HAL
open science

Genre et travail : Propos juridique et économique

Mathilde Julien, Virginie Forest

To cite this version:

Mathilde Julien, Virginie Forest. Genre et travail : Propos juridique et économique. CNRIUT 2023 Saint Pierre - La Réunion, IUT de Saint Pierre, Jun 2023, Saint Pierre (La Réunion), La Réunion. pp.290-292. hal-04326811

HAL Id: hal-04326811

https://hal.science/hal-04326811v1

Submitted on 6 Dec 2023

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.

Genre et travail
Propos juridique et économique

Mathilde JULIEN[1] Virginie FOREST[2]
mathilde.julien-le-borgne@univ-lyon1.fr virginie.forest@univ-lyon1.fr

[1] IUT, Lyon 1 Université
CERCRID UMR CNRS 5137

[2] IUT, Lyon 1 Université

Thèmes – *Économie - Droit - Gestion*

Résumé – *Comment la question des discriminations en raison du sexe, du genre ou de l'orientation sexuelle dans le cadre du travail est-elle appréhendée ? Pour nombre d'employeurs, il y a là le siège d'un risque juridique, précisément d'un risque contentieux qu'il convient d'éviter. Par ailleurs, au-delà de tout angélisme et des valeurs d'égalité et de justice, ces discriminations représenteraient aussi un manque à gagner économique et les entreprises pourraient tirer des gains de leur réduction. Pour ces raisons, les services RH se sont emparés du sujet, choisissant de promouvoir la « diversité » ou l' « inclusion », au moyen d'une gestion de la main-d'oeuvre voulue comme socialement vertueuse et économiquement performante. L'article questionne le cadre de ces pratiques de gestion des ressources humaines et la manière dont elles se saisissent - ou devraient se saisir - du genre, en lien au non avec d'autres critères prohibés. Points de vue juridique et économique gagnent à être croisés pour s'interroger sur les mérites d'une meilleure appréhension du genre et une résorption plus efficace des discriminations directes ou indirectes, combinées, multiples ou systémiques.*

Mots-Clés – *Travail, Genre, Discrimination, Egalité*

1 Introduction

Le licenciement d'un salarié portant des boucles d'oreilles, jugées inadaptées pour un homme, est discriminatoire en ce qu'il a pour cause l'apparence physique rapportée au sexe (Soc. 11 janv. 2012, n° 10-28.213). Un employeur est condamné pour discrimination, une alternante en poste dans l'entreprise ayant été traitée de « sac à foutre », insulte accompagnée de jets de détritus (Soc. 20 mai 2015, n° 14-13.357). Autre condamnation dans une affaire où un salarié voit sa période d'essai rompu après avoir reçu par erreur un sms de son manager : « Je ne [le] garde pas, […] je ne le sens pas ce mec, c'est un PD, ils font tous des coups de putes » (CA Paris, 16 décembre 2015). La discrimination subie par un steward portant des tresses africaines a été récemment reconnue : il avait été mis à pied en raison de sa coiffure puis astreint à porter une perruque au travail. Il assigne son employeur et obtient gain de cause devant la Cour de cassation, celle-ci rejetant les stéréotypes de genre pour retenir en l'espèce une discrimination directe en raison du sexe (Soc. 23 novembre 2022, n° 21-14.060). Ces contentieux sont édifiants mais rares. Pourtant, le travail est un lieu d'expériences de conduites discriminatoires. Selon l'Insee, en 2019, le revenu salarial des femmes reste inférieur en moyenne de 22 % à celui des hommes. Le baromètre 2020 des discriminations dans l'emploi[1] établit que 42% des personnes actives en France déclarent avoir été témoins de discrimination. 41% des personnes actives disent avoir été victimes d'au moins un propos ou comportement sexiste, homophobe, raciste, lié à l'état de santé, au handicap ou à d'autres caractéristiques personnelles au travail. 23% des personnes actives déclarent avoir été victimes de discrimination(s) dans l'emploi. Les critères de discrimination les plus souvent évoqués sont l'apparence physique (40% des personnes ayant déclaré des discriminations), le sexe (40% d'entre elles) et l'état de santé (30% d'entre elles). Une personne homosexuelle ou bisexuelle a trois fois plus de risque d'être victime de discrimination au travail par rapport à un individu hétérosexuel, blanc et en bonne santé. Pourtant la France possède un cadre normatif contre les discriminations dans tous les domaines de l'emploi. La question du genre au travail est un objet de recherche en sciences sociales, en droit comme en économie.

2 Droit de la non-discrimination et genre dans les relations de travail

La loi française - code pénal et code du travail – et les textes internationaux et européens prohibent un certain nombre motifs discriminatoires. Parmi ceux-là, figurent le sexe, mais aussi l'identité de genre et l'orientation sexuelle. D'autres, tels que le handicap, l'état de santé, l'origine, la vulnérabilité économique peuvent se combiner même si les dispositifs juridiques se préoccupent peu du fait que les personnes puissent être victimes simultanément de plusieurs formes de discrimination. Sur ce plan, le concept d'intersectionnalité ouvre la voie d'une prise en considération de cette interaction de différents motifs. Cette perspective intersectionnelle qui va au-delà des expériences de prise en compte des catégories uniques et isolées de discrimination, au-delà donc du traitement de la discrimination sur un seul motif, permet d'appréhender la discrimination comme résultant des rapports sociaux et non de caractéristiques propres aux individus.

Le sexe identifie deux catégories, les femmes et les hommes. Cette différence est entérinée, peut-être même en partie produite, par le droit lui-même. Le genre comme l'orientation sexuelle postulent d'autres situations qui, elles, ne sont pas nommées par des énoncés normatifs, notamment dans le Code du travail. Le sigle LGBTQI+ évoque les personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, trans, queers, intersexes et autres variantes, c'est-à-dire non hétérosexuelles, non cisgenres ou non dyadiques. La recherche d'égalité entre femmes et hommes, et plus largement entre individus sans considération du genre ou de l'orientation sexuelle repose de manière générale sur un arsenal normatif riche et complexe : le droit au respect de la vie privée, la protection de la vie personnelle, l'égalité de droits ou l'égalité de traitement, les libertés et droits fondamentaux, les règles de non discrimination - directe ou indirecte, systémique, l'action positive, l'interdiction du harcèlement sexuel ou discriminatoire et de l'injonction de discriminer[2].

Dans le cadre des relations de travail, ces règles sont mobilisables contre l'entreprise, la personne morale et/ou la ou les personnes physiques la représentant, en cas de refus d'embauche, mais aussi dans l'exécution du contrat, dans des situations dites de « mise au placard » ou de retard dans l'évolution de carrière comme en matière salariale, en cas de licenciement, etc. En pratique contentieuse, il s'avère que la discrimination, la violation d'une liberté et le harcèlement sont plaidés par les avocats de manière principale ou accessoire, en complément d'un premier objet de demande pour invoquer des sanctions plus lourdes contre l'employeur. Il s'agira d'obtenir la nullité de la décision patronale (du licenciement prononcé par exemple), et une meilleure réparation, parce qu'intégrale, du préjudice. L'employeur pourra aussi faire l'objet d'une condamnation pénale. Le candidat à l'emploi ou le salarié, demandeur en justice, se trouve très souvent confronté à des difficultés probatoires. Certes, les règles de preuves sont aménagées, en tout cas au contentieux civil. L'action de groupe est possible. Et

les juges n'hésitent pas à reconnaître la discrimination indirecte en présence de règles conventionnelles ou patronales apparemment neutres mais ayant des conséquences discriminatoires sur le plan individuel ou collectif. Cela concourt à armer les personnes touchées par la discrimination et le harcèlement dans le monde du travail. Reste l'épineuse question de l'effectivité de ces règles et dispositifs juridiques, de la conformité des actions et situations réelles au modèle d'égalité que le droit signifie. L'égalité juridique ne suffit pas à assurer l'égalité réelle, notamment dans l'espace privé qu'est l'entreprise.

3 Les intérêts de la non-discrimination en raison du genre dans le travail

Pourquoi mettre en œuvre le droit de la non-discrimination liée au genre dans les relations de travail ? Dans une visée instrumentale, pour des impératifs de gestion, pour atteindre des objectifs économiques et financiers, un gain de performance, pour une profitabilité supérieure à celle des concurrents, pour améliorer l'image de marque et l'attractivité de l'entreprise, pour fidéliser les talents ? Peu importe alors les valeurs associées à la non-discrimination et à l'égalité. Ou alors sont-elles seulement secondaires. C'est aussi la question de la sincérité des entreprises et des pratiques dites de *pinkwashing*.

Dans cette perspective, les préoccupations de l'entreprise reposent sur une analyse économique des coûts de la discrimination[3], qu'elle résulte de biais cognitifs ou stéréotypes de genre ou qu'elle soit systémique. L'accent est mis depuis peu sur le déploiement de dispositifs incitatifs et pédagogiques visant à minimiser les pertes individuelles et collectives liées à ces pratiques discriminatoires. En ce sens, il convient de mieux former les salariés des services RH à ne pas discriminer en luttant contre les préjugés liés au genre ; d'inciter les entreprises à mettre en œuvre de bonnes pratiques, au-delà de la peur du « gendarme étatique », dans une logique de *soft law* ; de créer des certifications ou labels (tel le label RSEi Responsabilité Sociétale des Entreprises inclusives), pour faire connaître et valoriser les employeurs les plus « inclusifs » ; de produire des indicateurs salariaux ou quantitatifs de gestion pour identifier et mesurer statistiquement les inégalités professionnelles et mieux les résorber. Ici, les limites de la règle de droit, perçue dans sa dimension punitive et sanctionnatrice, sont dénoncées : inefficacité voire effets pervers. L'analyse économique est finalement invoquée pour réduire la place du droit dur (obligatoire et sanctionnable devant un tribunal) au profit de dispositifs de « nudging » ou d'incitation à l'inclusion, à la diversité, à l'égalité des chances et à la prévention des discriminations.

La mise en oeuvre de ces dispositifs favorise sans doute le déploiement de politiques RH transparentes, objectives et proactives en matière de gestion du personnel. Le respect de la personne et de sa dignité, la cohésion sociale, le droit à l'autodétermination et la protection de la vie privée portés par le droit de la non-discrimination requièrent la combinaison de procédés incitatifs volontaires de la part des entreprises et de mécanismes juridiques étatiques dits durs. Cette combinaison a le mérite de tenir compte de l'interaction entre les logiques de marché et de protection des droits fondamentaux. En tout état de cause, il s'agit de ne pas imputer aux caractéristiques personnelles des individus minorisées la discrimination qu'ils subissent. Certes il faut rétablir les droits de ceux qui sont lésés à titre individuel mais aussi lutter contre les mécanismes producteurs des inégalités sociales liées au genre pour que les discriminations disparaissent. Ainsi les entreprises peuvent-elles mettre en place une politique de diversité ciblant le critère de l'orientation sexuelle ou l'identité de genre (via une charte par exemple). Cette politique par essence temporaire prendra fin une fois l'égalité réelle atteinte. Ces actions positives sont un moyen de combattre les discriminations et non une fin en soi.

4 Conclusion

Les problématiques évoquées ici sont centrales dans le champ des relations de travail. En guise de conclusion et pour ouvrir le propos, on soulignera que d'autres formes plus complexes de discriminations émergent. Elles sont produites par l'intelligence artificielle. En effet le recours aux algorithmes dans la gestion des ressources humaines engendre des risques de discrimination importants et sous-estimés. Ces discriminations dites algorithmiques requièrent sans doute de nouveaux mécanismes de contrôle. A tout le moins, les exigences d'objectivité et de transparence qui pèsent sur l'ensemble des outils décisionnels et des process RH s'imposent-elles également à ces dispositifs technologiques, prétendument efficaces, autonomes et neutres.

Références

[1] Défenseur des droits et Organisation internationale du travail, *Baromètre de la perception des discriminations,* coll. Études & Résultats, 13ème édition, déc. 2020

[2] M. Mercat-Bruns, *Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ?* Rev. trav. 2020, p. 25

[3] S. Carcillo et M.-A. Vailfort, *Les discriminations au travail : femmes, ethnicité, religion, âge, apparence, LGBT*, Sciences Po Les Presses, 2018, p. 73