

Paris, le 3 mars 2016

Décision du Défenseur des droits MLD-2016-071

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n°2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu le code pénal ;

Vu le code du travail ;

Saisi par Monsieur X qui estime faire l'objet d'une discrimination en raison de son sexe dans le cadre de son activité professionnelle :

Constate que les conditions d'attribution des « demi-journée rentrée scolaire » et « congés pour soins à enfant malade » applicables au sein de l'entreprise Y sont discriminatoires à raison du sexe ;

Prend acte de l'engagement de l'entreprise Y d'ouvrir des discussions avec les organisations syndicales représentatives en son sein afin de modifier les instructions générales n°374 B du 20 février 1985 et n°391 du 14 décembre 1981 et construire un « *dispositif équilibré, répondant aux enjeux d'équilibre de vie professionnelle/vie familiale, respectueux des dispositions légales et soutenable sur le plan économique* » ;

Demande à l'entreprise Y de le tenir régulièrement informé de l'avancée de ces négociations ;

Recommande à l'entreprise Y de se rapprocher de Monsieur X en vue d'assurer la réparation du préjudice qu'il a, le cas échéant, subi du fait de l'application des instructions générales susvisées et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente.

Jacques TOUBON

Recommandation dans le cadre de l'article 25 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

1. Le Défenseur des droits a été saisi, le 2 septembre 2014, d'une réclamation de Monsieur X qui estime être victime d'une discrimination à raison de son sexe dans le cadre de son activité professionnelle.

OBJET DE LA RECLAMATION :

2. Monsieur X est employé par l'entreprise Y depuis 1999.
3. Bien que père de famille, il indique ne pas pouvoir bénéficier des absences et congés rémunérés « *soins enfants* » et « *demi-journée rentrée scolaire* » octroyés dans l'entreprise au motif qu'il n'est pas veuf, séparé ou divorcé et ne vit pas seul avec les enfants dont il a la charge.
4. En effet, selon l'instruction générale n°374 B du 20 février 1985, des congés avec solde pour soigner un enfant malade sont accordés :
 - aux agents féminins, ou indifféremment à l'un des deux époux lorsqu'ils sont tous deux agents de la Régie ;
 - aux agents masculins lorsqu'ils sont veufs, séparés ou divorcés et vivent avec les enfants dont ils ont la charge au sens des prestations familiales.
5. Et, selon l'instruction générale n°391 du 14 décembre 1981, une demi-journée de congé avec solde le jour de la rentrée scolaire est accordée :
 - aux agents féminins mères de famille ;
 - aux agents masculins lorsqu'ils sont veufs, séparés ou divorcés et vivent seuls avec les enfants dont ils ont la charge.
6. Ces deux instructions générales, toujours applicables au sein de l'entreprise, créent une différence de traitement entre les agents selon leur sexe, les pères devant remplir une condition supplémentaire par rapport aux mères pour bénéficier des avantages qu'elles prévoient.

ENQUETE DES SERVICES DU DEFENSEUR DES DROITS :

7. Considérant qu'une telle différence de traitement pouvait constituer une discrimination à raison du sexe, les services du Défenseur des droits ont demandé à la société mise en cause, par courrier en date du 5 décembre 2014, de lui adresser un certain nombre d'éléments et d'explications.
8. Par courrier en date du 22 décembre 2014, l'entreprise Y a répondu à cette demande.
9. L'employeur y explique que l'un des dispositifs en cause n'est pas prévu par le droit commun (demi-journée payée pour la rentrée scolaire) et que l'autre va au-delà de ce qui est prévu par la loi (congé soins enfants). Une telle précision n'est cependant pas de nature à écarter toute présomption de discrimination puisque, dès lors qu'un avantage est octroyé par un employeur, ses conditions d'attribution doivent être conformes aux dispositions d'ordre public figurant dans le code du travail et donc exemptes de toute discrimination prohibée.
10. Puis, plus particulièrement concernant les congés « *soins enfants* », la société précise qu'ils ne sont pas réservés aux femmes et qu'ils visent les salariés avec enfant à charge « *les plus en difficulté pour concilier charge familiale et activité professionnelle* ». La société indique ainsi que « *partant du constat que, dans les faits, les femmes assument encore majoritairement une part plus importante de présence auprès de leurs enfants malades, ce dispositif donne un avantage spécifique aux femmes mais, dans cette logique, a été étendu aux salariés masculins élevant seuls des enfants* ».

11. L'employeur indique qu'un tel avantage contribue également « à une plus grande attractivité des métiers de l'entreprise auprès des femmes, ces métiers étant peu féminisés ».
12. L'entreprise Y argue par ailleurs du fait qu'étendre le bénéfice d'un tel avantage à l'ensemble du personnel ne serait pas économiquement viable, ce droit avec maintien de salaire représentant « près de 20 000 journées-agents par an soit un coût global de 4,5 millions d'euros », alors même que le taux de féminisation actuelle de la société n'est que de 20%. Elle insiste sur le fait que l'extension de la mesure « porterait le niveau de consommation de ce droit à plus de 150 000 jours-agents soit 36,5 millions d'euros chaque année ».
13. Enfin, l'employeur précise que ces dispositifs conventionnels sont régulièrement discutés avec les partenaires sociaux qui n'ont pas souhaité y apporter de modification par souci de pragmatisme et de réalisme.
14. Au vu des éléments recueillis au cours de son enquête, le Défenseur des droits a adressé à l'entreprise Y une note récapitulant son analyse du dossier et l'a invitée à formuler toutes les observations complémentaires qu'elle jugeait utiles.
15. Par courrier en date du 29 janvier 2016, l'entreprise Y a indiqué aux services du Défenseur des droits que les réglementations internes en cause avaient été adoptées dans les années 60, reprises dans les années 80 et n'avaient pas évolué depuis cette date. Ainsi, elles s'appuyaient « sur une représentation ancienne de la famille et un vocabulaire traditionnel ». Dans ces conditions, l'employeur a admis que le « dispositif actuel doit être revisité » et s'est donc engagé à ouvrir des discussions avec les organisations syndicales à ce sujet en 2016.

CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES DE LA RECLAMATION :

16. En vertu d'une jurisprudence désormais bien établie, des avantages conventionnels tels que des autorisations d'absence ou des congés avec solde non prévus par la loi sont considérés comme des éléments de rémunération au sens de l'article L.3221-3 du code du travail aux termes duquel constituent une rémunération, outre le salaire ou le traitement ordinaire de base ou minimum, tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier.
17. La Cour de cassation a pu juger que tel était le cas de congés supplémentaires octroyés par une convention collective aux mères de famille (*Cass. Soc., 9 avril 1996, n°94-43.279*).
18. Dès lors que ces avantages conventionnels constituent un élément de rémunération, le principe de non-discrimination et les dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes sont pleinement applicables à leurs conditions d'attribution.
19. Or, conformément aux articles L.1132-1 et L.1142-1 du code du travail, un salarié ne peut être privé d'un tel avantage au seul motif de son appartenance à un sexe déterminé.
20. De plus, en vertu de l'article L.1142-3 dudit code, les clauses d'une convention ou d'un accord collectif ou d'un contrat de travail qui réservent le bénéfice d'une mesure quelconque à un ou des salariés en considération de leur sexe sont nulles, sauf si elles visent à la protection des salariés dans certaines hypothèses précises liées à la grossesse, à la maternité et à l'accueil de l'enfant dans le foyer.
21. En l'espèce, les instructions contestées prévoient des conditions d'attribution des congés et autorisations d'absence avec maintien de salaire qu'elles octroient, qui sont différentes en fonction du sexe des salariés concernés. Ainsi, les pères de famille doivent justifier, que leurs conjointes ne sont pas elles-mêmes agents de l'entreprise Y, et établir être veufs, séparés ou divorcés et vivre seuls avec les enfants dont ils ont la charge, ce qui n'est pas demandé aux mères de famille.

22. Une telle différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe des intéressés constitue une discrimination directe qui ne souffre, en principe, aucune exception ni justification, sauf celles expressément prévues par la loi.
23. A cet égard, en matière de rémunération, le droit autorise des distinctions fondées sur le sexe dans deux hypothèses.
24. La première concerne les dispositions spécifiques relatives à la protection des salariées au cours de la grossesse, de la maternité et dans la période entourant l'arrivée d'un enfant dans le foyer, telles que mentionnées à l'article L.1142-3 du code du travail susvisé. Les avantages en cause en l'espèce n'en font cependant pas partie puisqu'ils ne visent pas le salarié dans sa « fonction » reproductive mais dans sa « fonction » éducative. En d'autres termes, ils n'ont pas pour objectif de protéger les salarié-es à l'occasion de la naissance ou de l'arrivée d'un enfant dans le foyer mais à compenser l'impact sur la rémunération de l'obligation d'être présent auprès des enfants mineurs dans certaines situations particulières.
25. La seconde hypothèse concerne les mesures temporaires, dites mesures d'action positive, pouvant être prises au seul bénéfice des femmes pour établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans la vie professionnelle.
26. Le droit communautaire, notamment l'article 157(4) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et la Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), comme le droit interne, à l'article L.1142-4 du code du travail, prévoit la possibilité de prendre de telles mesures. En tant que dérogation au principe de non-discrimination, cette possibilité est cependant très limitée et appréciée strictement par le juge.
27. Ainsi, s'agissant de leur mise en place, le code du travail précise que « *Ces mesures résultent :*
1° *soit de dispositions réglementaires prises dans les domaines du recrutement, de la formation, de la promotion, de l'organisation et des conditions de travail ;*
2° *soit de stipulations de conventions de branches étendues ou d'accords collectifs étendus ;*
3° *soit de l'application du plan pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes »*
28. Le Défenseur des droits relève que les autorisations d'absence et congés avec solde visées par la présente réclamation n'ont été mises en place par aucune des modalités susvisées puisqu'elles résultent d'instructions internes à l'entreprise Y.
29. De plus et surtout, les mesures adoptées ne paraissent pas constituer, au regard de leur contenu, objectif et effets, des mesures d'action positive autorisées par le droit national et communautaire.
30. Les textes et la jurisprudence imposent en effet que ces mesures d'action positive soient destinées à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle en faveur du sexe sous-représenté, à savoir en l'occurrence les femmes.
31. Or, contrairement à la finalité que semble leur assigner l'entreprise, il n'apparaît pas que les dispositifs conventionnels mis en place par l'entreprise Y soient de nature à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle ou à prévenir ou compenser les désavantages dans la carrière professionnelle des femmes liés aux charges de famille et à l'investissement dans l'éducation des enfants.

32. En effet, si ces autorisations d'absence permettent de concilier plus facilement vie parentale et vie professionnelle, le fait de les attribuer prioritairement aux femmes, y compris quand elles ne vivent pas seules avec les enfants dont elles ont la charge, a pour effet de perpétuer un schéma de répartition des fonctions domestiques in fine préjudiciables à la femme.
33. En effet, elles maintiennent et renforcent même l'inégalité de fait existant entre les hommes et les femmes dans la répartition des charges liées à l'éducation des enfants, les hommes n'étant pas incités à exercer davantage les responsabilités familiales lorsqu'ils vivent avec la mère de leurs enfants.
34. De telles pratiques concourent à la survivance des stéréotypes sexistes qui maintiennent les femmes et les hommes dans les fonctions que la société leur assigne traditionnellement.
35. Elles font par ailleurs perdurer des discriminations systémiques à l'égard des femmes salariées, dont la carrière professionnelle est souvent pénalisée par les absences liées aux responsabilités familiales. En effet, l'attribution de congés et d'autorisations d'absence rémunérés évite un désavantage salarial ponctuel mais, à long terme, peut avoir un impact défavorable sur l'évolution professionnelle des femmes en raison de l'éloignement du travail pour s'occuper des enfants qu'il génère.
36. Ces pratiques ne vont dès lors pas dans le sens des politiques mises en œuvre depuis plusieurs années en matière d'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, tant au niveau européen qu'interne. Ces politiques ont toutes pour finalité de favoriser une répartition équilibrée des tâches domestiques et responsabilités familiales entre l'homme et la femme, condition fondamentale d'une égalité effective dans la carrière professionnelle.
37. Ces politiques portent en effet en elles l'idée que ce partage équitable des tâches ne peut intervenir que par l'attribution de droits « neutres » pour femmes et hommes et non par un renforcement de la protection des femmes en des domaines, tels que l'éducation des enfants, où elles sont placées dans une situation comparable à celle des hommes. Les mesures prises par l'employeur visant à favoriser la présence d'un parent auprès des enfants ne peuvent dans ces conditions, sans contrevenir à ces objectifs, être prioritairement réservées aux mères.
38. Ainsi, dans sa recommandation 84/635/CEE du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes, le Conseil préconisait déjà aux Etats membres « *d'éliminer ou de compenser les effets préjudiciables qui, pour les femmes qui travaillent ou cherchent un emploi, résultent d'attitudes, de comportements ou de structures fondés sur l'idée d'une répartition traditionnelle des rôles entre les hommes et les femmes dans la société* ».
39. Plus récemment, la Directive 2006/54 du 5 juillet 2006 susmentionnée met l'accent, en son considérant n°11 notamment, sur la nécessité pour les Etats membres de « *continuer de lutter contre le problème persistant de l'écart de rémunération lié au sexe et de la ségrégation entre sexes [...], au moyen notamment de réglementations en matière de durée du travail qui permettent tant à l'homme qu'à la femme de mieux concilier vie professionnelle et vie familiale* ».
40. De nombreux autres textes communautaires vont dans le sens d'une incitation à un partage équilibré des charges de famille pour lutter contre les inégalités de fait existant entre les femmes et les hommes. Tel est le cas, par exemple, de la Résolution du conseil et des ministres de l'emploi et de la politique sociale réunis au sein du Conseil relative à la participation équilibrée des femmes et des hommes à la vie professionnelle et familiale du 29 juin 2000 ou de la Directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental.

41. Dans son rapport du 27 février 2009 au conseil, au parlement, au comité économique et social européen et au comité des régions sur l'égalité entre les femmes et les hommes, la Commission européenne posait d'ailleurs parmi les défis et orientations stratégiques de l'Union européenne le fait de favoriser un partage équitable des responsabilités privées et familiales entre les femmes et les hommes et de lutter contre les stéréotypes pour permettre aux femmes et aux hommes de réaliser pleinement leur potentiel. Elle insistait à cette occasion sur le fait que « *la conception des politiques en faveur de l'emploi des femmes doit [...] intégrer, par exemple, des stratégies visant la suppression des stéréotypes sexistes et des mesures de conciliation de la vie privée et de la vie professionnelle des femmes comme des hommes* ».
42. La Cour de justice de l'Union européenne œuvre également de longue date en ce sens.
43. Ainsi, dès 1988, elle considérait que « *l'exception que prévoit l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les mesures relative à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité, ne saurait justifier des mesures visant à la protection des femmes au titre de qualités, telles celles de travailleur âgé ou de parent, qui ne leur sont pas propres* » (CJCE, 25 octobre 1988, Commission contre République française, aff.312/86 relative à la transposition de la directive 76/207 au droit français).
44. Par la suite, la Cour de justice a, à plusieurs reprises, rappelé que les situations des travailleurs féminins et masculins étaient comparables face aux conséquences engendrées par le statut de parent.
45. Elle a notamment retenu la comparabilité de la situation de travailleurs parents d'enfants en bas âge, qu'ils soient de sexe féminin ou masculin, « *au regard de la nécessité dans laquelle ceux-ci peuvent se trouver d'avoir à réduire leur temps de travail journalier afin de s'occuper de cet enfant* » (CJUE, 30 septembre 2010, C-104/09).
46. Plus largement, elle a pu considérer que « *la circonstance que les fonctionnaires féminins sont plus touchés par les désavantages professionnels résultant de l'éducation des enfants parce que ce sont en général les femmes qui assument cette éducation n'est pas de nature à exclure la comparabilité de leur situation avec celle d'un fonctionnaire masculin qui a assumé l'éducation de ses enfants et a été, de ce fait, exposé aux mêmes désavantages de carrière.* » (CJUE 20 novembre 2001 C-366/99). Dans ce dernier arrêt, la Cour n'a donc pas exclu qu'un travailleur homme puisse assumer l'éducation des enfants de la même manière qu'un travailleur femme, et donc que leur situation soit comparable et justifie une égalité de traitement entre eux.
47. Les juridictions internes ainsi que la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), à laquelle le Défenseur des droits a succédé, ont reconnu cette nécessité de lutter contre les stéréotypes sexistes.
48. Ainsi, le Conseil d'Etat annulait-il dès 1993, en raison de son caractère discriminatoire, la décision d'un maire de subordonner l'autorisation d'absence d'un agent père de famille pour soigner son enfant malade à la circonstance que la mère de l'enfant était dans l'impossibilité d'en assurer elle-même la garde (CE, 29 décembre 1993, n°102628).
49. En 1996, la Cour de cassation sanctionnait les dispositions de la convention collective nationale du personnel des organismes de sécurité sociale ayant institué un congé supplémentaire de deux jours ouvrés par enfant à charge de moins de 15 ans au profit des mères de famille et estimait que les salariés de sexe masculin pouvaient en bénéficier (Cass. Soc. 9 avril 1996, n°94-43.279, CNAM).

50. Cette position a notamment été confirmée s'agissant des congés supplémentaires pour jeunes mères de famille prévus par la convention collective de la métallurgie du Gard et de la Lozère de 2006. Par arrêt en date du 4 mai 2011, la Cour de cassation a en effet considéré que « *les jours de congés supplémentaires pour enfant à charge n'étaient pas destinés à compenser un désavantage résultant d'un éloignement du travail lié à la grossesse ni à protéger la maternité ou à corriger une inégalité de fait affectant les femmes en matière d'emploi ou de promotion professionnelle, mais qu'ils avaient pour objet de favoriser la présence d'un jeune parent auprès d'un enfant mineur de 15 ans* ». Dès lors, elle a considéré que la cour d'appel en avait « *exactement déduit, sans avoir à effectuer la recherche qui lui était demandée, que ce congé ne pouvait être refusé aux hommes qui, assurant la garde et l'éducation de leurs enfants dans les conditions prévus par l'accord collectif, se trouvaient dans la même situation que les travailleuses et avaient ainsi vocation à en bénéficier, au regard des exigences découlant de l'article 141 du Traité CE, devenu 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* » (Cass. Soc., 4 mai 2011, n°09-72.206).
51. Une solution identique pourrait être prise dans le cas d'espèce puisque les avantages octroyés par l'entreprise Y ne visent pas ni à compenser un désavantage résultant d'un éloignement du travail lié à la grossesse ou à protéger la maternité, exceptions prévues à l'article L.1142-3 du code du travail, ni à corriger une inégalité de fait affectant les femmes en matière d'emploi ou de promotion professionnelle, mesures d'action positive mentionnée à l'article L.1142-4 dudit code, mais bien davantage à favoriser la présence d'un parent, quel que soit son sexe, auprès d'un enfant mineur dans certaines circonstances particulières.
52. Enfin, s'agissant d'une espèce strictement similaire à celle soumise aujourd'hui au Défenseur des droits, le collège de la HALDE constatait dès 2007 que la clause d'un accord d'entreprise prévoyant que des congés exceptionnels, rémunérés à taux plein, pouvaient être accordés, pour des motifs liés à la santé de l'enfant ou à son accompagnement le jour de la rentrée scolaire, à la mère, ou au père si celui-ci élevait seul ses enfants, constituait une discrimination directe fondée sur le sexe prohibée par la loi (HALDE, Délibération n°2007-243 du 1^{er} octobre 2007).
53. En conséquence, au vu de ce qui précède, dès lors que les avantages prévus par les instructions n°374 B et 391 de l'entreprise Y n'entrent pas dans le champ des dérogations au principe de non-discrimination autorisées par la loi, le Défenseur des droits pourrait considérer que leurs conditions d'attribution sont discriminatoires à raison du sexe.
54. Partant, le fait de refuser lesdits avantages à un agent masculin en application de ces instructions constitue une discrimination directe qu'aucun des arguments développés par l'employeur ne saurait justifier.
55. En effet, ni des contraintes économiques, quand bien même seraient-elles réelles, ni la volonté des partenaires sociaux, n'autorisent un employeur à déroger à la prohibition des discriminations directes fondées sur le sexe. De telles justifications ne seraient guère plus admises en matière de discrimination indirecte fondée sur le sexe, le juge communautaire considérant à cet égard, s'agissant de choix de politique sociale d'un Etat membre, que « *si des considérations d'ordre budgétaire peuvent être à la base des choix de politique sociale d'un Etat membre et peuvent influencer la nature ou l'étendue des mesures de protection sociale qu'il souhaite adopter, elles ne constituent toutefois pas en elles-mêmes un objectif poursuivi par cette politique et, partant, ne sauraient justifier une discrimination au détriment de l'un des sexes* ». En effet, « *admettre que des considérations d'ordre budgétaire puissent justifier une différence de traitement entre hommes et femmes qui, à défaut, constituerait une discrimination indirecte fondée sur le sexe impliquerait que l'application et la portée d'une règle aussi fondamentale du droit communautaire que celle de l'égalité entre hommes et femmes puissent varier, dans le temps et dans l'espace, selon l'état des finances publiques des Etats membres* » (CJCE, 24 février 1994, Roks e.a., C-343/92 ; CJCE, 20 mars 2003, Kutz Bauer, C-181/00).

56. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :

- constate que les conditions d'attribution des « demi-journée rentrée scolaire » et « congés pour soins à enfant malade » applicables au sein de l'entreprise Y sont discriminatoires à raison du sexe ;
- prend acte de l'engagement de l'entreprise Y d'ouvrir des discussions avec les organisations syndicales représentatives en son sein afin de modifier les instructions générales n°374 B du 20 février 1985 et n°391 du 14 décembre 1981 et construire un « *dispositif équilibré, répondant aux enjeux d'équilibre de vie professionnelle/vie familiale, respectueux des dispositions légales et soutenable sur le plan économique* » ;
- demande à l'entreprise Y de le tenir régulièrement informé de l'avancée de ces négociations ;
- recommande à l'entreprise Y de se rapprocher de Monsieur X en vue d'assurer la réparation du préjudice qu'il a, le cas échéant, subi du fait de l'application des instructions générales susvisées et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente.

Jacques TOUBON