

La conciliation de la vie professionnelle, privée et familiale

L'approche juridique de l'Union européenne

Susanne Burri

Université d'Utrecht, Pays-Bas
Réseau européen d'experts
juridiques sur l'égalité des
genres

Le droit de l'Union européenne (UE) influence de plus en plus le droit interne des États membres en matière d'égalité de traitement des femmes et des hommes ainsi qu'en matière de conciliation de la vie professionnelle, privée et familiale. Plusieurs directives s'appliquent dans ce domaine et doivent être transposées au niveau national. Cet article offre un aperçu de l'approche et des objectifs de l'UE, des initiatives prises par la Commission européenne, des développements législatifs actuels et d'une partie de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE en la matière. En ce qui concerne les discriminations liées à la grossesse et à la maternité, la Cour a contribué à améliorer la position des femmes. Sa jurisprudence n'a en général pas permis d'avancées significatives pour un partage plus équitable des tâches domestiques et familiales, mais les initiatives législatives de l'UE – bien que modestes – renforcent les droits des travailleurs. Ainsi, la durée minimale du congé parental est passée de trois à quatre mois, sans toutefois que ce congé ne soit rémunéré. Au niveau national, les conditions et les formes de congés varient considérablement d'un État membre à l'autre. Les travailleurs qui y recourent (en majorité des femmes) subissent souvent une baisse de salaire ou une détérioration de leurs conditions de travail, non seulement à court, mais aussi à long terme. Le développement de nouvelles approches permettant un partage des tâches plus équilibré mériterait une attention particulière, tant au niveau de l'UE qu'au niveau national.

Mots clés : Égalité hommes et femmes. Discrimination directe. Discrimination indirecte. Congés. Travailleurs indépendants.

s.burri@uu.nl

Dans le domaine de l'égalité de traitement et celui de la conciliation de la vie professionnelle, privée et familiale, le droit de l'Union européenne (UE) influence de plus en plus le droit interne des États membres. L'égalité entre hommes et femmes fait partie des valeurs sur lesquelles l'UE est fondée et est explicitement mentionnée dans l'article 2 du Traité de l'UE (TUE) ¹.

Un des buts de l'UE est de promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes (article 3 TUE). L'article 8 du traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) impose à l'Union de chercher à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les sexes, dans toutes ses actions. L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne donne à la Charte des droits fondamentaux de l'UE la même valeur juridique que celle des traités (article 6(1) TUE). La Charte impose l'égalité entre hommes et femmes dans tous les domaines (article 23) et comprend une clause sur la vie familiale et professionnelle (article 33). De plus, plusieurs directives touchent directement ou indirectement le sujet de la conciliation entre la vie professionnelle et la vie familiale. La Cour de justice a interprété de nombreuses dispositions sur ce point en répondant à des questions préjudicielles de juges nationaux.

Il paraît donc intéressant de cerner l'apport potentiel du droit de l'UE pour favoriser un partage plus équitable non seulement du travail rémunéré, mais aussi des tâches domestiques et des responsabilités familiales entre femmes et hommes. Quels outils juridiques ce droit offre-t-il pour combattre les discriminations fondées sur le sexe autant directes qu'indirectes ? Cette question mérite attention, étant données la suprématie du droit de l'UE sur le droit national des États membres et l'obligation de transposer les directives dans le droit interne. Ces normes garantissent une protection minimale ; les États membres sont libres d'adopter des dispositions plus favorables pour les travailleurs.

Les questions juridiques soulevées par les problèmes d'articulation entre vie familiale et professionnelle sont multiples : par exemple, une femme en congé maternité a-t-elle droit à une augmentation de salaire intervenue durant son congé, lorsque sa rémunération durant le congé est basée sur le salaire qu'elle recevait au début du congé ? Quels sont les droits des salariés jouissant d'un congé parental ? En cas de licenciement à la suite d'une réorganisation, ont-ils droit après leur congé parental à une indemnité basée sur leur salaire à temps complet ou cette indemnité peut-elle être calculée proportionnellement à la réduction du salaire reçu durant le congé ? Quelles sont les possibilités d'adapter (éventuellement temporairement) la durée du travail et les horaires de travail pour raisons familiales (s'occuper des enfants ou des personnes âgées) ?

1. Depuis le 1^{er} décembre 2009, avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Voir, pour une version consolidée : JO 2010, C 83/1. L'article 2 stipule : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

Cette contribution propose un aperçu des possibilités et des limites du droit de l'UE. Après une description de la répartition du travail rémunéré et non rémunéré entre les femmes et les hommes, les principaux enjeux liés à la conciliation sont posés. Puis les approches et objectifs de l'UE en matière de conciliation sont présentés. Enfin, la législation au niveau national et le droit de l'UE sont examinés plus en détail. Concernant les discriminations directes et les discriminations indirectes, une partie de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE est analysée. Il en ressort que même si le droit de l'UE a contribué à améliorer la protection des femmes enceintes, en particulier contre des discriminations directes, une politique intégrée favorisant un partage plus équitable non seulement de l'emploi mais aussi des tâches domestiques et familiales est encore loin d'être instaurée².

1. Répartitions et charges inégales

La stratégie de Lisbonne a entre autres buts de faciliter la conciliation de la vie professionnelle, privée et familiale. Le taux d'emploi des femmes devrait atteindre 60 % en 2010 en moyenne pour l'UE des 27 États membres. Ce taux était en 2007 en moyenne de 58,3 % et de 72,5 % pour les hommes (European Commission, 2009 (b) : 155). Cet objectif est donc presque atteint, mais l'écart entre le taux d'emploi des hommes et des femmes est encore important avec une moyenne de 14,2 points de pourcentage pour l'Europe des 27. Cet écart est plus prononcé dans les pays du sud de l'Europe (Italie, Espagne, Grèce et Malte), mais également en Irlande, alors qu'il est plus faible dans les pays scandinaves et certains pays de l'est de l'Europe, comme en Bulgarie, en Estonie, en Lettonie et en Lituanie (European Commission, 2009 (a) : 27).

Lorsque l'on intègre le temps de travail dans le calcul des taux d'emploi, le taux d'emploi des femmes en équivalent temps plein (FTE) se réduit fortement et l'écart avec celui des hommes s'accroît. En 2007, en moyenne dans l'UE des 27, le FTE des hommes était de 70,4 % contre 48,9 % pour celui des femmes (European Commission, 2008 : 218-219). Cette différence s'explique surtout par la concentration de femmes dans le temps partiel. En moyenne pour l'UE-27, plus de 30 % des salariées travaillent à temps partiel contre seulement 7,7 % pour les salariés (European Commission, 2009 (a) : 30).

En ce qui concerne les gardes d'enfants, les objectifs adoptés par le Conseil européen à Barcelone en 2002 stipulent que les États membres devraient offrir des services de garde pour 90 % des enfants entre trois ans et l'âge de la scolarité, d'ici 2010. Ce taux devrait être de 33 % pour les enfants de moins de trois ans. En 2006, 26 % des enfants de moins de trois ans étaient gardés dans le cadre d'arrangements

2. Cette contribution recoupe partiellement un article de la même auteure paru dans *ERA Forum* : S. Burri, 2010, « Le point sur la conciliation entre la vie professionnelle et la vie privée dans le droit communautaire », avril. Voir sur ce sujet aussi : Caracciolo di Torella et Masselot, 2010.

officiels – par exemple dans des crèches dans l'UE des 27 : 14 % pour moins de 30 heures par semaine ; 12 % pour 30 heures ou plus (European Commission, 2009(a) : 32). Or un récent rapport montre que les objectifs de Barcelone sont loin d'être atteints et que les parents sont confrontés à un manque de possibilités de garde. De plus, les gardes d'enfants ne sont souvent disponibles qu'à temps partiel. Les gardes sont également souvent trop coûteuses et les heures d'ouverture ne s'articulent pas avec un travail à temps complet ou des heures de travail atypiques (COM 2008, 638). L'inadéquation entre les heures de travail et les horaires d'ouverture des écoles, ainsi qu'entre les vacances scolaires et celles des salariés peut entraver l'articulation entre vie professionnelle et vie familiale.

Les femmes subissent de plein fouet cette pénurie de prise en charge des enfants, puisque ce sont elles qui vont ajuster leur vie professionnelle en conséquence et non les hommes. Ainsi, le fait d'avoir un enfant à charge pèse sur le taux d'emploi des femmes : l'écart de taux d'emploi entre les femmes sans enfant et celles ayant un enfant de moins de 6 ans est en moyenne de 12,4 points, contrairement aux hommes qui voient leur taux d'emploi augmenter avec la paternité, et pour lesquels l'écart de taux d'emploi entre les pères et les hommes sans enfant est de 7,3 points (pour l'UE des 27), (European Commission, 2009 (a) : 31).

Les femmes européennes passent environ 17 heures de plus par semaine que les hommes à effectuer des tâches domestiques et familiales, alors que leur temps de travail rémunéré est de 7,4 heures par semaine inférieur à celui des hommes (European Commission 2009, (a) : 33)³. Ces chiffres font état de l'inégale répartition des rôles dans la plupart des pays européens. Ainsi, toutes les mesures qui désavantagent les personnes ayant des responsabilités familiales affecteront davantage les femmes que les hommes et pourront ainsi engendrer une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Par exemple, certaines formes de flexibilité exigées par l'employeur risquent de rendre la conciliation plus difficile et s'avérer contraires au principe d'égalité de traitement (voir paragraphe 4.2).

Dans beaucoup de pays, les coûts associés à l'externalisation des soins aux personnes renforcent les inégalités entre les sexes. En effet, dès que les charges financières augmentent, parce qu'il faut par exemple s'occuper de jeunes enfants ou d'un parent âgé et dépendant, le plus souvent les hommes continuent à travailler à plein temps et les femmes interrompent leur carrière ou réduisent leur durée de travail pour assumer ce rôle, en recourant à des congés familiaux. Ce déséquilibre induit des inégalités de salaire et de carrière aux dépens des femmes, et en retour ces écarts de salaire et la ségrégation horizontale expliquent en partie pourquoi les femmes prennent des congés plus souvent que les hommes. Donc, si les conditions de ces congés sont défavorables parce qu'ils ne sont pas indemnisés, ce sont les femmes qui en subissent les conséquences de façon disproportionnée.

3. Ces chiffres donnent une indication, mais les différences sont probablement plus grandes, car ces statistiques concernent uniquement des personnes ayant un emploi rémunéré.

Même dans les pays où les femmes travaillent le plus souvent à temps complet, comme par exemple au Portugal, ce sont elles qui sont vues comme les personnes en charge des soins aux enfants et autres personnes dépendantes. Dans certains pays, les politiques de conciliation visent explicitement les femmes ou les jeunes mères, comme en Bulgarie, Grèce et Hongrie (European Network of Legal Experts in the field of Gender Equality, 2008 : 7).

L'écart de taux d'emploi entre les sexes dépend en partie des possibilités institutionnelles offertes dans les différents pays pour faciliter la conciliation. Mais des facteurs historiques, socio-économiques, culturels et idéologiques jouent également un rôle important. Dans de nombreux rapports nationaux, les principaux problèmes signalés par les experts juridiques du réseau dans le domaine de l'égalité des genres sont semblables, certes à des degrés divers selon les pays : les pays nordiques sont aux antipodes des pays du Sud. Le manque d'institutions dans le domaine des soins aux enfants, aux personnes handicapées et aux personnes âgées dépendantes est souvent signalé (European Network of Legal Experts in the field of Gender Equality, 2008 : 9). Étant donné la diversité des situations dans les 27 pays de l'UE, quelles peuvent être les approches et objectifs bénéficiant d'un accord commun entre ces pays ?

2. Approche et objectifs de l'UE

2.1. Approche fondée sur le cycle de vie

La ligne directrice 18 de la résolution du Conseil sur la stratégie de Lisbonne stipule qu'il faut favoriser une approche fondée sur le cycle de vie à l'égard du travail. Une telle approche fondée sur le cycle de vie implique, selon le Conseil, les actions suivantes :

- renouveler les efforts visant à créer des parcours vers l'emploi pour les jeunes et réduire le chômage des jeunes ;
- mener une action déterminée en vue d'accroître l'activité professionnelle des femmes et de réduire les disparités hommes-femmes en matière d'emploi, de chômage et de rémunération ;
- permettre une meilleure conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée, et des modes de garde pour les enfants, accessibles et abordables, ainsi que des structures d'accueil pour des autres personnes à charge ;
- soutenir l'emploi des seniors en adaptant les conditions de travail, en favorisant un meilleur état de santé (au travail) et en décourageant la retraite anticipée ;
- moderniser les systèmes de protection sociale, y compris les retraites et l'accès aux soins, pour assurer leur adéquation à la société, leur viabilité financière et leur capacité d'adaptation à l'évolution des besoins, de manière à soutenir l'activité

professionnelle et le maintien sur le marché du travail ainsi que la prolongation de la vie professionnelle⁴.

Récemment, le Conseil de l'UE a réitéré l'importance de renforcer les sujets relatifs au genre dans la stratégie post-Lisbonne, dont celui de la conciliation, et a souligné l'importance des gardes d'enfants, de services de soins pour les personnes dépendantes et des mesures pour encourager un partage plus équitable des responsabilités familiales⁵.

Dans un rapport sur l'application de la stratégie de Lisbonne dans le cadre d'un plan de redressement économique, la Commission européenne signale que peu d'États ont développé une approche globale basée sur les cycles de vie (COM 2009, 34 : 64). Les efforts des États membres se concentrent encore surtout sur le développement des gardes d'enfants.

Dans la littérature académique, une approche des cycles de vie signifie créer plus de possibilités pour pouvoir adapter le temps de travail durant le cycle de vie selon les besoins des salariés en facilitant des transitions entre marché du travail, chômage, formation et éducation/soins à donner (Schmid, 2002a et 2002b). En général, les femmes effectuent plus de transitions que les hommes, en particulier celles entre l'éducation/soins à donner et le travail rémunéré. Même si l'approche des cycles de vie est loin d'être développée au niveau communautaire, ou même national, elle offre une perspective intéressante à condition que l'un de ses principaux objectifs soit de faciliter effectivement la conciliation et un partage plus équitable des tâches domestiques et familiales entre les deux conjoints.

2.2. Objectifs et nouvelles initiatives

Le Conseil européen a approuvé en mars 2006 le Pacte pour l'égalité entre les femmes et les hommes, qui souligne la nécessité de prendre des mesures en vue de faciliter une meilleure conciliation de la vie professionnelle et privée⁶. La feuille de route pour l'égalité entre les sexes de la Communauté européenne (2006-2010) mentionne également cet objectif, mais ce n'est plus explicitement le cas dans l'Agenda social renouvelé (COM 2008, 412). Il y est surtout question de la nécessité d'augmenter le taux d'emploi pour limiter l'impact négatif des évolutions démographiques sur les comptes sociaux, en particulier le manque d'actifs lié au vieillissement de la population. Au niveau communautaire, c'est donc surtout l'augmentation de la participation des femmes sur le marché du travail qui retient l'attention et devient un objectif prioritaire.

4. Décision 2005/600/CE, JO 2005, L 205/21.

5. Press Release, 2980th Council meeting, *Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs*, Bruxelles, 30 novembre - 1 décembre 2009, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/lsa/111599.pdf, consulté le 15 avril 2010.

6. Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Bruxelles des 23 et 24 mars 2006, Annexe II.

Néanmoins, plusieurs initiatives législatives intéressantes ont été annoncées et affirmées à la suite de l'Agenda social renouvelé dans le cadre de la lutte contre les discriminations (COM 2008, 412 : 16). D'abord, après la révision de l'accord-cadre des partenaires sociaux sur le congé parental, l'UE a adopté la Directive 2010/18 qui abroge la directive précédente (96/34)⁷. Certes cette nouvelle directive apporte peu de changements⁸. De plus, une modification de la directive sur la santé des travailleuses enceintes et sur le congé maternité (92/85) a été proposée (COM 2008, 637) ainsi qu'un remodelage de la directive sur l'égalité de traitement des femmes et hommes exerçant une activité indépendante (Directive 86/613), (COM 2008, 636 et COM 2010, 99). Un accord politique a été conclu sur cette dernière proposition et le Conseil a adopté une position commune en mars 2010 (COD 2008/192). Il existe maintenant au niveau communautaire un dispositif législatif relativement important sur la conciliation de la vie professionnelle, familiale et privée. De plus, la jurisprudence de la Cour de justice mérite une attention particulière, car elle est censée s'appliquer dans les États membres par l'ensemble des acteurs concernés (juges nationaux, employeurs, partenaires sociaux, fonds de pensions, etc.).

3. Législation

Le sujet de la conciliation doit être étendu à une problématique plus large que celle des congés familiaux (congé de maternité, parental, de paternité, d'adoption, en cas de maladie d'un proche, etc.). Il comprend également les différentes possibilités de garde d'enfants, les actions médico-sociales en relation avec les soins à donner aux personnes dépendantes (âgées, handicapées, etc.), les soins à domicile. Doivent être également intégrées les questions relatives à l'adaptation du temps de travail, aux conditions du travail à temps partiel (avec ses conséquences pour les retraites, la sécurité sociale, le développement de la carrière, etc.), à l'adaptation des horaires de travail et certaines formes de flexibilité, aux interruptions temporaires de la carrière et de leurs conséquences. De même, faciliter la conciliation implique de tenir compte de l'approche des cycles de vie, de l'influence des systèmes fiscaux sur la répartition du travail marchand et non marchand, de l'influence des partenaires sociaux au niveau des secteurs et entreprises, etc.⁹.

Le droit de l'UE ne touche que certains de ces sujets explicitement. C'est en particulier le cas du congé de maternité et de la rémunération durant ce congé, de la protection contre le licenciement des femmes enceintes, du congé parental et de la possibilité de prendre un congé court en cas de force majeure.

7. JO 2010, L 68/13.

8. Voir ci-dessous, paragraphe 3.2.3.

9. Voir, entre autres : Plantenga et Remery (2005), European Commission (2006) et les rapports du European Network of Legal Experts in the field of Gender Equality (2007 et 2008).

Au niveau national, les législations sont diverses et s'appliquent souvent à des sujets plus larges que le droit de l'UE, comme par exemple les avantages fiscaux liés à la présence d'enfants ou les possibilités d'adapter (éventuellement temporairement) la durée du travail. De plus, des conventions collectives et des règlements d'entreprises peuvent également contenir des clauses sur les sujets mentionnés ci-dessus. C'est par exemple le cas en France, où les accords au niveau des secteurs et entreprises engendrent une grande hétérogénéité.

3.1. Niveau national

3.1.1. Un droit constitutionnel

Dans plusieurs pays, l'obligation de faciliter la conciliation est formulée comme un principe général dans la Constitution. Au Portugal, la Constitution reconnaît que la conciliation est un droit des salariés qui doit être encouragé et qui est reconnu par l'État dans les politiques familiales. En Grèce, la Cour suprême administrative applique le principe « d'harmonisation de la vie de famille et professionnelle » comme un cadre légal contraignant. La Cour grecque se base sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE qui a constaté que : « la politique communautaire ... consiste à encourager et si possible à adapter les conditions de travail aux charges de famille. La protection de la femme dans la vie familiale ainsi que dans le déroulement de son activité professionnelle est, tout comme celle de l'homme, un principe qui est largement considéré dans les ordres juridiques des États membres comme étant le corollaire naturel de l'égalité entre hommes et femmes et reconnu par le droit communautaire »¹⁰. Même si la Cour de justice insiste sur la protection de la femme (et de l'homme) dans ce domaine – ce qui découle de sa jurisprudence en la matière – elle le fait en corollaire naturel de l'égalité entre hommes et femmes. Ceci accroît les possibilités d'appliquer ce principe, même lorsqu'il n'existe pas de droits spécifiques. Il est néanmoins préférable pour les salariés de pouvoir invoquer des droits distinctifs, qui sont souvent clairement définis. Mais reconnaître la conciliation comme un droit des salariés dans la Constitution, comme au Portugal, peut contribuer à renforcer les droits des salariés. La jurisprudence de la Cour de justice offre également des outils pour combattre les discriminations directes et indirectes fondées sur le sexe, en appliquant les dispositions du droit de l'UE.

3.1.2. Des lois spécifiques

Dans certains pays, des actes légaux spécifiques ont été adoptés dans le domaine de la conciliation, couvrant au moins partiellement les aspects les plus importants en matière de conciliation, comme par exemple les congés, les possibilités d'adapter la durée du travail ou les interruptions (éventuellement partielles) de carrière. Aux Pays-Bas, il existe une loi sur le travail et les soins à autrui (*Wet arbeid en zorg*) qui

10. Arrêt du 2 octobre 1997, affaire C-1/95, Recueil 1997, p. I-05253 (Gerster) et arrêt du 17 juin 1998, affaire C-243/95, Recueil 1998, p. I-03739 (Hill).

précise les différentes formes de congés, et une loi sur l'adaptation de la durée du travail (*Wet aanpassing arbeidsduur*) qui permet une réduction ou une extension de la durée du travail. Le salarié peut adapter son temps de travail et l'employeur ne peut lui refuser que si des intérêts graves de l'entreprise sont en jeu (Burri et Jaspers, 2004). Une loi semblable existe en Allemagne (Burri, Opitz et Veldman, 2003). De plus, aux Pays-Bas, lorsque l'employeur détermine les horaires de travail de ses employés, il doit tenir compte des obligations de ceux-ci en dehors du travail, par exemple liées aux contraintes familiales ou pour s'occuper d'une personne dépendante, sauf si on ne peut « raisonnablement » pas l'exiger de lui.

3.1.3. Heures supplémentaires

En France, les lois Aubry avaient pour but de partager les emplois, mais aussi de faciliter la conciliation : leurs effets sur l'articulation entre les vies familiale et professionnelle ont été mitigés (Fagnani et Letablier, 2003 ; Méda et Orain, 2001). Plus récemment, des mesures facilitant de longues heures de travail jusqu'à un certain maximum annuel, comme la défiscalisation des heures supplémentaires¹¹ risquent de rendre la conciliation plus difficile. De telles mesures ont été également prises en Belgique. Dans beaucoup de pays, les travailleurs n'ont pas toujours le droit de refuser de faire des heures supplémentaires si l'employeur le requiert. En Estonie, l'accord du travailleur n'est pas requis, sauf s'il s'agit d'une personne qui s'occupe d'un enfant de moins de douze ans, d'un enfant handicapé, ou d'une personne totalement incapable de travailler. En Norvège, le travail supplémentaire n'est autorisé que dans des cas exceptionnels et jusqu'à un certain maximum (European Network of Legal Experts in the field of Gender Equality, 2008).

Il est regrettable que la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE en ce qui concerne les majorations dues en cas d'heures supplémentaires des travailleurs à temps partiel ne tienne pas compte du fait que ces salariés ont souvent des responsabilités en dehors de leurs heures de travail, par exemple pour raisons familiales, qui peuvent parfois impliquer pour eux autant d'inconvénients que pour les travailleurs à temps complet (Burri, 2008). La Cour de justice a en effet considéré dans l'affaire *Helmig* que le principe d'égalité des rémunérations entre hommes et femmes (Article 119 du traité, maintenant article 157 TFUE) ne s'oppose pas « à ce qu'une convention collective ne prévoit le paiement de majorations pour heures supplémentaires, aussi bien pour les travailleurs à temps partiel que pour les travailleurs à temps plein, uniquement en cas de dépassement de la durée normale de travail qu'elle fixe et non pas en cas de dépassement de la durée prévue par les contrats individuels de travail ». Selon la Cour, de telles dispositions ne créent pas de différence de traitement entre les travailleurs à temps partiel et ceux à temps plein, puisque les travailleurs à temps partiel reçoivent, au prorata des heures effectuées, la même rémunération que celle perçue par les travailleurs à temps plein¹². Ce

11. Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (loi « TEPA »).

12. Arrêt du 15 décembre 1994, affaires jointes C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 et C-78/93, Recueil 1994 p. I-05727 (Helmig).

jugement reflète les problèmes de comparabilité liés à l'application du principe de l'égalité de traitement. Selon la perspective choisie et les critères appliqués, les heures de travail dépassant la durée du travail agréée contractuellement d'un salarié à temps partiel ne seront pas comparables aux heures d'un salarié à temps plein qui ne dépasse pas sa durée de travail habituelle. Une autre perspective est encore possible : tenir compte des responsabilités familiales pourrait justifier le paiement de majorations des heures supplémentaires de tous les travailleurs, quelles que soient leurs heures de travail, éventuellement en prenant en compte un certain minimum de durée du travail. L'approche suivie par la Cour dans *Helmig* a été vivement critiquée par des spécialistes en droit social (Heerma van Voss, 1995 ; Holtmaat, 1996 ; Burri, 1996), mais la Cour a poursuivi dans cette voie en gardant une approche similaire dans deux arrêts plus récents¹³.

3.1.4. Congés

Les conditions et les formes de congés varient d'un État membre à l'autre (European Network of Legal Experts in the field of Gender Equality, 2007 et 2008).

Dans les pays de l'Europe de l'Est, la transition vers une économie de marché a souvent entraîné une réduction de l'aide institutionnelle. Ainsi les congés rémunérés sont devenus moins longs et les services de garde d'enfants ont été réduits de façon significative (par exemple en Hongrie). Pourtant, comparés à d'autres États membres, les congés sont toujours relativement longs. Ainsi, en Bulgarie, le congé de maternité payé à 90 % comprend 410 jours ouvrables. Cette mesure a été prise en 2009 pour favoriser la natalité. Ces orientations ne contribuent guère, en principe, à réaliser un partage plus équitable des responsabilités familiales. De plus, si l'enfant a plus de six mois et avec l'accord de la mère, le père a droit à la période de congé restante au lieu de la mère. Une telle condition reflète le rôle traditionnel attribué à la mère en matière d'éducation et on est encore loin d'un droit à un congé de paternité individuel attribué directement aux hommes. Par contre, il existe aussi un congé parental de six mois au maximum. En Tchéquie, le congé maternité est de 28 semaines au maximum et peut être suivi d'un congé parental pris par la mère et le père pour le nombre de semaines voulu jusqu'à ce que l'enfant ait trois ans. Le congé de maternité est partiellement payé, le congé parental ne l'est pas.

Dans beaucoup de pays, le congé de maternité est de 15, 16 ou 18 semaines payées à 100 % ou presque. C'est par exemple le cas en Autriche, Belgique, Chypre, France, Allemagne, Grèce et aux Pays-Bas.

Dans les pays scandinaves, le congé de maternité est intégré dans le congé parental. Ces congés sont longs et généralement payés en pourcentage du salaire (par exemple 11 mois en Finlande ; 18 mois en Suède, dont 480 jours payés).

13. Arrêt du 27 mai 2004, affaire C-285/02, Recueil 2004 p. I-05861 (Elsner) et arrêt du 6 décembre 2007, affaire C-300/06, Recueil 2007 p. I-10573 (Voß).

Souvent, le congé parental n'est pas indemnisé (Autriche) ou donne droit seulement à une allocation forfaitaire faible (Belgique, France). Le congé parental peut être relativement long (par exemple Autriche, France). Généralement, ce sont les femmes qui prennent ces congés. En Allemagne, les salariés ont droit depuis peu à une allocation du salaire de 67 % durant 14 mois (avec un maximum de 1 800 € par mois) à la condition que 2 mois de congé au moins soient pris par l'autre parent.

Les congés de paternité sont en général courts (European Network of Legal Experts in the field of Gender Equality, 2007 et 2008 ; et Réseau d'experts juridiques dans le domaine de l'égalité des genres, 2009).

3.2. Législation de l'Union européenne

3.2.1. Instruments divers

Il existe désormais un cadre législatif important au niveau communautaire et de nombreuses références à la conciliation dans des documents de l'UE. Outre l'article 157 TFUE, qui consacre le principe de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes, les normes communautaires sont ancrées dans différentes directives sur l'égalité entre hommes et femmes, la maternité et le congé parental. Les principales directives concernant le principe de l'égalité entre hommes et femmes sont :

- la directive 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 (2006/54),
- la directive relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de régime légal de sécurité sociale (79/7),
- la directive relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole (86/613),
- la directive relative à l'égalité entre femmes et hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services (2004/113).

Dans le domaine de la conciliation, la directive relative aux travailleuses enceintes (92/85) et la directive relative au congé parental (2010/18) sont bien sûr primordiales.

De plus, le principe d'égalité de traitement est ancré dans la directive sur le travail à temps partiel (97/81)¹⁴. En 1992, une recommandation concernant la garde d'enfants fut adoptée¹⁵, et en 2000, une résolution sur une participation équilibrée des femmes et hommes à la vie professionnelle et familiale fut prise¹⁶.

À cela s'ajoute l'article 33 sur la vie familiale et professionnelle de la Charte des droits fondamentaux qui stipule :

14. Voir pour un aperçu général : Burri et Prechal, 2008.

15. Recommandation 92/241/CEE, JO 1992, L 123/16.

16. JO 2000, C 218/5.

1. La protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social.
2. Afin de pouvoir concilier vie familiale et vie professionnelle, toute personne a le droit d'être protégée contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité, ainsi que le droit à un congé de maternité payé et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant.

Ainsi, le droit à la conciliation est reconnu comme étant un droit fondamental. La Charte reconnaît l'acquis communautaire en cette matière, mais implique de plus le droit à un congé de maternité payé¹⁷. Dans le cadre de l'emploi, la directive 2006/54 stipule que tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité forme une discrimination (article 2(2)(c)).

3.2.2. Grossesse, accouchement, allaitement et congé de maternité

La directive 92/85¹⁸ concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé au travail des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes a pour base légale l'article 118A CEE (article 154 TFUE, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) et contient des lignes directrices pour protéger la santé des travailleuses enceintes, accouchées et allaitantes. Il est interdit d'exposer ces travailleuses à des agents chimiques ou biologiques dangereux et le travail de nuit est interdit pendant la grossesse et une certaine période après l'accouchement. Le congé de maternité doit comprendre 14 semaines continues au moins, réparties avant et/ou après l'accouchement, dont au moins 2 semaines de congé de maternité obligatoire (article 8).

Les États membres doivent garantir l'interdiction de licenciement des travailleuses pendant la période allant du début de leur grossesse jusqu'au terme du congé de maternité, sauf dans les cas d'exception non liés à leur état (article 10). Cet article a un effet direct (*Melgar*)¹⁹. Durant le congé de maternité, les droits liés au contrat de travail doivent être assurés et les travailleuses ont droit au maintien de leur rémunération et/ou doivent pouvoir bénéficier d'une prestation adéquate. Une telle prestation est adéquate lorsqu'elle assure des revenus au moins équivalents à ceux que recevrait la travailleuse concernée dans le cas d'une interruption de ses activités pour des raisons liées à son état de santé, dans la limite d'un plafond éventuel déterminé par les législations nationales (article 11 (2)(b) et (3)). Dans l'arrêt *McKenna*, la Cour de justice a jugé qu'un régime de congé de maladie qui traite de manière identique les travailleuses souffrant d'une maladie liée à une grossesse et les autres travailleurs atteints d'une maladie indépendante d'un état de grossesse relève du champ d'application de l'article 141 CE et de la directive 75/117. La Cour a jugé que le montant de ces prestations ne pourrait être trop faible de sorte à garantir l'objectif du congé de maternité, qui est de protéger les travailleuses avant et après l'accouchement. Un état pathologique lié à la grossesse ou à

17. Voir sur ce sujet : Koukoulis-Spiliotopoulos, 2008.

18. *JO* 1992, L 348.

19. Arrêt du 4 octobre 2001, affaire C-438/99, Recueil P. I-06915, point 34 (*Melgar*).

l'accouchement, apparu après le congé de maternité, peut entraîner une réduction de la rémunération dans les mêmes conditions qu'une autre maladie²⁰.

La directive 2006/54 stipule en ce qui concerne le retour de congé maladie dans l'article 15 explicitement que :

Une femme en congé de maternité a le droit, au terme de ce congé, de retrouver son emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit durant son absence.

Le projet de loi visant à modifier les propositions de la directive relative aux travailleuses enceintes (92/85) concerne principalement la durée du congé de maternité, la protection contre le licenciement et les droits des travailleuses enceintes ou qui ont récemment donné naissance à un enfant (COM 2008, 637). La durée du congé de maternité augmenterait de 14 à 18 semaines (article 8), dont 6 semaines au moins devraient être prises après la naissance. Les travailleuses auraient le droit de choisir librement la période – avant ou après l'accouchement – durant laquelle elles prennent la partie non obligatoire de leur congé de maternité et ne seraient donc plus obligées de prendre une partie déterminée du congé avant la naissance, comme c'est actuellement le cas dans certains États membres. Toute période d'absence jusqu'à 4 semaines avant la naissance en cas de maladie ou de complications liées à la grossesse ne pourrait être prise en considération pour écourter le congé de maternité. L'article 10 interdirait tout préparatif pour un licenciement durant le congé de maternité qui ne serait pas dû à des circonstances exceptionnelles. Dans l'arrêt *Paquay*, la Cour de justice a déjà conclu qu'il est interdit non seulement de notifier une décision de licenciement en raison de la grossesse et/ou de la naissance d'un enfant du début de la grossesse jusqu'à la fin du congé de maternité, mais également de prendre des mesures préparatoires à une telle décision, telles que la recherche et la prévision d'un remplacement définitif de l'employée concernée, avant l'échéance de cette période²¹. De plus, si une femme est licenciée dans les six mois suivant le congé de maternité, elle aurait le droit de demander les motifs du licenciement par écrit. L'indemnisation du congé serait équivalente à 100 % du salaire. Les États membres auraient néanmoins le droit de déterminer un plafond dans la législation nationale, mais ce plafond ne pourrait être inférieur au montant qu'une travailleuse recevrait en cas d'absence pour raison de santé (article 11(1)(a)). La travailleuse aurait le droit pendant ou après le congé de maternité de demander à son employeur de modifier ses rythme et horaires de travail. L'employeur serait tenu d'examiner une telle requête en tenant compte des besoins des deux parties (article 11(5)). Le projet de loi contient également des clauses sur l'inversion de la charge de la preuve, la protection contre les rétorsions de la part de l'employeur, etc. Ce projet de la Commission n'est pas encore adopté ; la décision du Parlement européen est attendue.

20. Arrêt du 8 septembre 2005, affaire C-191/03, Recueil p. I-07631 (McKenna).

21. Arrêt du 11 octobre 2007, affaire C-460/06, Recueil 2007, p. I-08511 (Paquay).

Il est bien sûr important de renforcer les droits des femmes en ce qui concerne en particulier les aspects financiers des congés de maternité, mais un congé de maternité relativement long ne contribue pas en soi à un partage plus équitable des tâches domestiques et familiales. Il est donc crucial que des droits soient attribués aux deux parents (et aux parents adoptifs) et, dans ce sens, la nouvelle directive sur le congé parental est un pas – bien que modeste – dans la bonne direction. Ceci est d'autant plus important que les différences de salaire et la ségrégation horizontale entre femmes et hommes expliquent en partie pourquoi les femmes bien plus souvent que les hommes prennent des congés. Si les conditions de ces congés sont défavorables, parce qu'ils sont par exemple non rémunérés ou ont d'importantes conséquences pour les pensions de retraites et/ou les droits sociaux plus largement, ce sont les femmes qui en souffrent le plus en proportion.

3.2.3. Congé parental et absence de travail pour force majeure

L'UE a adopté récemment la directive 2010/18 qui oblige les États membres à mettre en œuvre l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par les partenaires sociaux européens (BusinessEurope, l'UEAPME, le CEEP et la CES) et par laquelle la directive 96/34 est abrogée²². Cet accord contient des prescriptions minimales et a pour but de faciliter la conciliation des responsabilités professionnelles et familiales des parents qui travaillent (clause 1(1)). Il s'applique à tous les travailleurs ayant un contrat ou une relation de travail définie par la législation, des conventions collectives et/ou la pratique en vigueur dans chaque État membre (clause 1(2)). Un droit individuel à un congé parental est accordé aux travailleurs, hommes ou femmes, en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, de manière à leur permettre de prendre soin de cet enfant jusqu'à ce qu'il atteigne un âge déterminé pouvant aller jusqu'à huit ans, à définir par les États membres et/ou les partenaires sociaux (clause 2(1)). Le congé est accordé pour une période d'au moins quatre mois et, pour promouvoir l'égalité de chances et de traitement entre les hommes et les femmes, il ne devrait pas, en principe, pouvoir être transféré.

Pour favoriser l'égalité entre les deux parents en matière de congé parental, au moins un des quatre mois de congé ne peut être transféré d'un parent à l'autre (clause 2(2)). Dans la directive 94/34, un congé de trois mois au minimum était prévu. Le congé parental peut être accordé à temps plein, à temps partiel, de manière fragmentée, ou sous forme d'un crédit-temps et il peut être subordonné à une période de travail et/ou une période d'ancienneté qui ne peut dépasser un an (clause 3(1)(a) et (b)). À l'issue du congé parental, le travailleur a le droit de retrouver son poste de travail ou, en cas d'impossibilité, un travail équivalent ou similaire conforme à son contrat ou à sa relation de travail (clause (5)(1)). La clause 5(2) stipule que les droits acquis ou en cours d'acquisition par le travailleur à la date du début du congé parental sont maintenus dans leur état jusqu'à la fin du congé parental. À l'issue du congé parental, ces droits, y compris les changements

22. JO 2010, L 68/13.

provenant de la législation, de conventions collectives ou de la pratique nationale, s'appliquent.

Les États membres et/ou les partenaires sociaux doivent prendre les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre un traitement moins favorable ou le licenciement en raison de la demande ou de la prise d'un congé parental (clause 5(4)). En ce qui concerne la sécurité sociale, la clause 5(5) stipule que :

... toutes les questions de sécurité sociale liées au présent accord seront examinées et réglées par les États membres et/ou les partenaires sociaux conformément à la législation et/ou aux conventions collectives nationales, en tenant compte de l'importance de la continuité des droits aux prestations de sécurité sociale pour les différents risques, en particulier les soins de santé.

La Cour de justice a récemment jugé que la clause 2(6) de la directive 96/34, qui contenait un droit similaire à la clause 5(2), peut être invoquée par des particuliers dans la juridiction nationale. Par contre, ce n'est pas le cas de la clause 2(8) (maintenant la clause 5(5)), qui concerne les questions de sécurité sociale liées au congé parental. La Cour a jugé que cette clause n'impose aux États membres aucune obligation de prévoir, pendant la durée du congé parental, la continuité de la perception, par le travailleur, de prestations de sécurité sociale, et ne définit pas de droits pour les travailleurs²³. Dans un autre arrêt récent, la Cour a jugé que la clause 2, points 6 et 7, de l'accord-cadre sur le congé parental doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à ce que, en cas de résiliation unilatérale par l'employeur, sans motif grave ou sans respecter le délai légal de préavis, du contrat de travail d'un travailleur engagé à durée indéterminée et à temps plein alors que ce dernier bénéficie d'un congé parental à temps partiel, l'indemnité à verser à ce travailleur soit déterminée sur la base de la rémunération réduite qu'il percevait lorsque le licenciement intervient. Dans ce cas, le travailleur ayant un contrat à temps complet et bénéficiant d'un congé parental à temps partiel et le travailleur à temps plein ne se trouvent pas dans une situation différente par rapport au contrat de travail initial qui les lie à l'employeur²⁴.

Les travailleurs ont le droit de s'absenter de leur travail pour cause de force majeure liée à des raisons familiales urgentes en cas de maladie ou d'accident rendant indispensable la présence immédiate du travailleur (clause 3). La plupart des clauses décrites ci-dessus stipulent que ces dispositions doivent être appliquées conformément à la législation, aux conventions collectives et/ou à la pratique nationale.

3.2.4. Congé de paternité

Le droit de L'UE n'oblige pas les États membres à introduire un congé de paternité. Dans ses consultations avec les partenaires sociaux européens en 2006 et 2007, la Commission a identifié de nouvelles formes de congés, comme le congé de

23. Arrêt du 16 juillet 2009, affaire C-537/07, non encore publié (Gómez-Limón).

24. Arrêt du 22 octobre 2009, affaire C-116/08, non encore publié (Meerts).

paternité ou un congé pour soins à donner à des membres de sa famille (COM 2008, 637:4). Mais un droit à un congé de paternité n'est pas inclus dans le projet de la Commission pour modifier la directive relative aux travailleuses enceintes (92/85). Il semblerait qu'un accord politique sur un tel congé était peu probable. Pourtant, un congé de paternité serait un pas – bien que modeste – vers un partage plus équilibré des tâches familiales.

La directive 2006/54 permet aux États membres de reconnaître des droits distincts en relation au congé de paternité (et/ou d'adoption) et stipule dans l'article 16 :

Les États membres qui reconnaissent de tels droits prennent les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs et travailleuses du licenciement résultant de l'exercice de ces droits et pour veiller à ce que, à l'issue de ce congé, ils aient le droit de retrouver leur emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne leur soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle ils auraient eu droit durant leur absence.

3.2.5. Travailleurs indépendants

Un autre projet de directive a pour but de modifier la directive relative à l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes aux travailleurs indépendants et à leurs conjoints (COM 2008, 636). Une position commune a été récemment adoptée par le Conseil, et la Commission ne s'oppose pas à l'adoption de ce texte (COM 2010, 99). Cette nouvelle directive abrogera la directive 86/613 et modernisera les dispositions relatives aux travailleurs indépendants. En ce qui concerne la conciliation, l'article 7, paragraphe 1 du projet de la Commission stipule que les femmes exerçant une activité indépendante et les conjointes aidantes devraient pouvoir bénéficier, à leur demande, du congé de maternité prévu par la directive 92/85. Ce congé devrait être rémunéré à un taux au moins équivalent aux indemnités reçues en cas de maladie, sous réserve d'un éventuel plafond fixé dans la législation nationale. Si la personne en question ne bénéficie pas d'une indemnité de maladie, le paiement devrait être équivalent à toute allocation appropriée existant au niveau national. Il serait éventuellement possible de bénéficier de services de remplacement temporaire, au lieu d'une allocation financière. Cela devrait permettre aux femmes exerçant une activité indépendante de prendre leur congé de maternité et de maintenir leur activité professionnelle, grâce à un remplacement temporaire. Le Conseil a décidé que les États membres devraient être en mesure de déterminer à quelle période avant et/ou après l'accouchement le droit aux indemnités de maternité est accordé. Il reste ainsi d'importantes différences entre les droits en matière de congés des salariés et des travailleurs indépendants, et les droits en relation avec la grossesse et la maternité des travailleuses indépendantes sont bien moins définis²⁵.

25. JO 2010, C 123 E/5.

Néanmoins, ce projet reflète les efforts faits par la Commission pour harmoniser les dispositions de différentes directives ; ainsi, les concepts de discrimination directe, discrimination indirecte, harcèlement y sont définis de façon semblable. D'autres dispositions concernant par exemple la charge de la preuve, les sanctions, le rôle des partenaires sociaux ont également été pensées sur le modèle des autres directives communautaires sur l'égalité de traitement.

3.3. Une égalité substantielle ?

La Cour de justice de l'UE a à plusieurs reprises interprété les dispositions relatives à l'égalité de traitement entre femmes et hommes et les directives concernant la grossesse, la maternité et le congé parental. En ce qui concerne la grossesse et la maternité, la Cour a stipulé en 1984 dans l'arrêt *Hofmann* que dans le cadre de la directive 76/207 sur (l'accès à) l'emploi, il s'agit « d'une part d'assurer la protection biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci, jusqu'à un moment où ses fonctions physiologiques et psychiques sont normalisées à la suite de l'accouchement et d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et l'accouchement, en évitant que ces rapports soient troublés par le cumul des charges résultant de l'exercice simultané d'une activité professionnelle »²⁶.

Cette approche de la Cour a été critiquée pour son insistance sur la protection de la femme, en particulier en relation à l'enfant, qui risque d'entraver un réel partage des responsabilités familiales entre femmes et hommes (McGlynn, 2000). Treize ans plus tard la Cour a constaté que : « La politique communautaire ... consiste à encourager et si possible à adapter les conditions du travail aux charges de famille. La protection de la femme dans la vie familiale ainsi que dans le déroulement de son activité professionnelle est, tout comme celle de l'homme, un principe qui est largement considéré dans les ordres juridiques des États membres comme étant le corollaire naturel de l'égalité entre hommes et femmes et reconnu par le droit communautaire »²⁷.

La Cour a précisé que 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 l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail) vise à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle²⁸. C'est en particulier dans le domaine des discriminations à l'encontre des femmes en raison de la grossesse et de la maternité dans l'accès à l'emploi, les conditions d'emploi et le licenciement, que la jurisprudence de la Cour a joué un rôle important. De plus, le développement du concept de discrimination indirecte tel qu'il a été développé par la Cour offre des possibilités accrues pour combattre des formes de discriminations

26. Arrêt du 12 juillet 1984, affaire 184/83, Recueil p. 3047, point 25 (Hofmann)

27. Arrêt du 2 octobre 1997, affaire C-1/95, Recueil p. I-05253, point 38 (Gerster) et arrêt du 17 juin 1998, affaire C-243/95, Recueil p. I-03739, point 42 (Hill).

28. Arrêt du 30 avril 1998, affaire C-136/95, Recueil p. I-2011, point 26, (Thibault).

dans le domaine de la conciliation, en particulier celle en relation avec le travail à temps partiel.

4. Discriminations directes et indirectes

Dans la plupart des directives mentionnées au paragraphe 3.2.1, les définitions des discriminations directes et indirectes sont semblables ²⁹. La discrimination directe est définie comme :

la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable.

Une discrimination indirecte est :

la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires.

La discrimination directe est totalement interdite, sauf dans les strictes limites des dérogations écrites et spécifiques prévues. Ces exceptions diffèrent d'une directive à l'autre. Aucune exception n'est permise au principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes, sauf s'il s'agit de mesures pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle. Ainsi l'article 157 (4) TFUE stipule :

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 destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle.

Cette exception est interprétée de façon stricte par la Cour ³⁰. Les directives sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes autorisent également les États membres à instaurer des actions positives dans le domaine de l'emploi et l'accès aux biens et services.

Il n'est pas toujours facile de faire une distinction entre une discrimination directe interdite par le droit de l'UE et une action positive, qui a justement pour but de réaliser une égalité réelle, substantielle. Le recours de la Commission contre la France, offre un exemple par un arrêt de la Cour de justice européenne de 1988. Il s'agissait de droits spécifiques octroyés seulement aux femmes dans des conventions collectives concernant une réduction de la durée du travail, l'avancement de l'âge de la retraite, l'obtention de congés pour enfants malades, l'octroi de jours supplémentaires de congé annuel par enfant, l'octroi d'heures de congé à l'occasion

29. Voir par exemple l'article 2 de la Directive 2006/54.

30. Arrêt du 6 juillet 2000, affaire C-407/98, Recueil p. I-5539 (Abrahamsson).

de la fête des mères, l'octroi de bonifications pour le calcul de la retraite, etc. La Cour de justice a jugé que certains de ces droits étaient contraires au principe d'égalité de traitement s'appliquant aux conditions de travail (article 2(3) et (4) de la directive 76/207)³¹. Plus récemment, l'affaire *Griesmar* concernait une bonification d'ancienneté pour le calcul de la pension de retraite réservée aux fonctionnaires femmes ayant eu des enfants. Les fonctionnaires hommes, même s'ils pouvaient prouver avoir assumé effectivement l'éducation des enfants, en étaient exclus. La Cour de justice a jugé cette bonification contraire au principe d'égalité de rémunération (Article 119 CEE, maintenant Article 157 TFUE)³². Selon la Cour, cette bonification ne constituait pas une mesure d'action positive, car « la mesure en cause se borne à accorder aux fonctionnaires féminins ayant la qualité de mère une bonification d'ancienneté au moment de leur départ à la retraite, sans porter remède aux problèmes qu'ils peuvent rencontrer durant leur carrière professionnelle ».

Les mesures prises par le législateur français ont eu en partie pour effet d'abaisser les bonifications pour tous (donc il s'agit d'un cas de *levelling down*). D'autres mesures concernant les retraites sont négociées à différents niveaux. Il est difficile de sortir du dilemme qui consiste d'une part à tenir compte des charges et responsabilités réparties inégalement entre femmes et hommes, et d'autre part de respecter le principe d'égalité de traitement et de favoriser une répartition plus égale des responsabilités domestiques et familiales. Ne pas tenir compte de ces charges inégales peut induire une discrimination indirecte fondée sur le sexe (voir ci-dessous, paragraphe 4.2).

4.1. Discriminations directes

La définition de la discrimination directe stipule que les personnes se trouvent dans une situation comparable. Mais une telle comparaison n'est pas exigée dans la jurisprudence de la Cour lorsqu'une mesure désavantage une femme enceinte. La Cour a en effet estimé que le refus d'embaucher une femme parce qu'elle est enceinte constitue une discrimination directe fondée sur le sexe, laquelle est interdite. Le fait qu'il n'y ait pas de candidats hommes est dénué de pertinence si la décision de ne pas engager la candidate est liée à sa grossesse³³. La Cour a également établi que, même si la grossesse n'est aucunement assimilable à un état pathologique, il n'en reste pas moins qu'elle correspond à une période au cours de laquelle des troubles et des complications peuvent survenir et contraindre une femme à une surveillance médicale stricte, voire dans certains cas, à un repos absolu durant toute la durée ou une partie de la grossesse. Ces troubles et complications, qui peuvent entraîner une incapacité de travail, relèvent des risques inhérents à l'état de grossesse, et un traitement moins favorable lié à ce motif équivaut également à une discrimination directe. La Cour a ainsi jugé que le licenciement d'une

31. Arrêt du 25 octobre 1988, Commission contre République française, affaire 312/86, Recueil 1988 p. 6315.

32. Arrêt du 29 novembre 2001, affaire C-366/99, Recueil 2001, p. I-09383 (*Griesmar*).

33. Arrêt du 8 novembre 1990, affaire 177/88, Recueil p. I-3941, point 17 (*Dekker*).

travailleuse pour cause d'absences dues à l'incapacité de travail découlant de la grossesse est lié à la survenance des risques inhérents à la grossesse et doit donc être regardé comme fondé essentiellement sur le fait de la grossesse. Un tel licenciement ne peut concerner que les femmes et constitue dès lors une discrimination directe fondée sur le sexe³⁴. Cette protection contre le licenciement pour cause de grossesse s'applique également à une travailleuse engagée sur contrat à durée déterminée (CDD), même au cas où elle n'a pas informé l'employeur de son état au moment de la conclusion du CDD et qu'elle n'est pas en mesure de travailler pendant une grande partie de la durée du CDD³⁵. Le législateur européen a clairement précisé dans la directive «refonte» 2006/54 que tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité est visé par l'interdiction de discriminer (article 2(2)(c)).

Dans plusieurs pays, il existe encore des dispositions qui accordent des droits spécifiques aux femmes s'occupant d'enfants ; c'est le cas en Estonie. En Bulgarie, les femmes ayant la charge d'un enfant de moins de trois ans ne peuvent être contraintes de faire un voyage d'affaires sans leur consentement. En Lituanie, le droit de travailler à temps partiel ne s'applique qu'aux mères d'enfants de moins de un an. En Grèce, le fonctionnaire dont l'épouse ne travaille pas, n'a ni droit à certaines réductions d'heures de travail journalières pour parents de jeunes enfants, ni droit à un congé payé de neuf mois au maximum pour parents d'un enfant de quatre ans au maximum. Ces dispositions sont probablement contraires au droit communautaire (European Network of Legal Experts in the field of Gender Equality, 2008).

4.2. Discriminations indirectes

Beaucoup de discriminations indirectes ont trait au travail à temps partiel. Ainsi à Malte, les travailleurs à temps partiel ne jouissent de certains droits que s'ils travaillent plus de 20 heures par semaine. Dans ce domaine, il existe une jurisprudence de la Cour très développée (Traversa, 2003). Dans l'arrêt *Bilka*, la Cour de justice a stipulé que l'article 119 CEE (maintenant 157 TFUE) sur l'égalité de rémunération des travailleurs et des travailleuses est violé par une entreprise qui exclut les employés-es à temps partiel du régime de pensions de retraite d'entreprise, lorsque cette mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que l'entreprise ne montre que cette exclusion s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination sur le sexe. Ceci peut être le cas si l'objectif de la mesure répond à un besoin réel de l'entreprise et les moyens choisis pour atteindre cet objectif sont à la fois adéquats et nécessaires³⁶.

34. Arrêt du 30 juin 1998, affaire C-394/96, Recueil p. I-4185, points 22 et 28 (Brown).

35. Arrêt du 4 octobre 2001, affaire C-109/00, Recueil p. I-06993 (Tele Danmark) et arrêt du 4 octobre 2001, affaire C-438/99, Recueil p. I-06915 (Melgar). Dans ces cas, l'article 10 de la Directive 95/82 était également applicable.

36. Arrêt du 13 mai 1986, affaire 170/84, Recueil p. 01607, point 36 (Bilka).

Il découle de la jurisprudence de la Cour de justice que ne pas tenir compte de l'inégale répartition des charges domestiques et familiales peut également former une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Ainsi, la Cour de justice a reconnu dès 1989 dans l'affaire *Danfoss*, que si le critère de flexibilité est entendu comme recouvrant « l'adaptabilité du travailleur à des horaires et des lieux de travail variables, le critère de la flexibilité peut également jouer au détriment des travailleurs féminins, qui, en raison des tâches ménagères et familiales dont elles ont souvent la responsabilité, peuvent, moins aisément que les travailleurs masculins, organiser leur temps de travail de façon souple ». L'employeur peut justifier le recours au critère de la flexibilité s'il est entendu comme visant à l'adaptabilité à des horaires et des lieux de travail variables, en démontrant que cette adaptabilité revêt de l'importance pour l'exécution des tâches spécifiques qui sont confiées au travailleur³⁷. Ainsi la Cour reconnaît que l'application du critère de flexibilité ne peut être justifiée que pour certaines tâches spécifiques. Certaines formes de flexibilité peuvent rendre la conciliation plus difficile au lieu de la faciliter. Cet aspect mérite une attention particulière dans le débat sur la flexibilité et la sécurité (Burri, 2009).

Dans la récente affaire *Gómez-Limon*, où il s'agit de savoir s'il y a discrimination indirecte fondée sur le sexe en ce qui concerne l'acquisition de prestations de sécurité sociale (en ce cas une pension d'invalidité permanente) durant le congé parental, la Cour reconnaît que « ... afin de se consacrer à l'éducation des enfants, les femmes optent bien plus souvent que les hommes pour des périodes de réduction de l'horaire de travail assorties d'une réduction proportionnelle du salaire ayant pour conséquence une diminution des droits de sécurité sociale dérivés de la relation de travail ». Mais elle poursuit : « Il ressort toutefois d'une jurisprudence également constante qu'une discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations différentes ». « Or, le travailleur, qui bénéficie du congé parental, ... en exerçant, comme dans l'affaire au principal, une activité à temps partiel, se trouve dans une situation spécifique, qui ne peut être assimilée à celle d'un homme ou d'une femme qui travaille à temps plein »³⁸. Ainsi le problème de la comparabilité se pose ici de telle façon que les possibilités d'appliquer le concept de discriminations indirectes dans le domaine de la sécurité sociale s'avèrent plus restreintes qu'en ce qui concerne les rémunérations, l'accès à l'emploi, les conditions de travail et le licenciement, en particulier en ce qui concerne le travail à temps partiel. Ce concept peut – même s'il a certainement des limites – néanmoins avoir un impact important dans le sens où des situations qui désavantagent en particulier les femmes vu leurs responsabilités familiales peuvent tomber sous l'application du droit communautaire et sont interdites, si elles ne sont pas objectivement justifiées (Tobler, 2008).

37. Arrêt du 17 octobre 1989, affaire 109/88, Recueil p. 3199, point 25 (*Danfoss*).

38. Arrêt du 16 juillet 2009, affaire C-537/07, points 55 à 57, pas encore publié, (*Gómez-Limón*).

■ Conclusions

Tant au niveau communautaire qu'au niveau national nous sommes encore loin d'un partage équitable des tâches domestiques et des responsabilités familiales entre femmes et hommes. Un tel partage présuppose des droits neutres pour femmes et hommes et non pas une approche qui renforce la protection des femmes plus que nécessaire. Dans ce sens, améliorer les conditions durant le congé parental serait préférable à une prolongation de la durée du congé maternité de 14 à 18 semaines au niveau communautaire.

Pour certains pays, les normes minimales de l'UE entraînent une amélioration de la législation au niveau national. Ces normes sont donc alors bienvenues, bien que par les différentes bases légales, il soit difficile de développer une approche intégrée entre différentes formes de congé (congé de maternité, congé parental, congé de paternité, congé pour soins à donner, par exemple). Une approche basée sur les cycles de vie est encore peu développée.

Il y a lieu de souligner l'importance de l'interdiction des discriminations directes fondées sur le sexe et le rôle positif que la Cour de justice de l'UE a joué dans ce domaine. La protection des femmes en relation à la grossesse et la maternité dans l'accès à l'emploi, les conditions d'emploi et en cas de traitements défavorables et de licenciement en ont été améliorées. L'application du concept de discrimination indirecte fondée sur le sexe a, quant à lui, moins d'impact, surtout dans le domaine de la sécurité sociale. Le problème de la comparabilité dans l'approche de la Cour restreint malheureusement les possibilités d'application de ce concept.

Les approches au niveau national sont variables et méritent une attention particulière. Certains États offrent des exemples intéressants de droit constitutionnel en la matière. Certaines formes de flexibilité dans la durée du travail et les heures de travail qui facilitent la conciliation, ou des législations qui incitent les pères à prendre un congé parental et/ou un congé de paternité, etc. sont des pistes prometteuses. Il semble primordial de développer autant au niveau communautaire qu'au niveau national, non seulement des politiques visant à augmenter les taux d'emploi des femmes relativement à celui des hommes, mais également des approches ayant pour but de faciliter un partage plus équitable des tâches domestiques et des responsabilités familiales.

Références bibliographiques

- Burri S., 1996, « Volwaardige deeltijdarbeid met het verbod van onderscheid naar arbeidsduur ? », *Tijdschrift voor Sociaal Recht*, pp. 219-210.
- Burri S., 2008, « Un regard critique sur l'approche de genre en droit du travail communautaire », dans : P. Auvergnon, *Genre et droit social*, Bordeaux : Presses Universitaires de Bordeaux, pp. 53-71.
- Burri S., 2009, « Évolutions des relations entre emploi et protection sociale aux Pays-Bas », dans Ph. Auvergnon, *Emploi et protection sociale : de nouvelles relations ?* Pessac, Presses Universitaires de Bordeaux, pp. 169-196.
- Burri S. D., H. C. Opitz H. C. et A. G. Veldman, A. G., 2003, « Work-family policies on working time put into practice. A comparison of Dutch and German Case Law on Working Time Adjustment », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (19) 2003-3, pp. 321-346.
- Burri S. D. et A. Ph. C. M. Jaspers, 2004, « La durée du travail aux Pays-Bas: marier la flexibilité de la durée du travail et la sécurité, une gageure impossible ? » dans I. Daugareigh et P. Isiart, *Leçons d'une réduction de la durée du travail*, Pessac, Maison des sciences de l'homme d'Aquitaine, pp. 187-201.
- Burri S. et S. Prechal, 2008, *L'égalité des genres dans le droit européen*, Luxembourg : Office des publications officielles des Communautés européennes, 2008 <http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?type=52&policyArea=418&subCategory=641&country=0&year=0&advSearchKey=&mode=advancedSubmit&langId=en>
- Caracciolo di Torella E. et A. Masselot, 2010, *Reconciling Work and Family Life in EU Law and Policy*, Palgrave Macmillan.
- European Commission, 2006, *Reconciliation of professional and private life: exchange of good practices*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities.
- European Commission, 2008, *Employment in Europe 2008*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities .
- European Commission, 2009 (a), *Report on Equality between Women and Men 2009*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities.
- European Commission, 2009 (b), « Employment in Europe 2009 », Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities.
- European Network of Legal Experts in the field of Gender Equality, 2007, *Report on Pregnancy, Maternity, Parental and Paternity Rights*, La version électronique de cette publication est disponible sur <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=641&langId=en>
- European Network of Legal Experts in the field of Gender Equality, 2008, *Legal Approaches to Some Aspects of the Reconciliation of Work, Private and Family Life in Thirty European Countries*. La version électronique de cette publication est disponible sur <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=641&langId=en>
- Fagnani J. et M. T. Letablier, 2003, « La réduction du temps de travail a-t-elle amélioré la vie quotidienne des parents de jeunes enfants ? », *Étude de la DARES*.
- Koukoulis-Spiliotopoulos S., 2008, « Le Traité de Lisbonne et la Charte des droits fondamentaux : maintenir et développer l'acquis en matière d'égalité des genres », *Revue du droit européen de l'égalité des genres*, 2008-1, pp. 16-25. La version électronique de cette revue est disponible sur <http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?>

type=0&policyArea=418&subCategory=641&country=0&year=0&advSearchKey=no
elr&mode=advancedSubmit&langId=en

McGlynn C., 2000, « Ideologies of motherhood in European Community Sex Equality Law », *European Law Journal* 6, pp. 29-44.

Méda D. et R. Orain, 2002, « Transformation du travail et du hors travail : le jugement des salariés sur la réduction du temps de travail », *Travail et Emploi*, n° 90, avril, pp. 23-38.

Heerma van Voss G., 1995, « Geen gelijke overwerkvergoeding voor deeltijdwerkers », *NJCM-Bulletin*, pp. 239-244.

Holtmaat R. , 1995 « Overtime Payments for Part-time Workers », *Industrial Law Journal*, pp. 387-394.

Plantenga J. et C. Remery, EU Expert Group on Gender, Social Inclusion and Employment, 2005, *Reconciliation of work and private life: A comparative review of thirty European countries*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities.

Réseau d'experts juridiques dans le domaine de l'égalité des genres, 2009, *Droit de l'égalité des genres dans 30 pays européens. Mise à jour 2009*, la version électronique de cette publication est disponible sur <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=641&langId=en>

Schmid G., 2002a, « Transitional Labour Markets and the European Social Model: Towards a new Employment Compact », dans *The Dynamics of Full Employment. Social Integration Through Transitional Labour Markets*, édité par G. Schmid et B. Grazier. Cheltenham, UK et Northampton, MA, USA, Edward Elgar.

Schmid G., 2002b, « Employment Insurance for Managing Critical Transitions During the Life Cycle », in *The Future of Work, Employment and Social Protection*, édité par P. Auer et B. Grazier, Geneva, International Institute for Labour Studies.

Tobler C., 2008, *European network of legal experts in the non discrimination field, Limits and potential of the concept of indirect discrimination*, European Commission. La version électronique de cette publication est disponible sur <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=615&langId=fr>

Traversa E. , 2003, « The Protection of Part-Time Workers in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 19/2, pp. 219-241.