La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe

Elsa Fondimare

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2055>

DOI : [10.4000/revdh.2055](https://doi.org/10.4000/revdh.2055)

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Elsa Fondimare, « La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 04 mars 2016, consulté le 10 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2055> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2055>

Ce document a été généré automatiquement le 10 décembre 2020.

Tous droits réservés

La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe

Elsa Fondimare

- 1 L'étude du contentieux de la non-discrimination montre que les discriminations indirectes sont généralement peu reconnues et *a fortiori* peu sanctionnées par les juges. Mais, s'agissant des discriminations indirectes, tous les critères de discrimination ne sont pas à analyser sous le même angle¹, et l'étude de la mobilisation de la notion de discrimination indirecte fondée sur le sexe est particulièrement intéressante de ce point de vue. En effet, sa faible occurrence au sein du contentieux français² contraste fortement avec son introduction au sein de divers textes juridiques, en droit interne³ et surtout en droit européen⁴, et avec son important développement dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁵. A travers ces textes et cette jurisprudence, la notion de discrimination indirecte fondée sur le sexe apparaît comme un outil permettant de mettre en évidence et de sanctionner les inégalités de fait engendrées par l'application de règles ou de pratiques *a priori* neutres. La discrimination indirecte fondée sur le sexe est ainsi définie par la loi du 27 mai 2008 comme une mesure ou une pratique, neutre en apparence à l'égard du sexe, qui entraîne dans ses effets un désavantage pour les individus d'un sexe par rapport aux individus de l'autre sexe, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.
- 2 Dès lors, au regard de son importance dans le droit de l'Union européenne, comment expliquer que les juges français ne mobilisent que rarement la notion de discrimination indirecte fondée sur le sexe ? En effet, d'une part, peu de requérants utilisent ce fondement lors d'un recours contre une norme ou une pratique et, d'autre part, lorsqu'ils le font, les juges se montrent peu enclins à constater l'existence d'une discrimination indirecte. L'une des explications possibles serait que le cadre conceptuel français de l'égalité et de la non-discrimination rende difficile l'appréhension de cette notion. En effet, la conception française classique de l'égalité et des discriminations

présuppose qu'hommes et femmes sont dans des situations identiques. Partant, cette identité de situation exige une identité de traitement. Or, dans une logique opposée, la reconnaissance des discriminations indirectes implique justement de reconnaître qu'hommes et femmes peuvent ne pas être dans des situations identiques – par exemple, au regard de la classification des emplois ou du temps de travail, mais aussi de la maternité ou des violences. Cette logique nécessite de reconnaître que c'est parce que des inégalités entre les sexes persistent qu'une mesure neutre va avoir un impact différencié sur les femmes et les hommes. La notion de discrimination indirecte permet ainsi de montrer que des inégalités structurelles, liées aux représentations des rôles de genre inégalitaires, existent toujours entre les sexes⁶.

- 3 Malgré sa faible mobilisation, certains arrêts de la Cour de cassation montrent toutefois que la notion de discrimination indirecte peut parfois être saisie par le juge. Elle révèle alors, précisément, son potentiel en tant qu'outil de lutte contre les inégalités de fait structurelles (I). Mais cette démarche reste rare devant les juridictions, tant parce que la notion de discrimination indirecte demeure principalement appréhendée dans un cadre formel de l'égalité, que parce que sa mise en œuvre procédurale s'avère difficile (II).

I. Un outil permettant au juge de remettre en cause les inégalités de fait structurelles

- 4 La notion de discrimination indirecte peut être appréhendée comme un outil permettant de remettre en cause les inégalités de fait entre les femmes et les hommes, qui ne sont pas sanctionnables sur le terrain de la discrimination directe. Elle tend en effet à mettre en évidence, d'une part, le caractère structurel des inégalités de genre – le fait qu'elles reposent sur une répartition sexuée des rôles sociaux – et, d'autre part, leur dimension systémique – le fait qu'une discrimination qui touche les femmes entraîne un autre phénomène discriminatoire qui les défavorise davantage⁷. C'est le cas lorsque, par exemple, la rémunération moins favorable des femmes conduit la plupart des couples à désigner ces dernières comme restant au foyer à l'arrivée du premier enfant, ou à travailler à temps partiel, ce qui entraîne le plus souvent pour elles une interruption de carrière désavantageuse en termes de salaire et de retraite. Certains arrêts de la Cour de cassation montrent comment la notion de discrimination indirecte peut alors servir d'outil de lutte contre ces aspects des inégalités de fait, par la remise en cause de la ségrégation genrée des emplois (A), ainsi que des désavantages résultant d'une répartition inégale du temps de travail entre les sexes (B).

A. La remise en cause de la ségrégation genrée des emplois

- 5 Dans l'affaire Mutualité sociale agricole (MSA), examinée par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 6 juin 2012⁸, le recours à la notion de discrimination indirecte met en évidence que certains désavantages subis par les femmes ont une origine structurelle, à savoir, en l'espèce, une répartition des emplois selon le sexe. En effet, l'affiliation à la caisse de retraite des cadres était refusée aux salarié.e.s de la MSA employés aux fonctions d'assistant de service social, lesquels salarié.e.s étaient majoritairement des femmes⁹. Or, l'affiliation à la caisse de retraite était permise pour les personnels employés aux fonctions de contrôleurs et d'inspecteurs, principalement

occupées par des hommes. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 juin 2010 conclut à une discrimination indirecte fondée sur le sexe en faisant référence au droit de l'Union européenne (article 141 Traité, directive 97/80/CE). Le pourvoi formé contre la décision des juges du fond est rejeté par la Cour de cassation, qui approuve la solution dégagée par ceux-ci. Les juges estiment en effet que les emplois dits « féminins » (au sens où ils sont en majorité occupés par des femmes) ne peuvent pas être désavantagés par rapport aux emplois occupés majoritairement par des hommes, lorsque les fonctions en cause sont comparables. La discrimination est indirecte, car le critère du sexe est implicitement contenu dans la mesure de refus d'affiliation, dans la mesure où la classification des emplois procède, dans les faits, à une distinction entre les femmes et les hommes. Ainsi, une application de l'égalité formelle n'aurait pas pu aboutir à la reconnaissance d'une discrimination, puisque le critère du sexe n'était pas expressément contenu dans la mesure, qui distinguait seulement entre les contrôleurs et inspecteurs d'une part, et les assistants sociaux d'autre part. La discrimination n'était donc pas visible à première vue. Mais le désavantage subi – le refus d'affiliation – a pour origine une classification genrée des emplois, une « ségrégation horizontale », soulignant le caractère systémique de l'inégalité¹⁰. La solution des juges conduit, de plus, à remettre en cause les stéréotypes de genre conduisant à une dévalorisation des emplois à prédominance féminine¹¹.

- 6 La ségrégation genrée des emplois n'est pas la seule cause structurelle des discriminations fondées sur le sexe ayant été remise en cause par la Cour de cassation par le biais de la notion de discrimination indirecte. Le juge judiciaire a également mis en évidence le rôle de la répartition inégale du temps de travail dans la persistance des inégalités entre hommes et femmes.

B. La condamnation des désavantages liés à une répartition inégale du temps de travail entre les sexes

- 7 Deux affaires examinées par la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans des arrêts du 1^{er} décembre 2009¹² et du 3 juillet 2012¹³, ont donné lieu à la reconnaissance de discriminations indirectes touchant des femmes employées à temps partiel, reprenant sur ce point la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁴.
- 8 Dans ces affaires, la Cour de cassation approuve les solutions retenues respectivement par la Cour d'appel de Douai le 13 avril 2007 et la Cour d'appel de Paris le 11 juin 2010, qui jugent que les désavantages subis par les salariés à temps partiel par rapport aux salariés à temps plein, constituent des discriminations indirectes fondées sur le sexe, car les femmes sont majoritairement présentes dans les emplois à temps partiel. Dans la première affaire, la discrimination indirecte est constituée par la mesure refusant à des travailleurs à temps partiel de récupérer leurs jours de congé. Dans la seconde affaire, la discrimination indirecte résulte du refus opposé à une salariée à temps partiel de bénéficier d'une allocation de retraite supplémentaire, parce qu'elle n'a pas travaillé un minimum d'heure par trimestre pendant quinze ans. Dans les deux cas, les juges constatent, sur la base de preuves statistiques, que les femmes sont plus nombreuses à travailler à temps partiel, dans les organismes de sécurité sociale ou dans l'entreprise en question, et donc que la mesure défavorise indirectement et majoritairement les femmes. Là encore, la mobilisation de la notion de discrimination directe fondée sur le sexe n'aurait pu aboutir à la reconnaissance d'une discrimination,

car le critère du temps travaillé par semestre est *a priori* neutre au regard du sexe. Cette solution permet de mettre en évidence le caractère systémique des discriminations : les femmes, qui concilient davantage que les hommes la vie familiale et la vie professionnelle, au regard de la répartition genrée des rôles sociaux, choisissent davantage des emplois à temps partiel leur permettant de gérer une telle conciliation. La solution des juges conduit par conséquent, d'une part, à empêcher la dévalorisation de l'emploi à temps partiel à prédominance féminine, et d'autre part, à sanctionner une inégalité fondée sur la répartition différenciée des rôles sociaux entre les hommes et les femmes dans la société.

- 9 De plus, la Cour d'appel de Douai estime que la circonstance que les salariés aient choisi de travailler à temps partiel est sans pertinence, car les femmes sont dans « une situation particulière [...] obligées de concilier le plus souvent une activité professionnelle avec les tâches importantes qu'elles doivent assumer à la maison et quant à l'éducation des enfants, ce qui les contraint en fait à demander à travailler à temps partiel »¹⁵. Les juges prennent ici en compte le fait que les représentations des rôles sociaux de sexe – en particulier le rôle des femmes comme gardiennes du foyer – guident les choix des salariées et les orientent vers des emplois à temps partiel moins valorisés. L'idée d'un « choix » des salariées ne peut dès lors servir de justification à l'inégalité de traitement, car la notion de discrimination indirecte retenue par les juges vise justement à mettre en évidence la dimension structurelle des discriminations, dimension qui échappe, précisément, aux individus.
- 10 Les rares arrêts sanctionnant des discriminations indirectes fondées sur le sexe retiennent par conséquent une nouvelle conception des discriminations en droit français, nécessitant de sanctionner un traitement apparemment identique des hommes et des femmes, placés dans les faits dans des situations différentes. Cette conception permet ainsi de mettre en évidence qu'hommes et femmes ne sont pas dans des situations identiques au regard des inégalités et que ces dernières sont persistantes envers les femmes. Le cadre de l'égalité formelle se révèle donc insuffisant pour lutter contre les inégalités de fait. La conception des discriminations indirectes tend dès lors à une approche « réelle » de l'égalité, terme employé par le législateur de 2014¹⁶, notamment pour désigner la lutte contre les inégalités touchant davantage les femmes que les hommes, dans les faits et non plus seulement dans les textes juridiques.
- 11 Mais c'est peut-être justement parce que la notion de discrimination indirecte appelle à une approche renouvelée de l'égalité qu'elle est rarement mise en œuvre par les juges en tant qu'outil de lutte contre les inégalités structurelles. En effet, ces derniers semblent majoritairement attachés à une conception formelle de l'égalité et de la notion de discrimination¹⁷.

II. Un outil de lutte contre les inégalités structurelles difficilement appréhendé par le juge

- 12 Certains juges, et particulièrement les juges administratifs, peinent à reconnaître la notion de discrimination indirecte fondée sur le sexe et lorsqu'ils le font, ce n'est pas comme un outil de lutte contre les inégalités structurelles (A). De même, les juges acceptent difficilement la preuve d'une différence de situation entre les sexes, en ce

que la conception traditionnelle des discriminations est largement aveugle aux différences de situations factuelles entre les femmes et les hommes (B).

A. Un usage limité devant le juge administratif

- ¹³ La notion de discrimination indirecte fondée sur le sexe apparaît très peu dans le contentieux administratif. Si des discriminations indirectes fondées sur d'autres critères, comme la nationalité¹⁸, ont été reconnues et remises en cause¹⁹, aucune discrimination indirecte fondée sur le sexe n'a jamais été sanctionnée par le Conseil d'Etat, celui-ci demeurant attaché à une conception formelle de l'égalité des sexes²⁰. Surtout, elle n'a pas été appréhendée comme un outil de lutte contre les inégalités structurelles désavantageant les femmes, mais au contraire, comme une technique pour sanctionner les mesures positives en faveur des femmes visant à compenser les inégalités de fait touchant ces dernières.
- ¹⁴ Ainsi, dans une série d'arrêts rendus en 2015²¹, le Conseil d'Etat admet que la condition imposée par le Code des pensions pour obtenir une bonification pour enfant en matière de retraite constitue *a priori* une discrimination indirecte en défaveur des hommes. Il faut en effet avoir interrompu son activité pendant une durée continue au moins égale à deux mois dans le cadre d'un congé pour maternité ou d'éducation. Puisque, dans les faits, les hommes interrompent moins souvent leur carrière que les femmes pour s'occuper des jeunes enfants et ne peuvent se prévaloir d'un congé de maternité, ils se trouvent ainsi désavantagés par rapport aux femmes dans l'obtention d'une bonification de pension ou d'une retraite anticipée. Certes, la décision finale du Conseil d'Etat va plutôt dans le sens d'une égalité réelle, car il estime que cette différence de traitement, dont bénéficient indirectement les femmes, est justifiée par un objectif légitime de politique sociale qui est la compensation des inégalités de fait touchant les femmes dans l'évolution de la carrière. Mais il faut souligner que, si le Conseil d'Etat retient plutôt en l'espèce une conception réelle de l'égalité, c'est justement pour écarter la discrimination indirecte. La notion de discrimination indirecte n'est pas ici appréhendée comme un outil de l'égalité réelle, mais bien au contraire, comme servant à des hommes à contester des mesures positives en faveur des femmes visant l'égalité réelle.
- ¹⁵ En effet, lorsque la discrimination indirecte peut servir à dénoncer des inégalités subies par des femmes, le juge administratif ne retient pas cette notion. Par exemple, dans un arrêt du 28 décembre 2009, il écarte rapidement la question de savoir si la mesure concernant la rémunération des stagiaires de cabinets d'avocat a ou non un impact différencié selon le sexe²². Il ne s'interroge pas sur la question de savoir si la gratification des stagiaires, moins importante dans les cabinets d'avocat de petite taille, crée ou non une discrimination indirecte envers les stagiaires femmes, davantage présentes dans de telles structures²³.
- ¹⁶ Par ailleurs, la persistance d'une conception formelle des discriminations conduit à rendre plus difficile la preuve de la discrimination indirecte.

B. Les difficultés liées à la preuve de la différence de situation entre hommes et femmes

- 17 La preuve d'une discrimination indirecte nécessite de montrer qu'hommes et femmes ne sont pas placé(e)s dans des situations identiques et qu'une mesure neutre peut avoir un impact différencié selon le sexe. Or, la persistance d'une conception formelle de la notion de discrimination chez les juges – qui présuppose qu'hommes et femmes sont placé(e)s dans des situations identiques – conduit ceux-ci à admettre plus difficilement la preuve des inégalités de situations entre hommes et femmes, ce qui rend, dès lors, plus compliqué l'établissement d'une discrimination indirecte pour les requérantes et les requérants.
- 18 Certes, la preuve des discriminations indirectes est facilitée de deux façons. D'une part, les requérants n'ont pas à rapporter l'intention discriminatoire, puisque c'est l'effet de la mesure qui constitue en partie la discrimination. D'autre part, un aménagement de la charge de la preuve en faveur des requérants est prévu, comme dans les contentieux relatifs à la discrimination directe ; ceux-ci doivent seulement rapporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un désavantage à l'encontre d'une proportion plus élevée d'individus d'un sexe²⁴. L'auteur de la mesure litigieuse doit quant à lui montrer une justification objective constituée par un objectif légitime, nécessaire et proportionné. A défaut de preuve de la part de l'auteur de la mesure, la discrimination indirecte est constituée²⁵.
- 19 Toutefois, la preuve de l'inégalité de fait, du désavantage résultant de la différence de situation entre les femmes et les hommes, est particulièrement difficile à rapporter. La difficulté réside dans un premier temps, dans le choix du comparateur approprié pour mettre en évidence le désavantage. En effet, comment trouver des panels comparatifs pertinents, alors que les discriminations indirectes résultent justement du fait qu'hommes et femmes ne sont pas placés dans des situations identiques ? Par exemple, le problème de la non-mixité des emplois entre travailleurs masculins et féminins rend difficile la constitution de panels pertinents, même si les juges ont pu retenir une conception large de la comparaison permettant de constater une discrimination indirecte²⁶. Mais le pouvoir discrétionnaire des juges dans l'appréciation de la pertinence du comparateur – et du champ de comparaison – peut constituer un obstacle certain à la reconnaissance des discriminations indirectes. Ainsi, dans une affaire examinée par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 22 octobre 2014²⁷, la requérante, salariée contractuelle de la Poste, invoque une discrimination indirecte fondée sur le sexe, car elle n'avait pas pu bénéficier de certaines cotisations de retraite, étant employée en contrat précaire. Or, la Poste emploie, selon elle, davantage de femmes en contrat précaire. Seulement, pour pouvoir constater la disparité, la Cour d'appel examine la proportion de femmes au sein des salariés de droit privé de la Poste (contractuels), en excluant les autres catégories de personnels, estimant qu'ils sont dans des situations différentes – ce que confirme la Cour de cassation. La requérante fait au contraire valoir que le désavantage significatif touchant les femmes ne peut être constaté qu'en comparant la situation de l'ensemble des employés de la Poste, et pas seulement des salariés de droit privé. Le pouvoir discrétionnaire d'appréciation des juges les conduit par conséquent à retenir en l'espèce un périmètre de comparaison qui se révèle non-pertinent pour établir la discrimination indirecte²⁸. Les juges se montrent

ainsi réticents à considérer comme comparables des groupes de personnes placés, selon eux, dans des situations différentes.

- 20 Il s'agit ensuite pour le requérant ou la requérante de prouver l'impact disproportionné d'une mesure sur les femmes ou les hommes, notamment à l'aide de statistiques – bien que la preuve statistique ne soit pas forcément nécessaire pour établir une discrimination indirecte²⁹. Or, ces données sont non seulement compliquées à obtenir, car il faut la plupart du temps l'aide d'un tiers pour ce faire (le comité d'entreprise, les organisations syndicales ou des agences spécialisées)³⁰, mais en plus, elles sont rarement jugées assez significatives par les juges. Par exemple, dans l'affaire relative à la Poste, afin de prouver que celle-ci employait davantage de femmes que d'hommes en contrat précaire, la requérante a utilisé comme mode de preuve diverses jurisprudences et articles de doctrine relatifs à la discrimination, ainsi que des bilans sociaux publiés annuellement par La Poste. Ils ont tous été rejetés par les juges et n'ont donc pas pu permettre d'établir que les femmes salariées à La Poste étaient majoritairement présentes dans les contrats précaires. Les juges administratifs se montrent également très réticents à l'utilisation de statistiques comme mode de preuve, même si dans l'arrêt *Quintanel* de 2015 précité, le Conseil d'Etat admet que les « données disponibles » montrent qu'une femme ayant eu un ou plusieurs enfants connaît, de fait, une moindre progression de carrière que ses collègues masculins et perçoit en conséquence une pension plus faible en fin de carrière. Le cadre conceptuel dans lequel les juges appréhendent les discriminations ne facilite pas l'établissement des discriminations indirectes : la présomption qu'hommes et femmes sont dans des situations identiques est en effet difficilement renversée.
- 21 Ainsi, la réserve des juges quant à l'utilisation des statistiques comme mode de preuve rend compte de la difficulté pour ces derniers de saisir la dimension collective, structurelle, des discriminations indirectes fondées sur le sexe. La remise en cause de celles-ci appelle en effet à se départir d'une approche individuelle des discriminations, ce qui pose la question de savoir si le procès, guidé justement par une logique individuelle, est le terrain le plus propice pour lutter contre la dimension structurelle et systémique des discriminations³¹.

NOTES

1. BELORGEY Jean-Michel, « De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations », in *Droit social*, 2002, p. 683 : « Des notions telles que celle de discrimination non intentionnelle ou indirecte n'ont à l'évidence pas le même sens s'agissant des discriminations à raison du sexe, des discriminations à raison de l'origine nationale ou ethnique, et des discriminations à raison de la santé ».

2. Seules trois affaires examinées par la Chambre sociale de la Cour de cassation ont donné lieu à une condamnation sur le fondement de la discrimination indirecte fondée sur le sexe (1er décembre 2009, pourvoi n° 07-42.801 ; 6 juin 2012, pourvoi n° 10-21489 ; 3 juillet 2012, pourvoi n° 10-23.013).

3. Voir l'article 1^{er} de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, modifiant l'article L. 122-45 du Code du travail (devenu l'article L. 1132-1) et les articles 1^{er}, 2-2 et 2-4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

4. Notamment la directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ; la directive 96/97/CE du Conseil du 20 décembre 1996

modifiant la directive 86/378/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale ; la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe ; la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE ; la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ; la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) ; la directive 2010/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante.

5. Voir notamment, pour les arrêts les plus significatifs : CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins contre Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, C-96/80 ; CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH contre Karin Weber von Hartz*, C-170/84 ; CJCE, 1^{er} juillet 1986, *Gisela Rummler contre Dato-Druck GmbH.*, C-237/85 ; CJCE, 17 octobre 1989, *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark contre Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss*, C-109/88 ; CJCE, 27 octobre 1993, *Dr. Pamela Mary Enderby contre Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health*, C-127/92 ; CJCE, 9 février 1999, *Regina contre Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith et Laura Perez*, C-167/97 ; CJUE, 20 octobre 2011, *Waltraud Brachner contre Pensionsversicherungsanstalt*, C-123/10.

6. TOBLER Christa, *Limites et potentiels du concept de discrimination indirecte*, Rapport de la Commission européenne, septembre 2008, p. 28 : « Le concept de discrimination indirecte peut être considéré comme un outil pour faire apparaître et contester les causes sous-jacentes de la discrimination, qui sont souvent de nature structurelle (c'est-à-dire discrimination causée par exemple par des préjugés, des pratiques fondées sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de groupes de personnes particuliers ou sur des rôles stéréotypés) ».

7. Si le terme de « discrimination systémique » est absent du droit positif, il peut désigner dans la doctrine « l'enchaînement des facteurs qui a pour résultat l'exclusion ou la préférence d'un groupe donné dans l'exercice d'un droit » (GARON-AUDY Muriel, *Pour une approche intégrée de la discrimination systémique : convergences et contributions des sciences sociales et du droit*, Commission des droits de la personne du Québec, 1986.)

8. Cour de cassation, chambre sociale, 6 juin 2012, pourvoi n° 10-21489, GOSSELIN Hervé, *Droit social*, 3 septembre 2012, p. 813 ; MINE Michel, *Revue de droit du travail*, 5 septembre 2012, p. 496.

9. Les critères choisis par la Caisse de retraite AGIRC pour admettre l'affiliation était, d'un part, d'exercer des fonctions d'encadrement et, d'autre part, d'atteindre un certain seuil fixé au coefficient Parodi 300. Ces deux critères combinés avaient pour effet d'exclure la majorité du personnel employé en qualité d'assistant de service social.

10. Dans une autre affaire relative à la répartition genrée inégalitaire des emplois, portée devant les juridictions civiles, la solution retenue par les juges du fond n'a pourtant pas abouti à sanctionner une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Dans un arrêt du 30 septembre 2013 (pourvois n° 12-14752 et n° 12-14964), la Chambre sociale de la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} septembre 2011, qui avait refusé d'examiner si la différence d'âge

de départ à la retraite entre les techniciens de plateau (55 ans) et les personnels du service habillement et perruques-maquillage (60 ans) de l'Opéra de Paris, était ou non constitutive d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe désavantageant les femmes, employées majoritairement au service habillement et perruques-maquillage. Mais la juridiction de renvoi, la Cour d'appel de Versailles, a jugé dans un arrêt du 27 janvier 2015 que la différence de traitement – la différence d'âge de départ à la retraite – était justifiée par un élément objectif étranger à toute discrimination indirecte, à savoir des conditions de travail plus pénibles pour les techniciens de plateau.

11. LHERNOULD Jean-Philippe, « Les discriminations fondées sur le sexe et la Cour de cassation », in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2012, p. 731 : « Elle rend possible la lutte contre les stéréotypes [...] Par exemple, le fait que tel type d'emploi, plutôt exercé par l'un des sexes est moins (ou plus) valorisé dans l'entreprise ».

12. Cour de cassation, chambre sociale, 1er décembre 2009, pourvoi n° 07-42.801.

13. Cour de cassation, chambre sociale, 3 juillet 2012, pourvoi n° 10-23.013, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1895, LOKIEC Pascal, PORTA Jérôme, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1026.

14. Voir par exemple : CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins contre Kingsgate*, C-96/80 ; CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, C-170/84 ; CJUE, 10 mars 2005, *Vasiliki Nikoloudi*, C-196/02 ; CJUE, 22 novembre 2012, *Elbal Moreno*, C-385/11.

15. Cour d'appel de Douai, Chambre sociale, 13 avril 2007, n° 05/02553.

16. Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

17. SOUVIGNET Xavier, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », in *Revue française de droit administratif*, 2013, p. 313. L'auteur rappelle que le Conseil d'Etat « a toujours refusé que le principe d'égalité puisse être entendu comme imposant à l'autorité administrative l'application de traitements différenciés lorsque les situations seraient différentes », en citant la jurisprudence constante du Conseil d'Etat sur ce point (CE, 22 mars 1950, *Société des ciments français* ; CE, 28 mars 1997, *Baxter*). Ce refus d'une « conception bilatérale » de l'égalité constitue un obstacle à la reconnaissance des discriminations indirectes, qui implique justement de sanctionner le traitement *a priori* identique de situations différentes.

18. SLAMA Serge, « Discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », in *Actualité juridique Fonction publique*, 2003, p. 4.

19. D'abord implicitement (CE, 22 septembre 1997, *Iorio*, n° 171903 ; CE, 13 mars 2002, *Courbage*, n° 209938), puis de façon plus explicite dans un arrêt du 18 octobre 2002, *Spaggiari*, n° 224804.

20. Le Conseil d'Etat reste réticent à admettre qu'un texte qui s'applique sans distinction aux hommes et aux femmes puisse avoir un effet discriminatoire dans son application, puisque le principe d'égalité, dans son sens formel, impose seulement qu'à des situations similaires soient appliquées des règles identiques. Ainsi, dans l'arrêt du 23 octobre 1998, *Union des Fédérations CFTD des fonctions publiques et assimilés* (n° 169797), la question de la légalité d'un règlement moins favorable aux stagiaires à temps partiel de la fonction publique est écartée, « sans qu'il y ait lieu de rechercher si cette catégorie est composée majoritairement de femmes » (Groupe d'Etude et de Lutte contre les Discriminations, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, note n° 2, octobre 2000).

21. CE, 27 mars 2015, *Quintanel*, n° 372426 ; CE, 31 juillet 2015, n° 381979 ; CE, 5 octobre 2015, n° 373697.

22. CE, 28 décembre 2009, n° 311421 : « Les stipulations susmentionnées ne créent aucune discrimination fondée, ni directement ni indirectement sur le sexe ».

23. EDEL Frédéric, « Les instruments juridiques de l'égal accès des femmes et des hommes aux emplois publics : depuis le droit à l'égalité aux politiques d'égalité », in *Revue française d'administration publique*, n° 145, 2013/1, p. 121.

24. Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe ; loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte

contre les discriminations. Le Conseil d'Etat a reconnu explicitement cet aménagement de la charge de la preuve dans l'arrêt du 30 octobre 2009, *Perreux*, n° 298348.

25. Ainsi dans l'affaire MSA, les juges procèdent à un contrôle assez strict des justifications de l'auteur de la mesure de refus d'affiliation. La caisse de retraite AGIRC ne justifie pas du caractère nécessaire et approprié du refus d'affiliation des catégories essentiellement féminine des employés concernées. L'AGIRC fait en effet valoir que le refus d'affiliation conduit à assurer la stabilité du groupe dans le temps et dans l'espace, la cohérence entre les cotisants et les retraités et la pérennité du régime, dans un objectif de solidarité entre les professions. Mais si cette justification constitue, d'après les juges du fond, un objectif légitime, cette justification relève néanmoins de « considérations purement générales », qui ne permettent pas d'établir la nécessité de la mesure. De plus, la Cour d'appel estime que cette justification constitue un aveu que le traitement moins favorable n'est pas étranger à toute discrimination, puisque selon l'AGIRC, l'exclusion des emplois à prédominance féminine est nécessaire à la stabilité et à la pérennité du groupe.

26. Dans l'affaire MSA, les juges admettent ainsi la comparabilité de deux groupes aux fonctions différentes : les employés aux fonctions de contrôleur et d'inspecteur d'un côté et les employés aux fonctions d'assistant au service social de l'autre.

27. Cour de cassation, Chambre sociale, 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-16.936.

28. Toutefois, cet obstacle lié à la difficulté de trouver un comparateur approprié pourrait être surmonté, en ce que, selon certains auteurs : « la Cour de cassation s'éloigne de plus en plus de la nécessité absolue de comparabilité pour prouver la discrimination directe » (MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, 2013, p. 261. L'auteure cite sur ce point un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 10 novembre 2009, pourvoi n° 07-42849.

29. La directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 prévoit ainsi que : « la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques ».

30. LANQUETIN Marie-Thérèse, « La charge de la preuve dans les cas de discrimination : les femmes, les syndicats et bientôt les étrangers », in *Plein droit*, n° 41-42, avril 1999.

31. TOBLER Christa, *Limites et potentiels du concept de discrimination indirecte, Rapport de la Commission européenne*, septembre 2008, p. 18 : « Si la discrimination indirecte met en lumière des problèmes structurels dans une société donnée, il ne suffit pas d'interdire ladite discrimination et d'attribuer des réparations dans des affaires individuelles. Il est plutôt impératif de s'attaquer aux causes sous-jacentes, et ce de manière exhaustive ».

RÉSUMÉS

Malgré le potentiel certain de la notion de discrimination indirecte comme outil de lutte contre les inégalités structurelles persistantes entre les femmes et les hommes, les discriminations indirectes fondées sur le sexe demeurent très rarement sanctionnées par les juges. Il s'agit de montrer que les freins à l'utilisation de cet outil proviennent notamment de la difficulté pour les juges – et en particulier pour les juges administratifs – de se départir d'une approche formelle du principe d'égalité et des discriminations. En effet, le cadre conceptuel dans lequel ont été forgés ces concepts en droit français limite considérablement l'appréhension par les juges des

différences de situations entre les sexes, pourtant nécessaire pour reconnaître une discrimination indirecte.

Despite the potential of the notion of indirect discrimination as a tool to challenge structural inequalities between women and men, indirect discriminations on the ground of sex remain barely struck down by judges. This article aims to show that the brakes which prevent judges from using this tool come from the difficulties for the latter – especially for administrative judges – to depart from a formal approach of equality principle and discriminations. Indeed, these concepts have been constructed within the French conceptual frame, which significantly limits the apprehension by judges of differences of situations between the sexes, whereas their recognition is necessary to take into account indirect discriminations.

INDEX

Keywords : indirect discrimination, disparate impact, sex equality, structural inequality, systemic discrimination, formal equality

Mots-clés : discrimination indirecte, égalité des sexes, inégalité structurelle, discrimination systémique, égalité formelle

AUTEUR

ELSA FONDIMARE

Elsa Fondimare est doctorante au CREDOF et ATER en droit public à l'Université Paris Ouest Nanterre la Défense.