



Paris, le

Décision du Défenseur des droits n°MLD 2012-110

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 la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Vu le code du travail, notamment son article L. 3142-1 ;

Saisi de plusieurs réclamations relatives au caractère discriminatoire des dispositions légales et conventionnelles relatives aux autorisations d'absences pour événements familiaux à raison de l'orientation sexuelle des salariés,

Décide de recommander au Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social de faire procéder à l'amendement de l'article L. 3142-1 du code du travail.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

**Recommandation au Ministre du travail faite dans le cadre de l'article 32 de la loi n° 2011-333 du
29 mars 2011**

Le Défenseur des droits continue d'être saisi de réclamations de salariés auxquels sont refusées des autorisations d'absences à l'occasion de la conclusion de leur pacte civil de solidarité. Ces refus sont fondés, soit sur des accords collectifs réservant le bénéfice d'autorisations d'absences pour événements familiaux aux seuls salariés mariés, soit sur les dispositions de l'article L. 3142-1 du code du travail, qui prévoient que :

« Tout salarié bénéficie, sur justification et à l'occasion de certains événements familiaux, d'une autorisation exceptionnelle d'absence de :

1° Quatre jours pour son mariage ;

2° Trois jours pour chaque naissance survenue à son foyer ou pour l'arrivée d'un enfant placé en vue de son adoption. Ces jours d'absence ne se cumulent pas avec les congés accordés pour ce même enfant dans le cadre du congé de maternité ;

3° Deux jours pour le décès d'un enfant ;

4° Deux jours pour le décès du conjoint ou du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ;

5° Un jour pour le mariage d'un enfant ;

6° Un jour pour le décès du père, de la mère, du beau-père, de la belle-mère, d'un frère ou d'une sœur. »

RAPPEL DE LA PROCÉDURE

Par une délibération n° 2007-366 du 11 février 2008, le Collège de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité avait considéré que les dispositions de l'article L.226-1 (devenu L.3142-1) du code du travail étaient discriminatoires dans la mesure où elles n'accordaient pas les mêmes droits selon que les salariés étaient mariés ou liés par un pacte civil de solidarité.

Le Collège de la HALDE avait donc recommandé au Ministre du travail de faire procéder à l'amendement du code du travail afin d'étendre le bénéfice des congés pour événements familiaux réservés aux seuls salariés mariés aux salariés unis par un pacte civil de solidarité.

Par courrier du 1^{er} décembre 2008, le Ministre du travail avait refusé de donner suite à cette recommandation au motif que la situation des salariés mariés n'était pas comparable à celle des salariés unis par un PACS.

Le Ministre soutenait que le PACS visait à créer un nouveau statut du couple, spécifique, prenant en compte les différentes évolutions de la société, mais n'était pas équivalent au mariage. Le PACS n'apparaissait donc pas emporter, par lui-même, la création d'une famille au sens du droit civil qui renvoyait implicitement, selon le ministre, à la notion de couple avec enfants.

Le Ministre précisait qu'en instituant le PACS, l'intention du législateur n'était pas de créer un nouveau statut « familial » mais uniquement un nouveau statut du couple, ce qui expliquerait qu'il ait exclu toute incidence de ce statut sur la filiation et toute conséquence directe sur les ascendants, notamment en matière d'autorisations exceptionnelles d'absence professionnelle.

En désaccord avec ce raisonnement, le Collège de la HALDE avait adopté, par délibération n° 2009-336 du 28 septembre 2009, un rapport spécial qui avait été publié au JORF du 14 mars 2010. Ce rapport spécial réitérait les recommandations formulées dans la délibération du 11 février 2008.

Le Médiateur de la République avait également proposé cette réforme par courrier du 12 février 2009.

Le Ministre du travail n'ayant donné aucune suite ni à la proposition de réforme du Médiateur de la République, ni au rapport spécial de la HALDE, le Défenseur des droits lui a adressé un courrier de relance le 7 décembre 2011. Le Ministre n'a pas donné suite à cette relance.

Le Défenseur des droits a donc décidé d'examiner à nouveau la conformité des dispositions de l'article L. 3142-1 du code du travail au regard du droit de l'Union Européenne et d'en faire part au nouveau Gouvernement afin de connaître ses intentions.

ANALYSE JURIDIQUE

En vertu des articles 1 et 2 de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'orientation sexuelle est interdite en ce qui concerne l'emploi et le travail.

Aux termes de l'article 2 §2 de la directive :

« a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er} ;

b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que :

i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, [...] »

Aux termes de l'article 3 de cette même directive :

*« 1. Dans les limites des compétences conférées à la Communauté, la présente directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne :
[...]*

c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération. »

Or, les avantages tels les autorisations d'absences pour événements familiaux sont des éléments constitutifs de la rémunération au sens de l'article 141 du traité CE, et de l'article L. 3221-3 du code du travail, selon lesquels on entend par rémunération, le salaire et tous les avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature.

Les autorisations d'absences prévues par l'article L. 3142-1 du code du travail entrent donc pleinement dans le champ de la directive 2000/78/CE et doivent en conséquence être conformes au principe d'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

Le Défenseur des droits constate qu'en ouvrant une autorisation d'absence exceptionnelle de quatre jours en cas de mariage d'un salarié sans étendre ce droit aux salariés liés par un pacte civil de solidarité, le code du travail établit une différence de traitement fondée sur le seul critère du statut matrimonial.

Ce critère est apparemment neutre dans la mesure où il vise tous les salariés liés par un PACS, et ce, quelle que soit leur orientation sexuelle. Sa prise en compte entraîne cependant un désavantage particulier pour les personnes homosexuelles dans la mesure où elles n'ont pas, en l'état actuel du droit, la possibilité de se marier.

Les dispositions de l'article L. 3142-1 du code du travail sont donc susceptibles de constituer une discrimination indirecte à raison de l'orientation sexuelle des salariés à moins que la prise en compte de ce critère ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.

Par un arrêt Maruko du 1^{er} avril 2008¹, la Cour de Justice de l'Union Européenne a jugé que le fait de réserver le bénéfice des pensions de réversion aux seuls conjoints survivants, à l'exclusion des partenaires liés par un « partenariat de vie » (équivalent allemand réservé aux couples de même sexe du pacs français), constituait une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle, dans la mesure où, d'une part, le mariage en Allemagne n'était pas accessible aux couples de même sexe et, d'autre part, le statut juridique allemand des conjoints et celui des partenaires étaient comparables au regard de l'objet de la pension.

Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt Römer du 10 mai 2011² rendu dans une affaire similaire. Dans cet arrêt, la Cour précise que :

« L'appréciation de la comparabilité [...] doit être focalisée sur les droits et obligations respectifs des époux et des personnes engagées dans un partenariat de vie, tels qu'ils sont régis dans le cadre des institutions correspondantes, qui sont pertinents compte tenu de l'objet et des conditions d'octroi de la prestation en question. »

En l'espèce, aucun objectif légitime n'apparaît justifier cette différence de traitement.

Une circulaire du 7 mai 2001, permet d'ailleurs aux fonctionnaires et contractuels de la fonction publique de bénéficier d'une autorisation exceptionnelle de cinq jours maximum d'absence pour la conclusion d'un PACS.

Concernant les salariés relevant des dispositions du code du travail, des accords d'entreprises interviennent déjà afin d'assimiler les avantages sociaux dont bénéficient les couples mariés aux couples ayant conclu un pacte civil de solidarité. Cependant, de nombreuses entreprises ne disposent pas de convention collective et appliquent donc directement les dispositions du code du travail. Il appartient donc au législateur de tirer les conséquences de ces évolutions en harmonisant les droits sociaux des couples (mariés et pacsés), notamment en ce qui concerne les congés pour événements familiaux.

Le Défenseur des droits considère donc qu'en réservant le bénéfice d'autorisations d'absences pour événements familiaux aux seuls salariés mariés, les dispositions de l'article L. 3142-1 du code du travail instituent une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle des salariés, contraire aux articles 1 à 3 de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Par ailleurs, par décision du 23 mai 2012, la Cour de cassation a renvoyé à la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) une question préjudicielle portant sur la conformité au droit communautaire des dispositions d'un accord collectif réservant, notamment, le bénéfice d'autorisations d'absences pour événements familiaux aux seuls salariés mariés. Cette question est posée en ces termes :

« l'article 2 § 2, b, de la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 doit[-il] être interprété en ce sens que le choix du législateur national de réserver la conclusion d'un mariage aux personnes de sexe différent peut constituer un objectif légitime, approprié et nécessaire justifiant la discrimination indirecte résultant du fait qu'une convention collective, en réservant un avantage en matière de rémunération et de conditions de travail aux salariés contractant un mariage, exclut nécessairement du bénéfice de cet avantage les partenaires de même sexe ayant conclu un pacte civil de solidarité » ?

Cette question préjudicielle porte indirectement sur les dispositions de l'article L. 3142-1 du code du travail et rejoint donc la préoccupation exprimée par le Défenseur des droits.

Dans le cadre de cette procédure, le Défenseur des droits restera attentif aux observations qui seront transmises par le Gouvernement à la CJUE.

Toutefois, et sans attendre la décision de la Cour de Justice, le Défenseur des droits recommande au Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social de faire modifier l'article L. 3142-1 du code du travail afin de faire bénéficier l'ensemble des salariés pacsés, des droits accordés aux salariés mariés en matière d'autorisations d'absences pour événements familiaux.

¹ CJUE, Tadao Maruko c/ Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, 1^{er} avril 2008, C-267/06.

² CJUE, Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg, 10 mai 2011, C-147/08.