

# LIBERTÉS ET POUVOIRS

Sous la responsabilité de Corinne Sachs-Durand, Professeur à l'Institut du travail de Strasbourg, Université de Strasbourg, René de Quenaudon, Professeur à la Faculté de droit de Strasbourg et Patrice Adam, Maître de conférences à l'Université de Lorraine

## Reconnaissance d'une discrimination indirecte liée au sexe

Soc. 6 juin 2012, n° 10-21.489, à paraître au Bulletin



*« Mais attendu qu'une discrimination indirecte en raison du sexe est constituée dans le cas où une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe donné par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires; qu'une telle discrimination est caractérisée lorsque la mesure affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe;*

*Et attendu qu'ayant constaté un traitement défavorable, constitué par le refus d'affiliation à l'AGIRC, au détriment des fonctions d'assistants du service social, de délégués à la tutelle et de conseillers en économie sociale de la MSA, dont il n'est pas contesté qu'elles sont très majoritairement occupées par des femmes, par comparaison avec les fonctions de contrôleurs, inspecteurs, agents d'animation et techniciens-conseils de prévention dépendant de la même convention collective, principalement occupées par des hommes, la cour d'appel a exactement décidé que l'AGIRC, qui se bornait à soutenir que le critère de comparaison avec des fonctions semblables dans des conventions collectives voisines était le seul qui permette d'atteindre l'objectif de stabilité, de cohérence et de pérennité du régime, ne justifiait pas du caractère nécessaire et approprié du refus d'affiliation des catégories essentiellement féminines d'assistant du service social, de délégué à la tutelle et de conseiller en économie sociale; que le moyen n'est pas fondé; »*

Lors de l'intégration du régime complémentaire agricole aux régimes de retraite complémentaire professionnelle AGIRC/ARRCO, l'AGIRC a décidé, s'agissant notamment des emplois spécifiques de la filière sanitaire et sociale de la Mutualité sociale agricole, que l'affiliation au régime de retraite complémentaire des cadres serait

admise pour les seuls postes qui avaient, dans des secteurs comparables, donné lieu à une telle affiliation. L'AGIRC refuse d'affilier les assistantes du service social, déléguées à la tutelle et conseillères en économie sociale et familiale. Devant ce traitement défavorable, trente-neuf salarié(e)s (dont 38 femmes), employé(e)s en ces qualités à la MSA, estimant que la décision constitue une discrimination indirecte fondée sur le sexe, assignent l'AGIRC aux fins d'affiliation et par conséquent de révision des critères d'affiliation. La cour d'appel fait droit à leur demande <sup>1</sup>.

La ressource juridique que constitue la discrimination indirecte, en tant que notion et que méthode, est désormais mobilisée par la chambre sociale de la Cour de cassation <sup>2</sup>. Celle-ci fait application de la définition de la discrimination indirecte, en se référant à « une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre... susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe donné » <sup>3</sup>.

La mesure affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe. L'AGIRC a refusé d'affilier des assistant(e)s du service social, fonctions « très majoritairement occupées par des femmes », mais, en revanche, a admis l'affiliation d'inspecteurs et de contrôleurs de la MSA, fonctions « principalement occupées par des hommes », dépendant de la même convention collective. L'inégalité de traitement est ainsi établie sur la base de données quantitatives, qui « portent sur un nombre suffisant d'individus, [...] ne sont pas l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels et [...], d'une manière générale, [...] apparaissent significatives » <sup>4</sup>.

La Cour de cassation vérifie si cette exclusion de l'affiliation constitue un moyen approprié et nécessaire pour remplir un objectif légitime.

Tout d'abord, l'AGIRC affirme poursuivre « l'objectif de stabilité, de cohérence et de pérennité du régime ». La Cour ne remet pas en cause cet objectif légitime, même si ces considérations d'ordre général sont peu détaillées.

(1) Paris, 29 juin 2010.

(2) Soc. 9 janv. 2007, Bull. civ. V, n° 1; D. 2007.375, obs. A. Fabre; RDT 2007.182, obs. M. Véricel; *ibid.* 245, obs. M. Miné; 3 nov. 2011, n° 10-20.765, inédit.

(3) L. n° 2008-496, 27 mai 2008, unifiant la définition interne de la discrimination indirecte (art. 1<sup>er</sup>), en reprenant la définition des directives nos 2000/43 et 2000/78.

(4) CJCE 27 oct. 1993, aff. C-127/92, § 17, AJDA 1994. 698, chron. H. Chavrier, E. Honorat et P. Pouzoulet; D. 1994. 301, obs. M.-T. Lanquetin.

Ensuite, il s'agit d'examiner les moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif (contrôle de proportionnalité). Selon l'AGIRC, « dans les branches professionnelles comprenant des postes similaires, les assistants de service social, délégués à la tutelle ou conseillers en économie sociale et familiale n'étaient affiliés à l'AGIRC que s'ils avaient des fonctions d'encadrement » et tel n'était pas le cas des intéressées. Pour le juge d'appel, cette comparaison n'est pas pertinente au regard des responsabilités réelles exercées; ainsi, d'une part, « les assistantes sociales de la MSA n'étaient pas dans la même situation que les assistantes sociales des autres branches » et, d'autre part, des agents d'animation et des techniciens masculins sans fonction d'encadrement sont affiliés.

Pour la Cour de cassation, l'AGIRC ne justifie pas du caractère « nécessaire et approprié » de la mesure défavorable pour atteindre l'objectif de stabilité, de cohérence et de pérennité du régime. Par conséquent, la décision de refus d'affiliation ne résiste pas au test de justification: cette mesure défavorable constitue une discrimination. Comme le juge européen (CJUE), le juge interne se montre libéral en ce qui concerne l'appréciation de l'objectif, mais il est, en revanche, exigeant

quant à l'adéquation des moyens retenus pour atteindre cet objectif.

Cette décision est porteuse d'évolutions fortes dans la discussion sur l'application des règles d'égalité de traitement. La force d'attraction de la notion de discrimination indirecte et la grille de lecture renouvelée qu'elle offre invitent à reprendre le débat des avantages catégoriels, notamment entre salariés bénéficiaires ou non du statut de « cadre » (égalité de traitement entre salariés), sur le terrain de la discrimination (égalité de traitement au sens de non-discrimination) et tout spécialement au regard du critère du sexe (du genre), notamment dans le domaine de la protection sociale. Dans un monde du travail qui demeure sexué, cette décision est également intéressante en ce qu'elle ouvre un espace de discussion sur le traitement de professions, notamment celles qui sont largement exercées par des femmes: l'exclusion du bénéfice de certains avantages (rémunération, carrière, etc.), accordés à des professions surtout occupées par des hommes, est-elle justifiée? La question se pose en particulier en ce qui concerne l'évaluation des emplois de différentes filières (administratives, techniques, etc.) dans les grilles de classification conventionnelles <sup>5</sup>.

**Michel Miné**

(5) CJCE 1<sup>er</sup> juill. 1986, aff. C-237/85, § 11 à 17 et 25.