HAL
open science

L'égalité entre les femmes et les hommes dans l'emploi : réflexions sur l'évolution récente du droit français

Réjane Sénac

To cite this version:

Réjane Sénac. L'égalité entre les femmes et les hommes dans l'emploi : réflexions sur l'évolution récente du droit français. Droit et Société : Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique, 2006, 62, pp.67 - 93. hal-01557939v1

HAL Id: hal-01557939

https://sciencespo.hal.science/hal-01557939v1

Submitted on 6 Jul 2017 (v1), last revised 6 Nov 2017 (v2)

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.

L'égalité entre les femmes et les hommes dans l'emploi : réflexions sur l'évolution récente du droit français

Réjane Sénac-Slawinski

« C'est la considération du *sexe* qui offre l'exemple le plus probant d'hésitation entre une acception classique de la non-discrimination et une vision plus moderne de l'égalité différentielle » [1].

Pour illustrer cette affirmation, Antoine Lyon-Caen oppose un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 16 mars 1989 [2] montrant l'attachement de la Cour de cassation française à l'acception classique de non-discrimination avec la condamnation par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) des pratiques salariales à effet discriminatoire. La Cour de Luxembourg, dont l'interprétation doit guider les juges nationaux en ce domaine, s'intéresse en effet moins aux mobiles des employeurs qu'aux conséquences observables de leurs décisions. Cet arrêt montre, selon lui, la concurrence des qualifications en ce qui concerne l'application du principe d'égalité en droit du travail. L'égalité entendue comme égalité formelle de non-discrimination légale revendiquant l'acceptation de différenciations jugées légitimes se transforme en principe d'égalisation des conditions, luttant contre les discriminations par des mesures de compensation. Notre propos sera d'analyser cette évolution en examinant les significations données au principe de l'égalité entre travailleurs masculins et féminins dans le droit français. Peut-on parler d'une progressive intégration dans les lois, les normes et les pratiques françaises de mesures concrètes (actions positives) pour faire face à la persistance des inégalités hommes-femmes ?

Nous commencerons par examiner l'évolution de la jurisprudence française sur cette question. Nous partageons en effet l'affirmation d'Évelyne Serverin selon laquelle « les fonctions d'une jurisprudence au sens théorique du terme [sont de] permettre l'observation des intérêts en lutte, et [d']assurer la garantie des transformations économiques et sociales » [3]. Comme l'explicite Antoine Jeammaud dans son avant-propos à l'ouvrage *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, publié à partir de la thèse d'Évelyne Serverin, la jurisprudence ne se limite pas à l'actualisation de règles pré-posées dans un « fait judiciaire » mais fait advenir de nouvelles normes dans un « fait juridique ». « Produit d'une pratique résultant de l'articulation d'un certain encadrement juridique de l'activité judiciaire et de son appréhension par le milieu juridique (les juristes de doctrine, les organismes de recension et publication des décisions), cette jurisprudence est en effet constituée en objet sociologique » [4]. Dans cette perspective, la jurisprudence est un des espaces de la transformation du fait social en droit.

1. Antoine LYON-CAEN, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Droit social*, 1, 1990, p. 68-75 (p. 75). Voir notamment Marie-Thérèse LANQUETIN, « La discrimination à raison du sexe en droit international et communautaire », *Droit social,* 12, 1988, p. 806-814.

2. *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, mars 1989, n° 222, p. 130.

3. Évelyne SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Lyon, PUL, 1985, p. 142.

4. Antoine JEAMMAUD, « Avant-propos », *in* Évelyne SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique, op. cit.,* p. 6.

Elle constitue donc un outil permettant d'analyser les forces en présence dans l'élaboration des normes juridiques.

Les contentieux sur les inégalités entre travailleurs masculins et féminins ont été à l'origine d'une jurisprudence européenne revendiquée et commentée. Quel est le sens de la jurisprudence française en ce domaine ? Peut-on parler de parenté – avec tout ce que ces liens peuvent comporter de tensions – entre ces deux jurisprudences ?

Nous ne prétendons pas répondre à ces interrogations en établissant une liste exhaustive des jugements de la Cour de cassation, ou des cours d'appel. En effet, « ce qui donne de la valeur aux pratiques jurisprudentielles, c'est l'existence d'autres pratiques, qu'elles soient théoriques comme les commentaires, la doctrine, ou juridiques comme les réformes procédurales, ou techniques comme la publication et l'informatisation des arrêts » [5]. Rappelons que l'égalité juridique est souvent associée à l'isonomie, l'égalité devant la loi s'exprimant à travers l'adage « les mêmes droits pour tous ». Cependant, la notion de « discrimination justifiée » a été dégagée par la jurisprudence des deux « Palais-Égalité », le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. « Elle se fonde sur deux idées : d'une part, le principe d'égalité ne joue que "toutes choses égales par ailleurs", ne s'applique qu'à des personnes semblables ou des situations identiques ; d'autre part, il est possible d'y déroger pour des impératifs d'intérêt général en rapport avec l'objet ou la finalité de la mesure, sous le contrôle du juge constitutionnel ou administratif » [6]. Le Conseil constitutionnel affirme ainsi que « le principe d'égalité ne s'oppose *ni* à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, *ni* à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un ou l'autre cas, les différences de traitement qui en découlent soient en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit » [7]. Le Conseil d'État admet de son côté une discrimination tarifaire si elle est fondée soit sur « des différences de situation appréciables » entre les usagers, soit sur « une nécessité d'intérêt général en rapport avec les contraintes d'exploitation du service ou de l'ouvrage » [8]. Il valide donc lui aussi des applications différentes d'une règle en fonction des situations concrètes et des considérations d'intérêt général [9]. La Cour européenne des droits de l'homme a elle aussi adopté cette solution en matière d'application du principe d'égalité [10].

5. Évelyne SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique, op. cit.,* p. 15.

6. Guy BRAIBANT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », dans *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, PUF, 1989, p. 105.

7. CC, 82-132 DC, 16 janvier 1982, p. 18 et 87-232 DC, 7 janvier 1988, p. 17.

8. CE, sect., 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, p. 274.

9. CE ass., 1er avril 1938, Sté l'Alcool dénaturé de Coubert, Rec. p. 337 ; CE 29 juin 1994, Association de la presse de la Réunion, Rec. p. 759 ; CE ass. 28 juin 2002, Villemain, avec les conclusions du commissaire du gouvernement Sophie Boissard.

10. Notamment dans l'affaire *Linguistique belge,* 23 juillet 1968.

Ces principes sont-ils transposables dans le droit du travail, ceci plus particulièrement lorsque le conflit oppose un ou plusieurs salariés à une décision de l'employeur jugée contraire au principe de l'égalité entre les sexes ?

Pour répondre à ce questionnement, nous commencerons par présenter les règles posées par la Cour de cassation comme des règles communes avec le juge communautaire sur l'égalité entre travailleurs masculins et féminins (I). Nous aborderons ensuite les liens entre le pouvoir juridique et le pouvoir législatif dans la formulation des règles de droit. Pour cela, nous examinerons des rapports parlementaires et la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. Adoptée à l'Assemblée nationale le 23 février 2006, cette loi a été invalidée pour onze de ses trente et un articles articles par la décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006 du Conseil Constitutionnel (II).

I. Énonciation des principes jurisprudentiels par la Cour de cassation

La mutation jurisprudentielle du principe d'égalité vers la mise en œuvre d'une égalité concrète est à mettre en relation avec la persistance des inégalités professionnelles (de salaire, de carrière) entre les sexes malgré une égalité de droit affirmée aussi bien au niveau communautaire que national. Rappelons en effet que, depuis quatre décennies, le renouvellement des forces de travail s'est fait par la croissance de l'activité féminine puisque le nombre des hommes sur le marché du travail a augmenté d'un peu plus d'un million tandis que celui des femmes a progressé de 5,5 millions. La proportion des femmes dans la population active est passée de 34 % au début des années 1960 à 46,5 % en 2004 [11]. Cette féminisation ne s'est pas accompagnée d'une résorption des inégalités. En effet, comme le précise Margaret Maruani, sociologue, directrice de recherche au CNRS, « sur le marché du travail, féminisation ne rime ni avec mixité, ni avec égalité » [12]. L'écart moyen des salaires entre hommes et femmes est certes passé de 34 % en 1950 à 20 % en 2003 [13] ; et si l'on compare les salaires à poste égal, il reste encore un écart estimé entre 11 % et 6 % [14]. Trois lois ont pourtant jalonné les quarante années de progression du travail salarié des femmes : le principe de l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes est inscrit dans la loi du 22 décembre 1972, il est réaffirmé par la loi du 13 juillet 1983, dite loi Roudy, renforcée par la loi du 9 mai 2001, dite loi Génisson, qui définit les axes de sa mise en œuvre en introduisant l'obligation de mener des négociations sur l'égalité professionnelle tous les trois ans et

11. INSEE, *France, portrait social. Éditions 2005-2006*, Paris, INSEE, coll. « Références », 2005.

12. Margaret MARUANI, *Travail et emploi des femmes,* Paris, La Découverte, 2003, p. 3.

13. INSEE, *Regards sur la parité : femmes et hommes*, Paris, INSEE, 2004.

14. *Cf.* Margaret MARUANI (dir.), *Femmes, genre et sociétés : l'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 2005 ; Sabine FORTINO, *La mixité du travail*, Paris, La Dispute, 2002.

d'intégrer cette question dans l'ensemble des négociations prévues par le Code du travail. Au-delà du cadre législatif, la Charte de l'égalité entre les hommes et les femmes, remise officiellement le 8 mars 2004 au Premier ministre par Nicole Ameline, la ministre de la Parité et de l'Égalité professionnelle, est bâtie autour de cinq axes dont l'égalité professionnelle et l'articulation des temps de vie – professionnelle, personnelle, familiale, sociale et civique. Ce document fonde l'action du Gouvernement en vue d'une égalité réelle entre hommes et femmes sur l'engagement de l'État français d'« impliquer tout un chacun dans la mise en œuvre de l'approche intégrée de l'égalité pour substituer progressivement une culture de l'égalité à une politique d'égalité » [15]. Il recense près de 300 actions menées par les pouvoirs publics, les associations, les élus, les chambres consulaires et les partenaires sociaux.

Dans l'étude consacrée à l'égalité des salariés en droit du travail dans le *Rapport de la Cour de cassation 2003* [16], la recherche d'une égalité de traitement entre les hommes et les femmes y est définie comme « le premier domaine d'application du principe d'égalité reconnu dans le préambule de la Constitution de 1946 et, d'une certaine manière, la première manifestation de l'irruption des droits fondamentaux dans l'entreprise » [17]. L'inégalité salariale entre les travailleurs masculins et féminins est ensuite présentée comme le premier facteur d'inégalité de traitement entre les salariés auquel le droit communautaire s'est spécialement intéressé, « à travers en particulier l'article 119 du traité de Rome (devenu article 141 actuel), auquel la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu un effet direct dès 1971 (arrêt Defrenne, du 25 mai 1971), mais dont le domaine est limité à l'égalité des rémunérations, protection ensuite étendue par la directive de 1976 (76/207) à l'ensemble des conditions de recrutement, de formation et de conditions de travail » [18].

Pierre Bailly structure autour de quatre points les principaux apports de la jurisprudence communautaire à la jurisprudence française en ce qui concerne l'égalité entre travailleurs masculins et féminins : la méthode de vérification des inégalités introduisant la notion de discrimination indirecte, les règles probatoires à mettre en œuvre, les justifications possibles d'une différence de traitement et la question de la discrimination « positive ». Nous proposons d'analyser ces quatre principes en examinant la manière dont ils appliquent le principe de non-discrimination à travers un régime probatoire original et un principe d'égalité, voire d'égalisation intégrant la justification de différence de traitement.

15. Site du ministère à la Parité et à l'Égalité professionnelle : http ://www.femmes-egalite.gouv.fr /grands_dossiers/dossiers/charte_egalite/

16. Pierre BAILLY, « L'égalité des salariés en droit du travail », dans *Rapport de la Cour de cassation 2003*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 81-96.

17. *Ibid.,* p. 81.

18. *Ibid.*, p. 83.

I.1. Principe de non-discrimination : condamnation de la discrimination indirecte complétée par un régime probatoire original

Si nous avons choisi de regrouper les deux premiers principes définis par Pierre Bailly comme caractérisant l'approche de l'égalité par le droit communautaire, c'est parce qu'ils expriment un objectif commun : donner son plein effet à l'interdiction des discriminations entre travailleurs masculins et féminins en modifiant le régime probatoire.

« Le juge communautaire [...] a recours dès 1980 à la notion de discrimination indirecte : la mise en œuvre d'un critère apparemment neutre, étranger à l'identité sexuelle du salarié et créant une différence de traitement entre travailleurs, peut en réalité dissimuler une discrimination à l'égard des personnes d'un sexe déterminé. Ainsi, si une convention collective refuse le bénéfice d'une prime de fin d'année aux travailleurs à temps partiel et s'il s'avère en réalité que cette catégorie est principalement composée de femmes, une discrimination indirecte sera caractérisée (CJCE, 9 septembre 1999, *Krüger,* n° C 281/97). La Cour de cassation n'a pas immédiatement suivi cette approche concrète » [19].

Afin de préciser les enjeux de cette dernière phrase, nous examinerons comment la jurisprudence de la Cour de cassation s'est mise en harmonie avec celle de la Cour de justice des Communautés européennes. Nous commencerons par analyser l'arrêt du 30 mars 1994 dans lequel la chambre sociale de la Cour de cassation [20] affirme que l'absence d'un salarié faisant obstacle à la notation exclut la discrimination fondée sur le sexe, et ceci bien que résultant en partie du congé maternité. Cette décision ne tient pas compte de la jurisprudence constante de la CJCE qui rappelle que « le juge national chargé d'appliquer dans le cadre de ses compétences les dispositions du droit communautaire a l'obligation d'assurer le plein effet de ses normes » [21]. La jurisprudence de la CJCE considère en effet que dès lors qu'une différence de traitement concerne statistiquement une majorité de travailleurs d'un même sexe et n'est pas justifiée par un fait objectif, elle constitue une discrimination indirecte [22]. Elle a en particulier jugé qu'une différence de prise en compte de l'ancienneté entre les travailleurs à temps plein et ceux à temps partiel était discriminatoire [23]. Nous partageons l'observation de Marie-Ange Moreau lorsqu'elle affirme que « l'affaire était suffisamment proche pour que, au minimum, une question préjudicielle soit

19. *Ibid.* , p. 83.

20. Soc., 30 mars 1994, obs. Marie-Ange Moreau, *Droit social*, 6, juin 1994, p. 561-562.

21. Bull. cass., 15/10/93 : Antoine Lyon-Caen 15/3/93 ; Marco Darmon, D. Simon, 1/10/1993.

22. Karen BANKS, « L'égalité de rémunération et de traitement entre hommes et femmes en droit communautaire », *Europe sociale,* 3, 1991, p. 62-76 ; Sean VAN RAEPENBUSCH, « La jurisprudence de la Cour de justice des CE en matière d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes », *Revue de jurisprudence sociale*, 1, 1994, p. 3.

23. CJCE, 7 février 1991, aff. C. 184/89 (Nimz), Rec. I, p. 91.

posée à la Cour (sur demande des avocats ou d'office). Il convenait de vérifier que la clause supprimant la notation pour les absences de plus de six mois visait surtout des femmes en congé de maternité et que la lutte contre l'absentéisme, justifiant la suppression de la notation et donc les possibilités de promotion, était objectivement justifiée » [24].

En 1995, la Cour de cassation donna raison à ces observations en posant, pour la première fois en matière d'égalité entre hommes et femmes, une question préjudicielle à la CJCE dans son arrêt du 28 mars 1995 [25]. En l'espèce, Évelyne Thibault s'était vu refuser une notation pour l'année 1983 en raison de son absence pour maternité. L'absence de notation avait pour conséquence l'impossibilité pour elle de bénéficier de son inscription sur le tableau d'avancement au choix, une disposition conventionnelle exigeant six mois de présence sur l'année de référence. Alors qu'en 1994, dans une affaire identique, la Cour de cassation avait conclu à l'absence de discrimination, elle décide, lors du second pourvoi, de poser une question préjudicielle sur la conformité du droit national à la directive 76/207. L'arrêt du 16 juillet 1998 s'aligne sur la réponse de la CJCE en date du 30 avril 1998 qui affirme que le refus de notation constitue une discrimination fondée directement sur le sexe au sens de la directive. Les droits attachés à la maternité ne sont pas des exceptions à l'égalité de traitement entre les sexes, mais constituent au contraire des mesures destinées à assurer l'effectivité du principe d'égalité [26]. Dans son article 2 alinéa 3, la directive 76/207 précise en effet qu'elle « ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ». Ainsi, comme nous le développerons dans la partie II, des mesures de compensation peuvent être intégrées dans le droit pour faire face aux inégalités engendrées par des différences de situation, en particulier face à la procréation. « Ne pas en tenir compte ne permettrait qu'une égalité formelle et non une égalité substantielle » [27].

C'est dans cette perspective que la chambre sociale de la Cour de cassation a créé un régime probatoire particulièrement favorable au (à la) salarié(e), anticipant la transposition de la directive communautaire 97/80 du 15 décembre 1997 et s'alignant ainsi sur la jurisprudence communautaire [28]. « Les principaux arrêts ont été rendus par la Cour à propos de l'égalité de rémunération. Ce sont les arrêts Danfoss, Enderby et Royal Co-

24. Soc., 30 mars 1994, *Droit social*, 6, 1994, p. 562, obs. de Marie-Ange Moreau.

25. Soc., 9 février 1989 ; 28 mars 1995, *Droit social,* 12, 1995, p. 1036, obs. Marie-Ange Moreau ; CJCE, 30 avril 1998, *Revue de jurisprudence sociale,* 1998, n° 800 ; Soc., 16 juillet 1998, *Droit social,* 11, 1998, p. 947, obs. Marie-Thérèse Lanquetin.

26. *Cf.* Katell BERTHOU et Annick MASSELOT, « Égalité de traitement et maternité. Jurisprudence récente de la CJCE », *Droit social*, 11, 1999, p. 942-947.

27. Soc., 16 juillet 1998, *Droit social*, 11, 1998, p. 948, obs. Marie-Thérèse Lanquetin.

28. CJCE, 13 mai 1986, Bilka, aff. 170/84 ; CJCE, 27 octobre 1993, Enderby, aff. C-127/92.

penhagen sans oublier l'arrêt Bilka » [29]. L'arrêt Ponsolle [30], relatif également à l'égalité de rémunération, esquisse un nouveau régime probatoire en considérant que le salarié doit établir les éléments de différenciation, et que l'employeur doit ensuite fournir au juge les éléments de nature à justifier l'inégalité de traitement.

En son arrêt du 12 février 1997 [31], la chambre sociale confirme l'alignement de la jurisprudence française sur la jurisprudence communautaire en validant la démarche des juges du fond mettant en œuvre une démarche probatoire fondée sur l'analyse par groupe et le partage de la charge de la preuve. En l'espèce, elle a rejeté le pourvoi formé par un employeur, SARL USAI Champignons, contre un arrêt de cour d'appel qui l'avait condamné pour discrimination salariale au détriment de deux femmes manutentionnaires. Les faits sont les suivants : deux manutentionnaires femmes, licenciées pour motif économique, saisissent le conseil des prud'hommes pour obtenir un rappel de salaire, leur salaire brut horaire (33,40 francs, soit 5,09 euros, de mars à juin 1992 ; et 34,10 francs, soit 5,20 euros, de juillet à septembre 1992) étant inférieur à celui d'un manutentionnaire homme (47,34 francs, soit 7,22 euros) alors que les trois manutentionnaires sont au même coefficient (115). Devant la cour d'appel, l'employeur, condamné aux prud'hommes à payer un rappel de salaire, indique en particulier que « cette différence de salaire était légitimée par le fait que les femmes se bornaient à trier les champignons tandis que les hommes effectuaient un travail de force consistant à charger et décharger les camions ou à porter des charges lourdes ». La cour d'appel et la Cour de cassation confirment la décision du tribunal des prud'hommes en mettant en œuvre deux points essentiels de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) : la démarche probatoire et la notion de travail de valeur égale définie en droit international et en droit interne. Nous nous concentrerons ici sur le premier point qui se décline en deux principes : l'analyse par groupe et le partage de la charge de la preuve.

Pour l'analyse par groupe, « dans un arrêt du 19 décembre 2000 (Bull. n° 436), la chambre sociale a admis que le juge prud'homal pouvait, pour vérifier l'existence d'une discrimination indirecte, effectuer une comparaison globale de la situation des hommes et des femmes dans l'entreprise, au regard de l'avantage invoqué, rejoignant ainsi l'approche "statistique" ou par groupe de comparaison prônée par la Cour de justice, en particulier dans un arrêt *Seymour-Smith,* du 9 février 1999 (n° C 167-97). L'influence directe de la Cour de justice sur l'approche de l'égalité de traitement entre

29. Marie-Thérèse LANQUETIN, « Discriminations à raison du sexe. Commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe », *Droit social*, 7/8, 1998, p. 688.

30. Soc., 29 octobre 1996, Bull. civ., V, n° 359.

31. Cass. Soc., 12/02/1997, SARL USAI Champignons c/ Mme Fabienne Douarre et Mme Véronique Daudel (1° moyen), préc., Bull. 58, *Droit social*, 5, 1997, p. 526, obs. Marie-Thérèse Lanquetin.

les hommes et les femmes s'est encore manifestée dans un arrêt *Thibault*, du 16 juillet 1998 (Bull. n° 392) » [32].

Pour le régime de la preuve en matière de discrimination, ce sont deux arrêts de principe de la Cour de cassation qui illustrent un tournant. Le premier arrêt date du 23 novembre 1999 [33]. Il s'agissait d'une salariée qui n'avait bénéficié d'aucun avancement pendant une dizaine d'années. La cour d'appel a considéré que la salariée n'apportait pas la preuve de la discrimination. La Cour de cassation rejette le pourvoi, mais établit les règles d'un nouveau régime probatoire en deux temps s'inspirant des règles communautaires. D'abord, il appartient au (à la) salarié(e) qui se prétend lésé(e) par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe de l'égalité de traitement. Puis, il incombe à l'employeur d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Cette solution n'est pas sans rappeler la jurisprudence communautaire. Le second arrêt, relatif à la discrimination syndicale, en date du 28 mars 2000 [34], s'inscrit dans la lignée de la précédente décision. En outre, il affirme que « la preuve de la discrimination n'incombait pas au salarié », ce qui signifie implicitement que le doute profite au salarié(e) [35]. Cette solution a été confirmée par deux arrêts du 4 juillet 2000 [36].

I.2. Principe d'égalisation dans/par la différence : justification d'une différence de traitement apparente et de mesures de compensation

L'analyse des deux premiers points cités par Pierre Bailly comme les principaux apports de la jurisprudence communautaire – notion de discrimination indirecte et régime probatoire – nous a permis d'examiner l'évolution de l'application du principe de non-discrimination dans la jurisprudence française. L'analyse des deux points suivants – les justifications possibles d'une différence de traitement et la question de la discrimination « positive » – nous permettra d'éclairer le sens de ce principe d'égalisation se caractérisant paradoxalement par l'acceptation de certaines différences de traitement.

32. Pierre BAILLY, « L'égalité des salariés en droit du travail », *op. cit.*, p. 84.

33. Soc., 23 novembre 1999, Bull. civ., V, n° 447.

34. Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-45.258.

35. Art. L. 140-8. Sur le genèse de cet article, voir : Marie-Thèrèse LANQUETIN, « De l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. À propos d'un projet de loi », *Droit social*, 4, 1983, p. 238-244, spéc. p. 242 ; Françoise FAVENNEC-HERY, « La preuve face aux pouvoirs de l'employeur », *Droit social,* 3, 1985, p. 172-187, spéc. p. 174-175 ; Michel HENRY, « Le particularisme probatoire du procès prud'homal et son incidence sur l'effectivité du droit », *Le droit ouvrier,* 589, 1997, p. 401.

36. Soc., 4 juillet 2000, *Droit social,* 9/10, 2000, p. 919.

Nous commencerons par examiner comment le concept novateur de discrimination indirecte s'articule avec la justification possible d'une différence de traitement apparente.

Cette question interroge à la fois la portée et les limites du principe de non-discrimination. En effet, « s'il revient au demandeur de prouver l'existence d'une différence de traitement préjudiciable aux personnes de son sexe, il incombe à l'employeur de démontrer que la discrimination de fait ainsi mise en évidence repose sur des raisons objectives, proportionnées au but poursuivi et étrangères à toute discrimination prohibée » [37]. Le travail de construction des catégories de justification, réalisé par le juge communautaire, constitue une source essentielle de repères pour le juge national. Ceci même si les arrêts de la Cour de cassation ne renvoient qu'à la nécessité d'une justification objective et étrangère à l'identité sexuelle, et ne précisent pas explicitement que les moyens employés pour atteindre le but poursuivi doivent être à la fois appropriés et nécessaires [38].

Comme l'illustre l'arrêt du 16 mars 1989 [39], la Cour de cassation a longtemps montré son attachement à l'acception classique de non-discrimination fondée sur la justification de différenciations jugées légitimes. Pierre Bailly cite en particulier un arrêt rendu en 1981 [40] qui a admis que la pénibilité particulière du travail effectué par les hommes pouvait justifier une différence de traitement, position qui rejoint celle de la Cour de justice, prise dans un arrêt *Rummler* du 1er juillet 1986 (237/85). Ainsi, « au cœur de l'application de [la] notion de discrimination indirecte, se cherche un équilibre entre le pouvoir de l'employeur, finalisé par le bon fonctionnement de l'entreprise (en intégrant des attentes comme celle de la collectivité de travail), et les droits de la personne, ici de la femme (salariée, candidate à un emploi), en particulier le droit à l'égalité de traitement. L'égalité de traitement peut être conciliée avec d'autres droits mais elle ne peut pas être ignorée. L'analyse des justifications implique les choix de chaque acteur quant aux valeurs qu'il défend et aux principes de justice qu'il privilégie » [41].

Le raisonnement du juge européen a renouvelé le raisonnement du juge interne. En effet, dans l'affaire Thibault [42], il affirme clairement que traiter de la même manière toutes les absences est générateur d'une discrimination puisque seules les femmes peuvent connaître certains arrêts de travail.

37. Pierre BAILLY, « L'égalité des salariés en droit du travail », *op. cit.,* p. 84.

38. *Cf.* CJCE, 9 février 1999, arrêt Seymour-Smith.

39. *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, mars 1989, n° 222, p. 130.

40. Soc., 28 mars 1981, Bull., 229.

41. Michel MINÉ, « Les nouveaux apports du droit pour l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'emploi et le travail », *Le Droit ouvrier,* août 2004, p. 358. En ce qui concerne l'analyse des justifications, voir Luc BOLTANSKI et Laurent THEVENOT, *De la justification,* Paris, Gallimard, 1991.

42. Soc., 16 juillet 1998, *Droit social,* 1998, p. 947, obs. Marie-Thérèse Lanquetin.

Dans sa réponse à la question préjudicielle [43], la CJCE n'oppose pas le principe d'égalisation et la reconnaissance des différences, mais affirme au contraire que l'égalité concrète ne sera atteinte que si certaines différences irréductibles sont prises en compte. La Cour de Luxembourg a confirmé cette jurisprudence en répondant à une question préjudicielle posée par le conseil des prud'hommes du Havre [44]. Elle considère que le versement d'une prime forfaitaire de départ en congé maternité aux seuls travailleurs de sexe féminin n'était pas contraire avec le principe de l'égalité des rémunérations. Pour le juge, « cette allocation est destinée à compenser les désavantages professionnels qui résultent pour ces travailleurs de leur éloignement du travail ». Pour arriver à cette solution, le juge prend en compte le fait que la femme, qui va s'absenter de l'entreprise, est dans une situation différente de celle d'un homologue masculin.

Ainsi, pour reprendre l'expression de Chaïm Perelman, « on peut définir la justice formelle ou abstraite comme un principe d'action selon lequel les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon » [45]. Sans prétendre à l'exhaustivité, il cite quelques exemples qui constituent les conceptions les plus courantes de la justice et qui sont inconciliables entre elles : « à chacun la même chose, à chacun selon ses mérites, à chacun selon ses œuvres, à chacun selon ses besoins, à chacun selon son rang, à chacun selon ce que la loi lui attribue » [46].

Les deux derniers points cités par Pierre Bailly confirment l'attachement de la jurisprudence communautaire et française à une conception de la justice qui allie isonomie et traitement différencié en fonction des caractéristiques propres à chacun.

Le quatrième point sur la mise en œuvre de mesures dites de « discrimination positive », traduction à connotation péjorative de l'expression anglophone *affirmative action*, destinées à éliminer ou réduire des inégalités de fait entre les sexes est à nuancer au regard de la jurisprudence. En effet, « pour la Cour de justice, la volonté du législateur de mettre fin, par des mesures positives, à une situation désavantageant les femmes n'autorise l'attribution de droits particuliers à ces dernières que dans la mesure où les hommes ne pourraient pas en disposer, de sorte que la France a été condamnée pour avoir maintenu dans la loi du 13 juillet 1983 les effets des dispositions conventionnelles antérieures accordant aux femmes des droits spécifiques, indépendants de leur condition et de leur situation (arrêt Commission/France du 25 octobre 1988, n° 312/86) » [47]. Dans son arrêt du 27 février 1991 [48], la chambre sociale de la Cour de cassation a retenu cette

43. CJCE, 30 avril 1998, Mme Thibault c/ CNAVTS.
44. CJCE, 16 septembre 1999, aff. 218/98, Lamy soc., 129, oct. 1999.
45. Chaïm PERELMAN, *Justice et raison,* Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1963, p. 26.
46. *Ibid.*, p. 15.
47. Pierre BAILLY, « L'égalité des salariés en droit du travail », *op. cit.*, p. 86.
48. Bull., n° 101.

interprétation de l'article 119 du traité CEE (141 du traité CE) en invalidant la clause d'un protocole d'accord qui réservait aux seules salariées mères de famille le bénéfice d'une prime de crèche, quelles que soient les charges supportées à ce titre par les pères de famille. Cependant, « dans un arrêt du 21 mars 2000 [49], la chambre sociale, renvoyant dans le motif de sa décision à un arrêt de la Cour de justice du 16 septembre 1999, rendu sur une question préjudicielle posée dans une situation identique, a retenu que les désavantages subis par les femmes partant en congé de maternité, du fait de leur éloignement de l'entreprise, rendait légitime le versement d'une allocation forfaitaire dont les hommes étaient exclus » [50].

Afin de comprendre le sens de cette évolution jurisprudentielle, nous analyserons deux arrêts de la CJCE portant sur l'application de la directive du 9 février 1976 sur l'égalité de traitement dans les législations nationales : l'arrêt Kalande en 1995, et l'arrêt Marshall en 1997. L'arrêt Kalande c. Ville de Brême [51] a fait grand bruit car il a été interprété comme une remise en cause par le droit communautaire du recours aux mesures d'action positive. C'était le premier litige dans lequel la Cour était invitée à statuer sur la question de savoir si une disposition législative prévoyant une action positive pour les femmes était compatible avec la directive sur l'égalité de traitement [52], dont l'article 2 paragraphe 4 affirme : « La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article premier, paragraphe 1 » [53].

Dans ce litige, la ville de Brême décide de nommer une candidate à un poste de chef du département dans le service des espaces verts au motif que les femmes chefs de département étaient moins nombreuses que les hommes. La ville appliquait ainsi la loi du Land de Brême relative à l'égalité des chances entre hommes et femmes dans les services publics, laquelle, dans son article 4, paragraphe 2, dispose que, en matière de recrutement et de promotion dans des secteurs où les femmes sont sous-représentées, une femme possédant les mêmes qualifications qu'un candidat masculin doit avoir la préférence. M. Kalande fit appel de cette décision en faisant valoir qu'il disposait d'une qualification supérieure et que, même à qualification égale, le traitement préférentiel accordé à sa concurrente revenait pour lui à une discrimination fondée sur le sexe. Si la législation du Land n'avait pas prévu cette disposition, il aurait obtenu la promotion pour des raisons so-

49. Bull., n° 110.

50. Pierre BAILLY, « L'égalité des salariés en droit du travail », *op. cit.*, p. 85.

51. Litige C-450/93 : Eckhard Kalande c. Freie Hanselstadt Bremen, jugement rendu le 17 octobre 1995, paru en 1995 dans IRLR 660.

52. Directive du Conseil 76/207/CEE du 9 février 1976, *Journal officiel des Communautés européennes* (Bruxelles), 1976, n° L. 39/40.

53. Les domaines visés concernent l'emploi, la formation et la promotion professionnelles, ainsi que les conditions de travail.

ciales car il avait trois personnes à charge, tandis que sa concurrente n'avait pas d'obligations familiales. La CJCE a invalidé le droit national en déclarant que toute priorité accordée automatiquement, à qualifications égales, à des candidats féminins devait être considérée comme une infraction à la directive : « Une règle nationale qui prévoit que, lors d'une promotion, les femmes ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins bénéficient automatiquement de la priorité dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées entraîne une discrimination fondée sur le sexe [paragraphe 16] [...]. Une réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4 de la directive [paragraphe 22] » [54].

Cet arrêt a suscité une vaste controverse dans toute l'Europe. La Commission des Communautés européennes a présenté une synthèse de ces courants de pensée dans une communication [55] qu'elle a présentée au Parlement européen et au Conseil des ministres. Elle estime que le seul type de régime de quotas illégal est le régime absolument rigide qui ne laisse aucune possibilité de tenir compte de circonstances individuelles.

Cette interprétation est confirmée par le deuxième arrêt de la CJCE sur l'action positive dans le litige Marshall c. Land Rhénanie du Nord-Westphalie le 11 novembre 1997 [56]. En l'espèce, Helmut Marshall, enseignant, a saisi le tribunal administratif car c'est une femme, et non lui, qui a été promu à un poste de niveau supérieur au titre de l'amendement du 5 février 1995 à la législation sur la fonction publique du Land. La disposition en question est la suivante : « Si, dans le secteur de l'autorité compétente en matière de promotion, les femmes sont en nombre inférieur aux hommes au niveau du poste concerné, les femmes sont à promouvoir en priorité à égalité d'aptitudes, de compétences et de prestations professionnelles, à moins que des motifs tenant à la personne du candidat ne fassent pencher la balance en sa faveur ». Au vu de l'arrêt Kalande, le tribunal administratif a posé une question préjudicielle à la CJCE pour vérifier que la législation du Land était compatible avec la directive relative à l'égalité de traitement. La décision de la Cour fut attendue avec impatience car, contrairement à l'affaire Kalande, la législation nationale en question incluait une possibilité de dérogation, dite « clause d'ouverture », selon laquelle les femmes ne doivent pas être promues en priorité si des motifs tenant à la personne du candidat (masculin) font pencher la balance en sa faveur.

54. Litige C-450/93 : Eckhard Kalande c. Freie Hanselstadt Bremen, jugement rendu le 17 octobre 1995, paru en 1995 dans IRLR 660.

55. COM (96)88 final, catalogue n° CB-10-96-159-EN-C, Bureau des publications officielles des Communautés européennes, L-2985, Luxembourg.

56. Litige C-409/95 (demande de décision préjudicielle du Verwaltungsgericht Gelsenkirchen) : « Helmut Marshall c. Land Rhénanie du Nord-Westphalie », *Journal officiel des Communautés européennes* (Bruxelles), C7 du 10 janvier 1998, p. 4.

La décision de la Cour d'exiger l'insertion de ces clauses d'ouverture pour garantir qu'aucun élément discriminatoire ne puisse l'immiscer dans un texte de loi a fait renaître en Europe un fort mouvement en faveur des mesures spéciales d'action positive pour éliminer la discrimination dans l'emploi. Cette évolution est encore confirmée par l'article 141 du nouveau traité d'Amsterdam (ancien article 119 du traité de Rome), dont le paragraphe 4 dispose :

> Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinées à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle [57].

La dernière directive du 23 septembre 2002 (2002/73/CE) renvoie à cette possibilité ouverte par l'article 141 § 4 du traité CE.

II. Élaboration du droit

Comment la sphère législative se positionne-t-elle par rapport à ces quatre principes posés par la Cour de cassation comme assurant l'harmonie entre la jurisprudence nationale et la jurisprudence communautaire ?

Pour répondre à ce questionnement, nous commencerons par examiner les rapports parlementaires puis nous aborderons brièvement les enjeux de la loi sur « l'égalité salariale entre les femmes et les hommes » au regard de l'évolution du principe d'égalité vers un principe d'égalisation intégrant des mesures compensatoires.

L'égalité entre les femmes et les hommes dans l'emploi a été au cœur de l'actualité politique et législative de l'année 2005. Lors de ses vœux aux « forces vives » de la nation, le 4 janvier 2005, le président de la République a demandé au gouvernement de « présenter sans tarder » un projet de loi en vue de parvenir à l'égalité salariale hommes-femmes « dans un délai maximum de cinq ans ». Il a rappelé qu'un accord national interprofessionnel relatif à la mixité et à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes avait été conclu le 1er mars 2004 « pos[ant] des principes et des objectifs intéressants ». Patronat et syndicats n'ayant pas réussi à s'entendre pour y intégrer des obligations concrètes, le président de la République se prononce pour une loi sur l'égalité salariale fondée sur « des accords d'entreprises fixant des objectifs chiffrés ». Dans sa déclaration du 11 mai 2005, Annie Thomas, secrétaire nationale de la CFDT élue le 13 janvier 2006 à la présidence de l'Unedic, considère que ce projet de loi est « un pas de plus dans l'incitation à négocier sur ce thème dans les entreprises. À ce titre, elle est plus contraignante que les dispositions existantes jusqu'à présent. Le

57. Jane HODGES-AEBERHAR, « L'action positive dans l'emploi : la jurisprudence récente face à une notion complexe », *Revue internationale du travail*, 138 (3), 1999, p. 284.

texte s'inspire très largement de l'esprit de l'accord national interprofessionnel de mars 2004 ».

Le mardi 24 mars 2005, la ministre de la Parité et de l'Égalité professionnelle a présenté un projet de loi relatif à « l'égalité salariale entre les femmes et les hommes » dont le texte de la commission mixte paritaire a été adopté définitivement à l'Assemblée nationale le 23 février 2006, date à laquelle le secrétariat général du Conseil constitutionnel a enregistré la saisine n° 2006-533 DC du groupe socialiste de l'Assemblée nationale contestant la conformité à la Constitution de la procédure suivie pour l'adoption de l'article 14 introduit en seconde lecture par le Sénat et qui n'a pu être examiné en séance par les députés et de l'article 30 issu d'un amendement adopté en première lecture mais dépourvu de tout lien avec l'objet initial du projet de loi. L'article 14 autorisait le cumul d'un contrat de travail avec un contrat d'intérim et l'article 30 permettait au Centre national de la cinématographie de recruter des agents non titulaires sur des contrats à durée indéterminée. Par une décision du 16 mars 2006, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnels les articles 9, 14, 18, 21 à 26, 30 et 31.

II.1. Les rapports parlementaires

En France, l'approche intégrée du genre, traduction de la notion de *gender mainstreaming,* promue en particulier par les institutions internationales ou supranationales, comme le Conseil de l'Europe et les institutions des Communautés européennes [58], est encore difficile à mettre en œuvre malgré une réelle volonté politique. Les controverses au cœur de la définition du concept de *gender mainstreaming* sont à mettre en relation avec son positionnement par rapport aux référentiels d'égalité. Favorables à la diffusion transversale du principe d'égalité entre les sexes, des universitaires [59] et des actrices du monde associatif et politique font part de leur méfiance à l'égard d'une notion pouvant justifier la disparition des interlocuteurs spécifiques sur cette question. Ainsi, lors de la conférence organisée par le CNIDFF en 1998, Yvette Roudy, (ancienne présidente de la Commission de l'égalité des chances au Conseil de l'Europe et ministre des Droits des femmes de 1981 à 1986), affirme : « C'est un recul qui nous est proposé. Lâchons les actions positives pour l'approche intégrée du genre, et vous verrez que nous allons retourner en arrière, au laissez-faire. […] C'est un pré-

58. *Cf.* EG-S-MS (98) 2 : « L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des "bonnes pratiques" » ; COM(96) 67 final du 21 février 1996 : « Intégrer l'égalité des chances entre les femmes et les hommes dans l'ensemble des politiques et actions communautaires » ; Ute BEHNING et Amparo SERRANO PASCUAL (dir.), *L'approche intégrée du genre dans la stratégie européenne pour l'emploi*, Paris, L'Harmattan, 2002.

59. *Cf.* en particulier Jacqueline HEINEN, « L'Union européenne face aux inégalités sociales de genre », *Contretemps*, 4, 2004, p. 158-167 ; Jules FALQUET, « Femmes, féminisme et "développement" : une analyse critique des politiques des institutions internationales », *in* Jeanne BISILLIAT (dir.), *Regards de femmes sur la globalisation. Approches critiques,* Paris, Karthala, 2003, p. 75-112.

texte pour supprimer la notion d'actions positives »[60]. Ce danger est d'autant plus marqué dans un pays comme la France se caractérisant par ses résistances historiques et idéologiques aux mesures d'action positive. Cette crainte semble cependant sans fondement à en croire les textes communautaires[61] de référence qui expliquent que la notion de *gender mainstreaming* est née du constat de l'insuffisance des politiques spécifiques d'égalité à constituer une société respectant véritablement le principe d'égalité des sexes. L'approche intégrée de l'égalité est ainsi définie comme constituant l'étape suivante et non le substitut aux politiques dites « traditionnelles ». Le rapport du Conseil de l'Europe de 1998 affirme ainsi clairement que les politiques « traditionnelles » doivent être considérées comme un préalable au *gender mainstreaming*. Les pays dans lesquels il n'existe aucune mesure de politiques spécifiques devront donc en adopter et instaurer parallèlement l'approche intégrée.

Cette volonté d'allier mesures spécifiques et approche intégrée est incarnée en particulier par la création des délégations aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes à l'Assemblée nationale, au Sénat et au Conseil économique et social. La loi n° 99-585 du 12 juillet 1999 a créé, au sein de chacune des deux assemblées du Parlement, une délégation aux droits des femmes composée de 36 membres désignés « de manière à assurer une représentation proportionnelle des groupes parlementaires et équilibrée des hommes et des femmes ainsi que des commissions permanentes ». La délégation a « pour mission d'informer [l'Assemblée] de la politique suivie par le gouvernement au regard de ses conséquences sur les droits des femmes et sur l'égalité des chances entre les hommes et les femmes. En ce domaine [elle assure] le suivi de l'application des lois ». Cette mission doit être accomplie « sans préjudice des compétences des commissions permanentes ou spéciales ni de celles [de la] délégation pour l'Union européenne ». Cette loi invite aussi les délégations parlementaires aux droits des femmes à inclure le cas échéant dans leur rapport annuel « des propositions d'amélioration de la législation et de la réglementation dans leurs domaines de compétence ».

Il est intéressant de noter que les deux délégations parlementaires aux droits des femmes ont consacré leur rapport d'activité 2002-2003 respectivement au suivi de la loi du 9 mai 2001 sur l'égalité professionnelle dans les entreprises pour l'Assemblée nationale et au thème des inégalités salariales entre les hommes et les femmes pour le Sénat.

60. Actes de la conférence-débat du CNIDFF organisée le 7 mars 1998, intitulée « *Mainstreaming* : quelle traduction dans l'action ? », p. 32.

61. *Cf.* en particulier COM(96) 67 final du 21 février 1996 : « Intégrer l'égalité des chances entre les femmes et les hommes dans l'ensemble des politiques et actions communautaires » ; EG-S-MS (98) 2 : « L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des "bonnes pratiques" », Guide pour l'évaluation de l'impact du genre ; Fiche « L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes (*gender mainstreaming*) », Conseil de l'Europe, septembre 2003.

Dans son rapport d'activité 2002 [62], la délégation aux droits des femmes du Sénat « avait montré qu'en dépit d'un cadre juridique favorable à l'égalité salariale, les inégalités de rémunération persistaient. La délégation s'était préoccupée, d'une manière générale, des inégalités de salaires en tant que révélateur de la place respective des hommes et des femmes dans le monde du travail et s'était attachée à discerner les enjeux et les voies de rééquilibrage. Elle avait à cet égard formulé huit recommandations » [63]. Pour cela, ce rapport ne s'est pas contenté de faire un état des lieux du droit communautaire et national, mais il a aussi mis en regard la jurisprudence de la CJCE et celle de la Cour de cassation. Il souligne ainsi, en accord avec le rapport de la Cour de cassation, qu'avant même que le principe de l'aménagement de la charge de la preuve soit inscrit dans la directive communautaire 97/50/CE du 15 décembre 1997, la CJCE a rendu des arrêts qui ont fait progresser l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en promouvant la notion de discrimination indirecte [64]. La jurisprudence de la Cour de cassation est, elle, analysée au regard de l'équilibre entre le principe de l'égalité salariale et le pouvoir d'individuation de l'employeur.

La délégation aux droits des femmes du Sénat a choisi de poursuivre ses travaux sur ce sujet en procédant dans son rapport de 2004-2005 à une première évaluation et à un contrôle de l'application de la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, dite « loi Génisson ». Dans ce but, elle a commandé un sondage téléphonique à l'IFOP. L'enquête, menée du 27 septembre au 18 octobre 2004, fut conduite sur un échantillon large de 2 005 responsables des ressources humaines d'entreprises de 50 salariés et plus. Elle confirme la persistance des inégalités professionnelles entre les sexes et montre que les femmes demeurent minoritaires au sein des fonctions dirigeantes et parmi les rémunérations les plus élevées. Dans l'avant-propos, les résultats du sondage sont présentés comme « mettant en évidence les limites de la contrainte législative sur un tel sujet de société » [65]. C'est dans cette perspective qu'il est rappelé qu'« à l'occasion de l'examen par le Sénat de la proposition de loi qui allait devenir la "loi Génisson", notre collègue Gérard Cornu, dans son rapport d'information établi au nom de la délégation [66], écrivait, à propos des rôles respectifs du législateur et de la négociation salariale : "La priorité devrait être à l'utilisation des moyens légaux et réglementaires existants. Les partenaires sociaux disposent d'un arsenal qui paraît assez com-

62. Gisèle GAUTIER, *Rapport d'activité de la délégation aux droits des femmes 2002. Les inégalités salariales entre les hommes et les femmes,* Sénat, Rapport n° 210, 2002-2003.

63. ID., *Inégalités professionnelles et « loi Génisson » : un premier bilan mitigé,* Sénat, Rapport n° 103, 2004-2005, p. 5.

64. *Ibid.*, p. 52-57.

65. *Ibid.,* p. 7.

66. Rapport d'information n° 347 (1999-2000).

plet mais y recourent insuffisamment. Est-il raisonnable dès lors de faire peser de nouvelles obligations sur les entreprises alors que le dispositif de la loi Roudy demeure peu ou pas appliqué ? À trop compliquer les textes, on encourt le risque d'en compromettre d'entrée de jeu l'application." Les faits observés aujourd'hui corroborent l'analyse de cette époque » [67].

Le rapport d'activité 2002-2003 de la délégation aux droits des femmes de l'Assemblée nationale contenant un suivi de la loi du 9 mai 2001 effectue lui aussi un travail d'évaluation de l'application de cette loi non pas au regard d'un sondage, mais en donnant la parole à la ministre déléguée à la Parité et à l'Égalité professionnelle, Nicole Ameline, à des représentants syndicaux (CFDT, CGT, CFE-CGC, CFTC, CGPME, CGT-FO, MEDEF), à Margaret Maruani. À la lumière de ces auditions, « la Délégation aux droits des femmes estime qu'une nouvelle loi sur l'égalité professionnelle n'est pas nécessaire. Les outils juridiques sont en place pour lancer un vaste mouvement vers plus d'égalité entre les femmes et les hommes dans les entreprises » [68].

Elle propose dix recommandations qui soulignent la nécessité de ne pas isoler le cadre juridique sur l'égalité professionnelle de l'évolution des mentalités. Pour reprendre une expression utilisée dans le rapport, l'inégalité professionnelle entre les sexes est un problème de société que l'entreprise ne peut pas résoudre seule, sans le soutien de tous les acteurs sociaux.

Ainsi, les deux délégations parlementaires aux droits des femmes soulignent la nécessité d'allier l'application du cadre juridique existant et un travail de sensibilisation et d'information au principe d'égalité entre les sexes dans l'entreprise, mais aussi plus généralement dans la société, en particulier dans l'éducation et la formation.

II.2. La loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes

À la lecture des rapports législatifs récents portant sur l'égalité professionnelle entre les sexes, il peut apparaître surprenant qu'une loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes ait été adoptée à l'Assemblée nationale le 23 février 2006. Le texte du projet de loi s'organisait autour de quatre objectifs principaux, mais onze de ses trente et un articles, dont ceux du titre III correspondant au troisième objectif, ont été invalidés par la décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006 du Conseil constitutionnel.

Premièrement, le but est d'aboutir à la suppression des écarts de rémunération entre les hommes et les femmes dans les cinq ans à venir. Cet objectif devra obligatoirement être pris en compte dans les négociations ouvertes au niveau des branches ou des entreprises à partir d'un diagnostic

67. Gisèle GAUTIER, *Inégalités professionnelles et « loi Génisson » : un premier bilan mitigé*, *op. cit.*, p. 6.

68. Marie-Jo ZIMMERMANN, *Rapport d'activité de la Délégation aux droits des femmes (juillet 2002-juillet 2003). Suivi de la loi du 9 mai 2001 sur l'égalité professionnelle dans l'entreprise,* Assemblée nationale, Rapport d'information n° 1118, 2003, p. 94.

établi sur la base d'indicateurs précis, une conférence nationale devant dresser un bilan de l'application de la loi dans un délai de trois ans.

Deuxièmement, afin de réconcilier la vie professionnelle et la vie familiale, les droits des femmes en congé de maternité seront renforcés, en particulier grâce à la majoration de l'allocation de formation pour les salariés devant engager des frais de garde d'enfants pour suivre une formation en dehors du temps de travail, et à l'aide aux petites entreprises pour le remplacement des salariés en congé de maternité ou d'adoption.

Troisièmement, l'objectif est de promouvoir l'accès des femmes aux instances de délibération dans l'entreprise (conseils d'administration) et aux juridictions professionnelles (conseils des prud'hommes). Le projet de loi reprenait, pour les prochaines élections prud'homales, le mécanisme qui avait permis à la proportion des femmes de progresser significativement lors du dernier renouvellement des conseils des prud'hommes. Rappelons que dans la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, concernant les élections prud'homales, l'objectif est de réduire d'un tiers l'écart de la représentation du sexe sous-représenté au sein des listes. Pour la loi du 23 février 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, la présidente de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, Marie-Jo Zimmermann, députée de Moselle, a joué un rôle déterminant pendant les débats à l'Assemblée nationale en faisant adopter une série d'amendements visant à augmenter la proportion de femmes dans diverses instances (conseils d'administration des établissements publics industriels et commerciaux, instances de représentation du personnel dans les entreprises, conseils des prud'hommes). Contre l'avis du gouvernement, mais avec le soutien de la gauche, de l'UDF, et d'une partie de l'UMP, elle a fait en particulier adopter dans le titre III article 22 une disposition qui concerne les conseils d'administration des sociétés anonymes (SA). L'amendement prévoit d'y garantir un taux minimum de 20 % de représentation de chacun des deux sexes, les conseils d'administration et les conseils de surveillance disposant d'un délai de cinq ans pour se mettre en conformité. Suite aux amendements de Marie-Jo Zimmermann, le titre III intitulé « Accès des femmes à des fonctions délibératives et juridictionnelles » de la loi, adopté le 23 février 2006, prévoyait que les représentants des salariés soient élus sur des listes qui respectent, à l'unité près, la proportion de femmes et d'hommes parmi les salariés électeurs. Il a été entièrement invalidé pour inconstitutionnalité : « Considérant qu'il s'ensuit qu'en imposant le respect de proportions déterminées entre les femmes et les hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance des sociétés privées et des entreprises du secteur public, au sein des comités d'entreprise, parmi les délégués du personnel, dans les listes de candidats aux conseils de prud'hommes et aux organismes paritaires de la fonction publique, les dispositions du titre III de la loi déférée sont contraires au principe d'égalité devant la loi ; qu'il y a lieu en conséquence de les déclarer contraires à la Constitution ; qu'il en est de

même des autres dispositions du titre III, en raison de leur caractère inséparable des précédentes » [69]. Les arguments utilisés pour justifier cette invalidation rappellent ceux de la décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982 [70] concernant la loi modifiant le code électoral et le code des communes relative à l'élection des conseillers municipaux et dont l'article 4 précisait que « les listes de candidats (dans les communes de 3 500 habitants et plus) ne peuvent comporter plus de 75% de personnes du même sexe ». La raison avancée était que l'article 3 de la Constitution et l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonçaient des principes qui « s'opposent à toute division par catégories des électeurs et des éligibles » et cela « pour tout suffrage politique, notamment pour les élections des conseillers municipaux ». La décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006 a recours à l'article 1er et à l'article 6 de la Déclaration de 1789 pour réaffirmer la primauté du principe d'égalité devant la loi : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits » et « Tous les citoyens [...] sont également admissibles à toutes les dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents ». Le cinquième alinéa de l'article 3 de la Constitution, introduit par la réforme constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999, affirmant que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives » est considéré comme ne s'appliquant qu'aux élections à des mandats et des fonctions politiques. Cette invalidation pour inconstitutionnalité du titre III de la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes marque la cohabitation d'une égalité de non-discrimination avec une égalité différentielle intégrant des discriminations justifiées pour faire face à la persistance des inégalités.

Enfin, afin d'accélérer l'accès des femmes et des jeunes filles à la formation professionnelle et à l'apprentissage, il incite les partenaires du secteur à promouvoir la mixité.

Ces quatre objectifs retranscrivent les quatre points posés par Pierre Bailly comme les principaux apports de la jurisprudence communautaire à la jurisprudence française en ce qui concerne l'égalité entre travailleurs masculins et féminins. Nous n'analyserons pas de manière exhaustive cette loi, mais nous illustrerons les liens entre l'énonciation des principes par le pouvoir juridique et le pouvoir législatif à travers quelques articles significatifs. Comme nous l'avons développé dans la partie I.1., les principes jurisprudentiels énoncés par la Cour de cassation dans son rapport de 2003 peuvent être définis comme promouvant les principes de non-discrimination et d'égalisation à travers un régime probatoire original. Dans le titre Ier sur la suppression des écarts de rémunération, l'article 1 visant à compenser l'effet de la maternité sur la rémunération incarne l'application du principe

69. Décision n° 2006-533 DC du Conseil Constitutionnel du 16 mars 2006.

70. *Cf.* Blandine KRIEGEL, « Parité et principe d'égalité », *in* CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité. Extrait du Rapport public de 1996,* Paris, La Documentation française, 1998, p. 134-135.

d'égalisation dans la différence et par la différence avec la mise en place d'action positive, le but étant de neutraliser les incidences financières du congé de maternité. Concrètement, « en l'absence d'accord collectif de branche ou d'entreprise déterminant des garanties d'évolution de la rémunération des salariés au moins aussi favorables que celles mentionnées dans le présent alinéa pendant les congés prévus au présent article et à la suite de ces congés, cette rémunération, au sens de l'article L 140-2, est majorée, à la suite de ces congés, des augmentations générales ainsi que de la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant la durée de ces congés par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou, à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise ». L'article 2 permet d'inclure, à l'article L 122-45 du Code du travail, dans le recensement des discriminations possibles en matière de revenu, les éléments accessoires de salaires qui peuvent jouer un rôle sensible sur leur revenu total. Cet article incarne le lien entre le principe de non-discrimination et la notion de discrimination indirecte. Il fait écho à l'affirmation contenue dans l'exposé des motifs de cette loi : « La méthode de calcul de ces avantages peut aboutir de fait à une discrimination au détriment des femmes, selon la pondération des critères retenus par l'employeur – par exemple pénibilité physique, disponibilité horaire, éléments définissant les ratios de productivité ». Cette affirmation peut être mise en parallèle avec l'arrêt du 12 février 1997 dans le cadre duquel la chambre sociale a condamné la SARL USAI Champignons pour discrimination salariale au détriment de deux femmes manutentionnaires payées 2 euros de moins de l'heure que les hommes manutentionnaires au motif que leur activité était moins physique. Dans la même perspective, selon l'article 5, une nouvelle catégorie d'indicateurs pertinents permettra d'apprécier la situation respective des femmes et des hommes dans le domaine de la conciliation entre l'activité professionnelle et l'exercice de la responsabilité familiale. Ils seront déterminés par un groupe de travail constitué au sein du Conseil supérieur de l'égalité professionnelle et donneront lieu à un décret. Ce point illustre le fait que cette loi s'inscrit en continuité avec les deux lois précédentes sur l'égalité professionnelle. Il est en effet intéressant de noter que les lois du 13 juillet 1983 et du 9 mai 2001 contenaient des mesures de « rattrapage ». Pour remédier aux inégalités de fait, la loi Roudy permet notamment des mesures temporaires en faveur des femmes, en matière d'embauche, de promotion, de formation et de salaire (L123-3 et 4 et L900-4). On peut citer trois de ces mesures : l'obligation pour les entreprises de plus de 50 salariés d'établir chaque année un bilan comparé de la situation des hommes et des femmes ; la possibilité de négocier un plan d'égalité avec les syndicats de l'entreprise visant à mettre en oeuvre des mesures en faveur des femmes ; la création d'une aide financière publique pour favoriser la mise en œuvre des plans d'égalité (ce sont les contrats d'égalité).

Incitative, cette loi n'avait pas prévu de mécanismes coercitifs en cas de non-application. Cela explique sans doute qu'elle ait été très peu connue et

rarement mise en application par les entreprises. Vingt ans après, son bilan est modeste, voire décevant. En 1999, à peine une entreprise sur deux avait établi un rapport de situation comparée. Les éléments fournis au moyen d'indicateurs sexués, souvent insuffisants, n'ont pas toujours permis d'identifier réellement les disparités entre hommes et femmes en matière d'emploi. Les mesures d'action positives instituées par la loi et prévoyant une aide financière n'ont guère été suivies d'effet. 34 plans d'égalité professionnelle ont été négociés, dont 22 ont bénéficié de financements publics, et 1 500 contrats pour la mixité des emplois ont été conclus. En ce qui concerne plus particulièrement l'égalité salariale, la loi dite Roudy de 1983 introduit un article prévoyant que l'employeur qui ne se soumettrait pas aux dispositions de la loi relatives à l'égalité salariale encourrait, outre la procédure prud'homale, une condamnation pénale pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement et 20 000 francs d'amende, soit 3 000 euros.

« Malgré le niveau relativement faible du volume des accords conclus au niveau des branches depuis une dizaine d'années, l'égalité professionnelle est néanmoins devenue un thème traditionnel de la négociation collective, d'après le dossier "Une décennie de négociation collective sur l'égalité professionnelle dans les branches" du ministère des Affaires sociales et de la Solidarité [71]. […] S'agissant des rémunérations, le principe "à travail égal, salaire égal" est demeuré complexe à mettre en œuvre – a noté le rapport sur la négociation collective – en raison d'un certain flou dans cette notion, dont les contours n'ont pas encore été totalement délimités, ni par la loi ni par le juge » [72].

La loi du 9 mai 2001, dite « loi Génisson », actualise et renforce la « loi Roudy », principalement sur quatre points. Premièrement, l'égalité professionnelle est intégrée dans la négociation annuelle obligatoire. Elle peut porter sur l'embauche, la formation, la promotion, l'organisation et les conditions de travail. Deuxièmement, elle s'appuie sur un préalable : le rapport de situation comparée sur les conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes. Ce dernier est élaboré à partir d'indicateurs pertinents, définis par décret du 12 septembre 2001. Troisièmement, par décret du 8 novembre 2001, une aide financière de l'État soutient les actions à caractère exemplaire apportant une amélioration significative de la place des femmes dans la branche professionnelle ou l'entreprise, en matière d'embauche, de formation, de promotion, d'organisation du travail. Quatrièmement, cette loi incite à une représentation équilibrée des hommes et des femmes dans les élections professionnelles aux élections prud'homales et pour les élections des délégués du personnel et des représentants au comité d'entreprise.

71. *La négociation collective en 2002,* tome I : *La tendance, les dossiers.*

72. Marie-Jo ZIMMERMANN, *Rapport d'activité de la Délégation aux droits des femmes (juillet 2002-juillet 2003). Suivi de la loi du 9 mai 2001 sur l'égalité professionnelle dans l'entreprise, op. cit.*, p. 66.

Étant donné les réserves exprimées par les délégations parlementaires aux droits des femmes face à une nouvelle législation sur l'égalité professionnelle, nous examinerons brièvement le positionnement de la délégation aux droits des femmes de l'Assemblée nationale réunie le mardi 12 avril 2005 sous la présidence de Marie-Jo Zimmermann, députée UMP de Moselle, pour présenter son rapport sur ce projet de loi. Si la délégation se félicite de l'objectif fixé par le président de la République de supprimer les écarts salariaux d'ici 2010, elle rappelle toutefois les trois précédentes lois sur l'égalité salariale (1972, 1983, 2001) et considère ce projet de loi comme le texte « de la dernière chance ». La délégation souligne l'importance des négociations sur l'égalité professionnelle pour parvenir à l'objectif d'égalité salariale et approuve les références au rapport de situation comparée entre les hommes et femmes, imposé par la loi du 9 mai 2001 aux entreprises de plus de 50 salariés qui est un élément essentiel d'un diagnostic fiable pouvant servir de base à la négociation. De plus, Catherine Génisson, membre de la délégation et députée PS du Pas-de-Calais, s'est interrogée sur les conflits d'intérêt entre ce texte et la loi du 9 mai 2001 qu'elle présenta et dont elle fut la rapporteure, notamment à propos de la périodicité de la conduite des négociations dans les branches. Elle souligne aussi que la perspective de sanctions financières après un bilan établi dans un délai de trois ans par une conférence nationale est une perspective trop lointaine. « Il n'y a rien de scandaleux dans le texte, mais ses manques le sont, dit Catherine Génisson, qui regrette l'absence d'objectifs chiffrés. La loi ne mécontente personne. C'est bien la preuve qu'elle ne changera pas d'un iota les choses dans les entreprises » [73]. Dans la même perspective, Muguette Jacquaint, porte-parole du groupe communiste sur le texte, parle de « beaucoup de bruit pour le résultat qu'on peut escompter » [74].

La présidente de la délégation aux droits des femmes de l'Assemblée, Marie-Jo Zimmermann, a joué un rôle déterminant pendant les débats à l'Assemblée nationale en faisant adopter une série d'amendements visant à augmenter la proportion de femmes dans diverses instances (conseils d'administration des établissements publics industriels et commerciaux, instances de représentation du personnel dans les entreprises, conseils des prud'hommes). Contre l'avis du gouvernement, mais avec le soutien de la gauche, de l'UDF, et d'une partie de l'UMP, elle a fait en particulier adopter dans le titre IV article 13 une disposition qui concerne les conseils d'administration des sociétés anonymes (SA). L'amendement prévoit d'y garantir un taux minimum de 20 % de représentation de chacun des deux sexes, les conseils d'administration et les conseils de surveillance disposant d'un délai de cinq ans pour se mettre en conformité.

La gauche a en particulier dénoncé l'adoption dans le texte d'une prime de 400 euros aux PME lorsqu'une salariée part en congé maternité. « Avec

73. « Les députés examinent le projet de loi sur l'égalité salariale », *Le Monde*, 10 mai 2005.
74. *Ibid.*

cette mesure, on est à nouveau en train de faire croire que les femmes sont un handicap pour l'entreprise » [75], a contesté Martine Billard, députée verte de Paris. Enfin, malgré l'insistance de l'opposition et de l'UDF, aucune disposition relative au temps partiel imposé aux femmes n'a été retenue. Ce temps partiel subi est une cause d'inégalité salariale majeure, selon ces élus. Il génère aussi « une vie difficile et une retraite misérable », affirme Catherine Génisson. « Ne pas en débattre à l'occasion de ce texte, c'est perdre toute crédibilité » [76], a affirmé Martine David, députée PS du Rhône. Dans cette perspective, la mise en place de mesures de rattrapages pour faire face à la persistance des inégalités, ici salariales, n'est pas synonyme d'une prise en compte des causes de ces inégalités. Nous voyons ici une critique des limites de l'égalité différentielle si elle n'a pas pour exigence de faire advenir l'égalité de résultats par l'égalité des chances dans les faits et non seulement en droit.

Conclusion

Notre propos n'est pas de prendre partie par rapport à l'opportunité ou à la légitimité de cette loi sur l'égalité salariale, mais de l'éclairer à la lumière de l'évolution de la jurisprudence française et communautaire. Il s'agit de comprendre les forces en présence dans l'élaboration des normes juridiques.

L'examen de l'évolution de la jurisprudence française montre que son harmonisation avec la jurisprudence européenne s'est faite à travers des revirements marquant le passage d'une acception classique de la non-discrimination à une vision qualifiée par Antoine Lyon-Caen [77] de plus moderne, au sens où elle est fondée sur une conception différentielle de l'égalité. La loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes illustre cette évolution du principe d'égalité dans la mesure où, face à la persistance des inégalités de rémunération malgré l'égalité formelle de non-discrimination légale, il met en place des mesures concrètes fondées sur le principe d'égalisation des conditions. L'article 1er imposant que la salariée en congé de maternité bénéficie, à défaut de dispositions d'un accord de branche ou d'entreprise, de la moyenne des augmentations individuelles perçues, pendant sa période d'absence, par les salariés relevant de sa catégorie incarne la retranscription législative de cette conception différentielle de l'égalité où la lutte contre les discriminations directes ou indirectes passe par des mesures de compensation. Le 23 février 2006, jour de l'adoption de cette loi sur l'égalité salariale à l'Assemblée nationale, Cathe-

75. « La loi sur l'égalité professionnelle a été adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale », *Le Monde*, 10 mai 2005.

76. *Ibid.*

77. *Cf.* Antoine Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Droit social*, 1, 1990, p. 75 : « C'est la considération du sexe qui offre l'exemple le plus probant de l'hésitation entre une acception classique de la non-discrimination et une vision plus moderne de l'égalité différentielle. »

rine Vautrin, ministre déléguée à la Cohésion sociale et à la Parité déclarait que ce texte va au-delà de l'objectif « qui nous avait été fixé ». « Notre objectif, c'est de supprimer des discriminations qui sont injustifiées » [78], explicite-t-elle. L'argumentaire utilisé par le Conseil constitutionnel pour invalider le titre III de cette loi ne s'oppose pas à cette affirmation ; il considère en effet que les différences de représentations entre les femmes et les hommes dans les instances délibératives et juridictionnelles des sociétés privées et des entreprises du secteur public ne sont pas des discriminations mais l'articulation entre l'égalité de droit (article 1er de la Déclaration de 1789, alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 et article 1er de la Constitution de 1958) et l'expression des distinctions liées au respect des vertus et des talents des citoyens (article 6 de la Déclaration de 1789).

Ainsi, comme en témoigne la décision n° 2006-533 DC, loin de constituer un changement de paradigme au sens de Thomas S. Kuhn [79], cette loi ne fait que confirmer l'inscription de la législation française dans un processus de mutation où la conception de l'égalité formelle de non-discrimination légale côtoie une conception différentielle de l'égalité fondée sur la « discrimination justifiée ». Au regard de l'analyse de l'évolution jurisprudentielle que nous avons effectuée, nous pouvons affirmer que le pouvoir législatif a été à l'avant-garde du pouvoir juridique en ce qui concerne la mutation du principe d'égalité. Il a en effet, comme nous l'avons montré, introduit des mesures de rattrapage dès 1983. La très faible mise en pratique de ces outils juridiques, tels que le plan d'égalité et le contrat de mixité professionnelle, illustre le décalage existant entre les règles de droit, les normes et les pratiques sociales.

La notion de paradigme part de l'idée que la découverte scientifique est toujours délimitée par un modèle de compréhension valable pour une certaine époque, à savoir précisément le paradigme auquel sont soumis tous ceux qui participent au processus scientifique. Le changement de paradigme correspond alors au dépassement de l'ancien par un nouveau l'englobant et le rendant désuet pour saisir et expliquer les dernières découvertes scientifiques. Ce terme n'est pas adapté pour les règles de droit. En effet, pour reprendre l'expression de Marie-Angèle Hermitte, directrice de recherche au CNRS–EHESS, le droit est un autre monde où « un même objet montre, de par la diversité des règles qui lui seront appliquées, qu'il a été construit progressivement – chaque couche de temps ayant laissé sa trace –, et sous des influences diverses qui s'affrontent par le truchement de règles juridiques contradictoires qu'il faut en permanence réarticuler, jusqu'à ce que, la conciliation n'étant plus possible, on soit en présence d'une crise des catégories : les opérations du droit sont des révélateurs puissants de la com-

78. « Le Parlement adopte le texte sur l'égalité salariale », Communiqué de presse Reuters le jeudi 23 février 2006.

79. Édition française : Thomas Samuel KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.

plexité des objets et du caractère mouvant et paradoxal des constructions que la société leur applique » [80].

Pour en savoir plus

ALLOUCHE José, « L'égalité professionnelle ou les disparités hommes/femmes dans l'entreprise », *Revue de gestion des ressources humaines*, chronique, 11, juin 1994, p. 42-65.

BOUMAHDI Rachid, LATTES Jean-Michel et PLASSARD Jean-Michel, « Marché du travail et lutte contre la discrimination : une approche pluridisciplinaire », *Droit et Société*, 51/52, 2002, p. 487-508.

CONSEIL DE L'EUROPE, *L'égalité entre les femmes et les hommes dans la Charte sociale européenne : étude établie sur la base de la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux,* Strasbourg, éditions du Conseil de l'Europe, 2000.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « La question juridique de l'égalité des sexes », *Comprendre*, 4, 2003, p. 69-86.

« Femmes », *Éditions du Juris-Classeur*, fasc. 9-10, à jour au 17 juin 2003.

FORTINO Sabine, *La mixité du travail*, Paris, La Dispute, 2002.

FRAISSE Geneviève et MARUANI Margaret, « Égalité, équité, discrimination : bilan épistémologique », *Les Cahiers du Mage*, 3/4, 1997, p. 187-230.

GAILLARD Thérèse, « Femmes (travail et emploi) », *Répertoire Dalloz de droit du travail*, Paris, Dalloz, mars 1996, p. 1-35.

GAUTIER Gisèle, *Rapport d'activité 2002. Les inégalités salariales entre les hommes et les femmes*. Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, Paris, Les Rapports du Sénat, 210, 2002-2003.

GAUTIER Pierre-Yves, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *Recueil Dalloz*, 42, 2003, p. 2839-2844.

JEAMMAUD Antoine, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Droit social*, 7/8, 2004, p. 694-705.

JUNTER-LOISEAU Annie, « L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise : droit et pratiques », *Droit social*, 1, 1990, p. 109-113.

LANQUETIN Marie-Thérèse, « L'égalité entre hommes et femmes dans le régime spécial de retraite des fonctionnaires (CJCE 29 novembre 2001 Aff.-366/99, et CJCE 13 décembre 2001, Aff-C/206/00) », *Droit social*, 2, 2002, p. 178-190.

LANQUETIN Marie-Thérèse, « L'égalité entre les femmes et les hommes : sur la directive 2002/73 CE du 23 septembre 2002 », *Droit social*, 3, 2003, p. 312-322.

LANQUETIN Marie-Thérèse, « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », *Droit social*, 5, 1995, p. 435-453.

LANQUETIN Marie-Thérèse, « Les retraites des femmes : quelle égalité ? », *Droit social*, 11, 2003, p. 960-969.

80. Marie-Angèle HERMITTE, « Le droit est un autre monde », *Enquête*, 7, 1998, p. 17.

LAUFER Jacqueline, « Entre égalité et inégalités : les droits des femmes dans la sphère professionnelle », *L'Année sociologique*, 53 (1), 2003, p. 143-174.

LAUFER Jacqueline, « Femmes et carrière : la question du plafond de verre », *Revue française de gestion*, 30 (151), 2004, p. 117-128.

LAUFER Jacqueline, « Travail, carrières et organisations », *in* LAUFER Jacqueline, MARRY Catherine et MARUANI Margaret (dir.), *Masculin-féminin. Questions pour les sciences de l'homme,* Paris, PUF, 2001, p. 57-79.

LAVANCHY Céline, ROSET Agnès et THOLY Lysiane, *Jurisprudence sociale : droit du travail*, Paris, Groupe Revue fiduciaire, 2004.

LHERNOULD Jean-Philippe, « L'égalité entre les sexes dans les régimes privés de pension (Civ. 2e, 15 juin 2004 et Civ. 2e, 8 juillet 2004) », *Droit social*, 11, 2004, p. 1000-1010.

MARCHAND Daniel, *Le droit du travail en pratique,* Paris, éd. d'Organisation, 2003.

MARUANI Margaret, *Les mécomptes du chômage*, Paris, Bayard, 2002.

MARUANI Margaret (dir.), *Les nouvelles frontières de l'inégalité. Hommes et femmes sur le marché du travail*, Paris, La Découverte/Mage, 1998.

MASSE-DESSEN Hélène, « La résolution contentieuse des discriminations en droit du travail », *Droit social*, 5, 1995, p. 442-446.

MINÉ Michel, « Le droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social : brefs propos sur les apports du droit communautaire en matière de discrimination », *Le droit ouvrier*, 619, 2000, p. 97-107.

MINÉ Michel, « Le nouveau regard des juges français sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *Le droit ouvrier*, 593, 1998, p. 1-11.

MOREAU Marie-Ange, « Les justifications des discriminations », *Droit social*, 12, 1995, p. 1112-1124.

MULLER Fabienne, « L'impact de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'égalité de traitement hommes-femmes sur la qualification des régimes de retraite », *Revue française des affaires sociales*, 4, 2002, p. 219-238.

PELISSIER Jean, LYON-CAEN Antoine, JEAMMAUD Antoine et DOCKES Emmanuel, *Les grands arrêts du droit du travail*, Paris, Dalloz, 2004, p. 253-262.

RIOT Cédric, « La lutte contre les discriminations : enjeux et perspectives », *JCP Cahiers de droit de l'entreprise,* 2, 2002, p. 5-9.

RONGERE Pierrette, « À la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés », *Droit social*, 1, 1990, p. 99-108.

SILVERA Rachel, « Le salaire des femmes, toutes choses inégales », dans *Les discriminations salariales en France et à l'étranger,* Paris, La Documentation française, 1996.

Travail, genre et sociétés, 12, 2004 : « Controverses : l'égalité professionnelle, 20 ans après ».

WACQUET Philippe, « Le principe de l'égalité en droit du travail », *Droit social*, 3, 2003, p. 276-282.