage et santé ne fait aucun doute lorsque le médecin du travail est l'auteur de la décision concédant l'avantage⁴⁸. Pourtant, sous couvert de protéger la santé, certaines règles pourraient dissimuler des stéréotypes de genre. Ainsi, le congé de maternité a une durée de 16 à 46 semaines en fonction du nombre d'enfants concernés⁴⁹. Pour un premier enfant, le congé se divise en 6 semaines avant la date présumée de l'accouchement et 10 semaines après, sachant que la femme peut, si elle le souhaite, opter pour une répartition de 3 semaines avant et 13 semaines après l'accouchement. Il a été observé que beaucoup de femmes n'ont certainement pas besoin d'un délai si long pour être physiquement de nouveau apte à travailler⁵⁰. D'ailleurs, le code du travail laisse entendre que le délai physiologique de récupération n'est que de 6 semaines après l'accouchement⁵¹. Il semble donc qu'une partie du congé maternité ait vocation à assurer les soins nécessaires au nourrisson. Cette lecture est confirmée par quelques dispositions du Code : en cas d'hospitalisation de l'enfant, la femme peut reporter une partie de son congé maternité à la fin de l'hospitalisation⁵². En cas de décès de la mère, le père a droit au congé maternité⁵³. L'ensemble de ces textes véhicule l'idée qu'il appartient d'abord à la mère de s'occuper du nourrisson. L'autre parent n'a qu'un rôle secondaire et bénéficie à ce titre d'un congé spécifique et assez bref pour accueillir l'enfant⁵⁴. Or les juges n'ont jamais révélé le stéréotype. Au contraire,

⁴⁸ Par exemple pour un changement temporaire d'affectation qui doit être justifié par l'état médical de la femme : art. L. 1225-7 s. C. trav.

⁴⁹ Art. L. 1225-17s. C. trav.

⁵⁰ D. Roman, « Ce que le genre fait au droit », *art préc.*, p. 112.

⁵¹ Certes, le congé maternité est en règle générale de 16 semaines mais rien n'oblige la femme à demander l'intégralité de ce congé. En revanche, l'employeur a l'interdiction d'employer la salariée dans les 6 semaines qui suivent son accouchement. (art. L.1225-29 C. trav.) sous peine de sanction pénale : art. R. 1227-7 C. trav.

⁵² Si l'enfant est resté hospitalisé jusqu'à l'expiration de la 6^e semaine suivant l'accouchement. Ce délai de 6 semaines révèle une fois encore qu'il est bien lié à la santé de la femme.

⁵³ Art. L. 1225-28 C. trav.

⁵⁴ Art. L.1225-35 : après la naissance de l'enfant, un congé paternité ou d'accueil de l'enfant si le conjoint de la mère n'est pas le père de 11 jours est accordé.

la Cour de justice de l'Union européenne justifie les avantages sexospécifiques par une condition biologique. Ainsi, concernant le congé maternité, il est justifié par la protection de la santé et par « la relation spéciale entre la mère et l'enfant durant la période suivant la grossesse et l'accouchement »⁵⁵. Il est nécessaire, selon les juges, que ces rapports particuliers ne soient pas troublés par l'exercice simultané d'une activité professionnelle. Cette relation mère/enfant est-elle vraiment propre au corps ? La Cour de justice l'affirme en jugeant que seule une femme ayant accouché peut y prétendre⁵⁶. Elle refuse à une mère ayant bénéficié d'une convention de mère porteuse le droit à un congé maternité et partant, tous les autres avantages qui y sont associés⁵⁷. Pourtant, il est difficile de croire que pour un premier enfant, le temps nécessaire à la création du lien mère/enfant soit de 16 semaines mais qu'il soit de 46 semaines pour le troisième enfant alors que par ailleurs, pour le père, que ce soit le premier ou le troisième enfant, la durée du congé paternité reste identique. Incidemment, l'ordre juridique laisse penser que c'est la femme déjà mère de deux enfants qui est principalement chargée des tâches domestiques et perpétue ainsi un stéréotype sexué de répartition des rôles au sein du ménage.

2. *Le sexe : une exigence professionnelle*

Le droit européen, repris par l'article L. 1133-1 du Code du travail, admet qu'un employeur tienne compte du sexe d'un salarié lorsque celui-ci constitue une exigence essentielle et déterminante pour occuper l'emploi. Tel est le cas pour les artistes appelés à interpréter un rôle sexué, les mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ou les modèles⁵⁸. Reste qu'il est parfois délicat de se prononcer sur la notion d'exigence professionnelle et que cette lecture peut nourrir des stéréotypes de genre. Ainsi en 1983, La Cour de

⁵⁵ V. notamment, CJCE, 12 juillet 1984, Hofmann, 184/83, *Rec.* p. 3047, point 25.

⁵⁶ CJUE, 18 mars 2014, aff. C-167/12, CD. et aff. C-363/12, Z.

⁵⁷ Pourtant l'avocate générale proposait de partager le congé maternité entre la mère biologique et la mère commanditaire en distinguant la protection de la santé et les relations entre la mère et l'enfant.

⁵⁸ Art. R. 1142-1 C. trav.

justice a estimé que la profession de sage-femme pouvait légitimement être réservée aux femmes par la législation britannique eu égard aux susceptibilités personnelles des patientes⁵⁹. De même, au sujet des emplois dans la police et dans l'armée, la Cour adopte une attitude très prudente. Elle considère qu'une situation particulièrement risquée justifie que des postes soient réservés aux hommes⁶⁰. Dès lors, elle ne facilite pas un dévoilement d'une répartition sexuée de certains emplois. La Cour de cassation, à notre connaissance, n'a jamais été amenée à se prononcer sur la question. Toutefois on repère chez les auteurs une tendance à qualifier les exigences des clients d'exigence professionnelle essentielle. Ainsi est-il affirmé que n'est pas illégitime « le désir d'une femme d'être prise en charge, lors d'examens médicaux ou de soins corporels, par une autre femme »⁶¹. Les exigences des clients sont toutefois peut-être chargées de préjugés et l'admission par le juge de cette justification pourrait s'avérer problématique pour dévoiler à l'avenir des stéréotypes dans la répartition des emplois⁶².

Le rôle du juge dans la mise en évidence des stéréotypes de genre est essentiel mais présente des limites. Aussi, une toute autre approche, exigeant un regard sur soi-même, mérite l'attention.

⁵⁹ CJCE 8 nov. 1983, Commission c/ RU aff. 165/82 *Rec.* p. 3431, point 20.

⁶⁰ CJCE 15 mars 1986, Johnston, 222/84, *Rec.* p. 165 (Poste dans la police en Irlande du Nord réservé aux hommes), CJCE 26 octobre 1999, Sirdar, C. 273/97 *Rec.* p. I-7403, poste de cuisinier dans les *Royal Marines* britanniques réservé à un homme. Contra. CJCE 11 janv. 2000, Kreil, C 285/98 *Rec.* p. 69 (condamnation de la législation allemande excluant très largement les femmes des emplois militaires).

⁶¹ Commentaire qu'on peut lire sous l'art. L. 1133-1 C. trav., Dalloz, 2016 (version numérique).

⁶² Sur les exigences des clients, la Cour de cassation a posé une question préjudicielle à la CJUE sur la question du port du voile. Les dispositions de l'article 4, § 1, de la directive 78/2000/CE doivent-elles être interprétées en ce sens que constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, le souhait d'un client d'une société de conseils informatiques de ne plus voir les prestations de service informatiques de cette société assurées par une salariée, ingénieur d'études, portant un foulard islamique ? ; Soc. 9 avr. 2015, pourvoi n° 13-19.855.

II. La révélation des stéréotypes par voie d'introspection

La persistance d'un plafond de verre en matière de carrière des femmes laisse penser qu'il demeure nombre de règles, d'actes ou de pratiques qui reposent sur des stéréotypes de genres condamnables. Plutôt qu'opérer un dévoilement de ces préjugés *a posteriori* par la voie juridictionnelle, il est envisageable d'intervenir en amont, avant tout contentieux. Il faut alors que l'auteur de la règle ou de la décision prenne conscience que ses choix intègrent certains stéréotypes même bien intentionnés⁶³. Le législateur a donc tout d'abord exigé des acteurs des relations professionnelles qu'ils analysent leurs pratiques (A). Plus récemment, ce même travail d'analyse s'est imposé au législateur lui-même dans l'élaboration des règles qu'il édicte (B).

A. L'analyse des pratiques professionnelles

Depuis quelques années, le législateur élargit son panel de règles en matière d'égalité. Il ne s'agit plus seulement de prescrire un résultat à atteindre mais d'inciter les acteurs des relations du travail à mettre en question leurs pratiques quotidiennes en matière de ressources humaines. Ils doivent tout d'abord livrer des indicateurs statistiques ventilés par sexe permettant un « diagnostic »⁶⁴ (1). A l'issue de cette première étape, ils doivent analyser les causes des inégalités constatées et rechercher des « remèdes »⁶⁵ (2). Le législateur propose ainsi un cadre, une méthode d'analyse introspective, propre à mettre en évidence des stéréotypes de genre.

1. Le diagnostic

Admettre qu'un raisonnement ou des choix sont peut-être construits sur des stéréotypes suppose de repérer au préalable une différence structurelle. La collecte de données statistiques est l'outil qui permet de constater objectivement une répartition inégalitaire, du

⁶³ Sur les préjugés bien intentionnés, v. D. Roman, *art. préc.*

⁶⁴ Art. L. 2323-8 C. trav.; L. 5121-10 C. trav.

⁶⁵ Art. L. 2261-22 C. trav.; L. 2241-3 C. trav.

moins d'un point de vue arithmétique. Si les statistiques ventilées en fonction des origines ou des convictions religieuses font polémiques, en revanche, la collecte de données en fonction du sexe ne pose aucune difficulté⁶⁶, que ce soit pratique⁶⁷ ou éthique. Diverses dispositions européennes incitent d'ailleurs les Etats à développer des indicateurs sexués. Ainsi, la directive européenne de 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail énonce « qu'afin de mieux comprendre la différence de traitement entre les hommes et les femmes en matière de travail et d'emploi, il convient de continuer à développer et à analyser des statistiques comparables, ventilées par sexe, et de les rendre accessibles aux niveaux appropriés ». Cette invitation européenne se traduit, en droit national, par diverses obligations à la charge des acteurs des relations du travail. En effet, l'employeur doit établir une base de données économiques et sociales mise en permanence à la disposition des représentants du personnel. Figure dans cette base une rubrique dédiée à l'égalité entre les hommes et les femmes⁶⁸ présentant, sous forme de données chiffrées, des indications sur les conditions de travail des deux années précédentes et les perspectives pour les trois années à venir⁶⁹. Or, ces données doivent être ventilées par sexe pour permettre de comparer la situation des femmes et des hommes dans l'entreprise⁷⁰. Les indicateurs retenus sont multiples et certains sont orientés vers le dévoilement de stéréotype de genre. Ainsi en est-il du

⁶⁶ C. Nivard et M. Moschel, « Discriminations indirectes et statistiques : entre potentialités et résistances », in *Ce que le genre fait au droit, op. cit.*, p. 77

⁶⁷ Le sexe est une donnée de l'état civil.

⁶⁸ Art. L. 2323-8 C. trav. Cette rubrique comprend un diagnostic et une analyse de la situation respective des femmes et des hommes pour chacune des catégories professionnelles de l'entreprise en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de qualification, de classification, de conditions de travail, de sécurité et de santé au travail, de rémunération effective et d'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle, analyse des écarts de salaires et de déroulement de carrière en fonction de l'âge, de la qualification et de l'ancienneté, évolution des taux de promotion respectifs des femmes et des hommes par métiers dans l'entreprise.

⁶⁹ Art. L. 2323-8 C. trav. al 4. La loi Rebsamen du 17 août 2015 a supprimé le rapport annuel de situation comparée entre les hommes et les femmes et prévu que les informations qui y figuraient intégreront la base de données économique et sociale.

⁷⁰ Art. L. 2323-17 C. trav. ; R. 2323-9 C. trav. et R. 2323-12 C. trav.

nombre de travailleurs à « temps partiel choisi », de travailleurs de nuit, des congés de plus de six mois ou encore de la durée moyenne entre deux promotions⁷¹. Toutes ces informations sont agglomérées au niveau de la branche pour permettre l'élaboration d'un rapport présentant une situation comparée par secteur d'activité⁷². Enfin, le médecin du travail doit également fournir un rapport annuel d'activité comportant des données sexuées⁷³. Par ailleurs les pouvoirs publics accompagnent les entreprises dans leur collecte de données, soit en mettant à leur disposition des outils techniques, notamment des logiciels⁷⁴, soit en leur accordant une aide financière permettant de faire un audit⁷⁵. Les acteurs des relations du travail ont ainsi à leur disposition des données statistiques qui présentent des qualités essentielles : elles sont immédiatement disponibles, actualisées régulièrement, précises et variées. Mais ces données ne sont qu'une photographie, révélant une éventuelle inégalité mathématique. Reste alors à les analyser pour dévoiler d'éventuels stéréotypes et y remédier.

2. De l'analyse au remède

L'employeur ne peut se contenter de livrer des informations chiffrées. Celles-ci ne sont que le symptôme d'une situation posant difficulté. Aussi faut-il ensuite analyser ces données. Là encore, le législateur a fixé un cadre procédural. L'objectif est de contraindre l'employeur à échanger avec les interlocuteurs sociaux pour entendre leur point de vue et ainsi, nourrir sa propre décision. Plusieurs acteurs

⁷¹ Art. R. 2323-12 C. trav.

⁷² Dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire sur les salaires : art. L. 2241-2 (évolution des salaires par catégories professionnelles et par sexe) et art. L. 2241-3 et D. 2241-7 C. trav. dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

⁷³ Art. L. 4624-1 C. trav.

⁷⁴ <http://www.ega-pro.femmes.gouv.fr/>

⁷⁵ Art. R.1143-1 C. trav. Les entreprises occupant moins de 300 salariés peuvent conclure avec l'État des conventions leur permettant de recevoir une aide financière (dite « aide financière à l'audit ») pour faire procéder à une étude de leur situation en matière d'égalité professionnelle et des mesures susceptibles d'être prises pour rétablir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes.

vont intervenir. Tout d'abord, l'employeur doit consulter chaque année le comité d'entreprise sur la politique d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise⁷⁶. Dans les entreprises de plus de 300 salariés, le comité d'entreprise dispose en son sein d'une commission de l'égalité professionnelle chargée de préparer cette réunion et il peut faire appel à un expert, rémunéré par ses soins⁷⁷. Cette consultation vise à essayer de comprendre les écarts constatés entre les hommes et les femmes, recenser les mesures prises pour les réduire et présenter un calendrier d'action pour l'avenir. Outre cette consultation périodique, l'employeur doit régulièrement engager des négociations avec les organisations syndicales sur la question de l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail⁷⁸. Il s'agit alors, lorsque les informations chiffrées indiquent un écart des conditions d'emploi entre les femmes et les hommes⁷⁹, de fixer des objectifs de progression et les moyens d'y parvenir. Pour préparer cette négociation, il est possible de faire appel à un expert technique, financé par l'employeur⁸⁰. Il est remarquable que les pouvoirs publics n'imposent pas un résultat à atteindre mais guident les acteurs vers le dévoilement de stéréotypes de genre. Ainsi le ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé a mis en ligne une série de fiches synthétiques élaborées par la Direction générale du travail. Ces fiches ne sont pas obligatoires mais sont une ressource pour l'action. Elles proposent par exemple en matière d'embauche, la « sensibilisation des personnes chargées de recrutement, aux stéréotypes femmes/hommes » ou encore « la formation de X% » des acteurs du recrutement de l'entreprise afin d'identifier et de lutter contre les stéréotypes femmes hommes mis en œuvre lors des procédures de recrutement ». Sont également fréquemment proposés des objectifs de mixité des emplois ou de promotion du partage des responsabilités familiales⁸¹. Le choix des remèdes n'est donc pas imposé mais discuté avec les représentants

⁷⁶ Art. L. 2323-15 C. trav.

⁷⁷ Art. L. 2325-41 C. trav.

⁷⁸ Tous les ans au niveau de l'entreprise (art. L. 2242-1 C. trav.), tous les trois ans au niveau de la branche (art. L. 2241-3 C. trav.)

⁷⁹ Écart de rémunération, d'accès à l'emploi, de formation professionnelle, de déroulement de carrière, de promotion professionnelle, de condition de travail, de mixité des emplois (art. L. 2242-8 C. trav.).

⁸⁰ Art. L. 2325-38 C. trav.

⁸¹ <http://www.ega-pro.femmes.gouv.fr/>

des salariés. Si la négociation collective aboutit, les objectifs sont actés dans un accord collectif. A défaut, l'employeur doit adopter un plan unilatéral. Sa carence l'expose à divers désagréments, financiers⁸² ou juridiques⁸³. Mais l'adoption d'un accord collectif ou d'un plan unilatéral n'est pas le point d'orgue de ce processus. L'année suivante, l'employeur devra, lors de la consultation et de la négociation annuelle, dresser un bilan des mesures adoptées et s'il y a lieu, proposer de nouvelles mesures.

S'esquisse ainsi en droit du travail une exigence procédurale d'identification des stéréotypes de genre. Ce n'est alors plus le juge qui dévoile et sanctionne le stéréotype par application des règles de non-discrimination, mais les acteurs eux-mêmes qui identifient les difficultés, cherchent à y remédier, mesurent l'impact des mesures prises. Cette méthode introspective s'est progressivement imposée au législateur lui-même.

B. L'analyse des règles nationales

Si la voie judiciaire a permis de mettre à jour des stéréotypes de genre véhiculés par la règle alors même que le législateur français les niait, le juge se montre parfois prudent et hésite à condamner des stéréotypes « bien intentionnés », car ils attribuent des avantages spécifiques aux femmes et leur dévoilement peut conduire à la suppression de la prérogative pour tous⁸⁴. Aussi, est-il nécessaire que l'auteur de la règle examine lui-même si ses choix sont porteurs d'un stéréotype de genre. Une telle procédure réflexive s'est progressivement imposée en France.

La phase de diagnostic est délicate, car il ne s'agit pas ici de mesurer les écarts entre les femmes et les hommes, mais d'identifier si la règle de droit porte en germe des stéréotypes. Aussi, ce sont des commissions d'experts qui se voient confier une double mission.

⁸² Art. L. 2242-5-1 et L. 2242-9 C. trav. : pénalité financière si l'employeur, à défaut d'accord collectif, n'a pas adopté de plan d'action.

⁸³ Art. L. 2242-20 C. trav. Si l'employeur n'a ni accord ni plan d'action, il ne peut pas négocier un accord visant à adapter les règles relatives à la périodicité de certaines négociations obligatoires.

⁸⁴ *Infra.*

D'une part, elles repèrent lors de l'élaboration de la règle, d'éventuels stéréotypes ; d'autre part, elles dressent un bilan de l'effet des lois adoptées. Ces experts sont étroitement intégrés au processus législatif.

Depuis la loi Roudy de 1983⁸⁵, de nombreuses structures ont ainsi été instituées pour accompagner les pouvoirs publics dans leur politique d'égalité professionnelle. L'Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes, créé en 1995, devenu en 2013 le Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, est placé auprès du premier ministre. Le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle est attaché au ministre du Travail. Le ministère chargé des droits des femmes bénéficie d'un service administratif dédié⁸⁶, intégré à la direction générale de la cohésion sociale. En 1999 a été créé au sein de l'Assemblée nationale et du Sénat, une délégation parlementaire aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes⁸⁷. En 2010, une telle délégation a également été instituée au sein du Conseil économique, social et environnemental⁸⁸. Toutes ces structures interviennent à différentes étapes du processus législatif. En amont, elles font œuvre de proposition, donnent un avis sur les mesures envisagées, impulsent une réflexion ou le choix d'outil. En aval, elles assurent un suivi de l'application des lois adoptées. Les différents rouages institutionnels sont donc sensibilisés au risque de stéréotype de genre véhiculé par la règle.

Une nouvelle étape a été franchie en 2012. Une circulaire du Premier ministre demande à chaque ministère d'évaluer tout projet législatif ou réglementaire à l'aune de la question de l'égalité femme/homme⁸⁹. Chaque projet de loi doit désormais être accompagné d'une étude d'impact visant à vérifier si ses dispositions

⁸⁵ La loi n° 83-635 du 13 juil. 1983 dite loi « Roudy », du nom de Yvette Roudy, ministre des droits de la femme, porte sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes qui travaillent en entreprise.

⁸⁶ Le service des droits des femmes cherche à promouvoir l'égalité entre hommes et femmes dans l'accès au travail, les rémunérations, faciliter les rythmes de vie des femmes et aussi de lutter contre toute forme de violence envers les femmes.

⁸⁷ Loi n° 99-585 du 12 juil. 1999.

⁸⁸ Loi organique n° 2010-704 du 28 juin 2010 relative au Conseil économique, social et environnemental.

⁸⁹ Circ. 23 août 2012 relative à la prise en compte dans la préparation des textes législatifs et réglementaires de leur impact en termes d'égalité entre les femmes et les hommes.

ne portent pas atteinte aux droits des femmes, et si des dispositions supplémentaires ne s'imposent pas afin de réduire les inégalités existantes. Ces études sont ensuite rendues publiques sur différents sites internet⁹⁰. Reste enfin à trouver les moyens d'atteindre cet objectif de lutte contre les stéréotypes de genre. C'est alors le Conseil de l'Europe qui, à la manière des pouvoirs publics dans le cadre des pratiques professionnelles, propose un guide pour l'action. En effet, en janvier 2016, dans le cadre du Conseil de l'Europe, une commission pour l'égalité des genres a été mise en place. Son rôle consiste notamment à faciliter l'échange d'expériences et des bonnes pratiques des Etats membres afin de « parvenir à un changement réel concernant l'égalité de genre dans les Etats membres ». Gageons que ces études d'impacts et ce partage de bonnes pratiques fassent évoluer la question de l'identification des stéréotypes de genre. Il reste qu'à l'aube de son départ de l'Université, la récipiendaire de ces lignes voit deux de ses centres d'intérêts tisser des liens très étroits : le droit Conseil de l'Europe se saisit de la question du genre.

Septembre 2016.

⁹⁰ Site du ministère des droits des femmes ou légifrance (dossier législatif).

Table des matières

<i>Biographie de Catherine Philippe</i>	7
<i>Avant-propos, Anne BROBBEL DORSMAN, Béatrice LAPÉROU-SCHENEIDER, Laurent KONDRATUK</i>	15

Genre

Sabine CORNELOUP <i>De la difficulté d’appréhender la violence faite aux femmes en droit international privé. Retour sur Civ. 1^{re}, 11 février 2015</i>	21
Isaak DORE <i>Same sex marriage in the United States : Intersection between Law and Politics</i>	37
Laurent KONDRATUK <i>Le travestissement dans les droits romain et judéo-chrétien</i>	51
Chantal MATHIEU <i>Le dévoilement des stéréotypes de genre en droit du travail</i>	65
Anne-Marie OLIVA <i>La contribution de la politique de cohésion économique, sociale et territoriale de l’Union européenne à l’égalité entre les femmes et les hommes</i>	87

Famille

Célia BERGER-TARARE <i>Ouvrir la fiducie aux libéralités : pour une fiducie-gestion fonctionnelle dans le cadre familial</i>	107
Damienne BONNAMY <i>Famille, familles : entre petits secrets et grand mystère</i>	127
Anne BROBBEL DORSMAN <i>Libres propos jouant fantaisiste balade autour de l’amitié</i>	147
Renaud BUEB <i>L’inceste dans la doctrine pénale d’Ancien Régime</i>	177

Isabelle CORPART <i>Le droit de l'adoption au milieu du gué, entre réjouissances et espoirs déçus</i>	193
Raphaële FAIVRE <i>La prestation compensatoire : une prestation civile d'aide post-matrimoniale</i>	213
Jacqueline FLAUSS-DIEM <i>Refus de parents handicapés et intérêt de l'enfant à être adopté. Observations anglo-françaises</i>	235
Christine LEBEL <i>La protection de la résidence principale de l'entrepreneur individuel</i>	247
Laurent MORDEFROY <i>Secret médical : la famille dans la confiance ?</i>	269
Catherine TIRVAUDEY <i>L'exécution des décisions du juge aux affaires familiales</i>	279

Vulnérabilité

Régis AUBRY <i>Vieillesse et vulnérabilité. Une inadéquation inquiétante entre ce qu'est la personne âgée et ce que devient notre société</i>	301
Béatrice LAPÉROU-SCHENEIDER <i>La vulnérabilité, nouveau critère du délit de discrimination, quelle perspective ?</i>	315
Françoise MONÉGER <i>La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, une Convention méconnue</i>	329
Georges WIEDERKEHR <i>Le contractant vulnérable</i>	349
Federico PERNAZZA <i>L'insegnamento del Diritto Comparato dell'Economia : a problem-oriented approach</i>	363