

Cruelle condition des femmes employées au XIXe siècle et nécessité d'un droit social minimum européen

Catherine SCHMITTER,
Maître de conférences en droit public
à la Faculté de droit Julie-Victoire Daubié,
Université Lumière Lyon 2

Lire Julie-Victoire Daubié fut pour moi un plaisir immédiat et une grande bouffée d'oxygène, tant son militantisme est profond et construit, tant son style est clair, agile, percutant. Elle rend à travers les âges un magnifique hommage aux femmes et, au-delà, à l'ensemble des personnes privées de l'égalité des droits, voire privées de droits. En dépit de certains passages de son œuvre, marqués par les mentalités de son époque et sonnante pour nous comme une certaine régression, le message est moderne et profondément humain.

Le message est aussi juridique puisque Julie-Victoire Daubié réfléchit au droit applicable aux travailleuses et appelle à des réformes. La présente contribution commente plus particulièrement un passage de l'ouvrage *La femme pauvre au XIXe siècle* relatif au statut extrêmement précaire et douloureux des femmes employées comme « domestiques » dans la France de cette période¹.

Le mot « domestique », comme le mot de « servante », également utilisé, sont maintenant datés et ont même une connotation péjorative. Nous parlerions plutôt aujourd'hui de personnes employées pour l'entretien ou le service de la maison. Il en est de même du mot « maître », également utilisé par Julie-Victoire Daubié, qui fait place aujourd'hui au mot plus neutre d'« employeur ». Le mot « domestique » et surtout le mot « maître », évoquent un rapport d'employé à employeur extrêmement autoritaire et patriarcal, ainsi qu'une restriction forte des libertés des personnes employées.

Le tableau brossé par Julie-Victoire Daubié est effectivement effrayant. Les femmes ainsi employées gagnent de très faibles salaires, le chômage est fréquent et toujours menaçant, la dépendance à l'employeur, qualifié de « maître », forte et quasi exclusive, elles ne peuvent pas avoir de vie de famille et sont exposées aux viols dans la promiscuité de la maison de l'employeur, à la prostitution, au traumatisme de l'abandon d'enfants naturels. Les pratiques sociétales mais aussi les insuffisances du cadre juridique permettent cet arbitraire de l'employeur. Cette partie de l'ouvrage *La femme pauvre* explore les moyens d'améliorer le sort des femmes qui sont si durement exploitées².

Afin de convaincre, Julie-Victoire Daubié utilise très finement différents registres littéraires. Le registre tragique lui permet d'évoquer l'impossibilité pour les femmes domestiques de se projeter dans l'avenir, d'avoir un sentiment d'espoir,

¹ Julie-Victoire Daubié, *La femme pauvre au XIXe siècle*, Tome 1, 1869-1870, Gallica-Bibliothèque nationale de France (gallica.bnf.fr), p. 77 à 96.

² *Ibid.*

l'effet étant de susciter chez ses lecteurs et lectrices des sentiments de commisération, de révolte, de colère : « malgré nos principes d'égalité civile, notre législation [...] n'admet jamais la réclamation d'une servante dont un maître parjure a brisé l'existence³ ». Ce registre lui permet aussi de condamner la législation française : « nos lois mœurs et nos lois conduisent nos servantes à la honte et à l'infanticide »⁴. Le registre didactique est très utilisé, Julie-Victoire Daubié procède à de véritables démonstrations, dans le but d'instruire son lectorat et de le pousser à percevoir le drame des femmes domestiques à travers les valeurs dont elle se fait le vecteur : « indiquons quelques usages européens et quelques efforts tentés en France »⁵. Le registre ironique lui permet aussi de faire avancer ses idées en se moquant et en prenant le contrepied des opinions qui sont les siennes : « une servante *lettrée* serait, je le sais, un grand épouvantail pour certains Français qui érigent l'ignorance en dogme, à l'égard même de leurs épouses et de leurs sœurs »⁶. Elle pratique aussi l'indignation : « Quel mors intolérable pour notre licence ! Quel frein importun pour notre liberté ! »⁷.

Les analyses de Julie-Victoire Daubié portent sur de nombreuses branches du droit, comme le droit du travail ou le droit de la famille, et font écho à nos débats juridiques contemporains. Néanmoins, la lectrice ou le lecteur du présent article se demandera sûrement pourquoi parler d'Europe dans ce contexte, pourquoi employer les expressions contemporaines et propres au vocabulaire juridique de l'Union européenne de « droit social minimum européen » ou d' « harmonisation sociale européenne ». Même si Julie-Victoire Daubié avait probablement entendu l'appel de Victor Hugo à fonder les Etats-Unis d'Europe en 1849⁸, ni l'Union, ni aucun regroupement d'Etats analogue, n'existait à l'époque où parut *La femme pauvre*. Toutefois les modes de raisonnement de Julie-Victoire Daubié, les méthodes qu'elle préconise pour améliorer le sort des personnes exploitées, sa recherche de progrès à travers une comparaison des systèmes d'Etats européens rendent légitime un élargissement du cadre de l'analyse à l'échelon européen⁹.

³ *Ibid.*, p. 84.

⁴ *Ibid.*, p. 91.

⁵ *Ibid.*, p. 77.

⁶ *Ibid.*, p. 90.

⁷ *Ibid.*, p. 96.

⁸ Victor Hugo, *Congrès de la Paix, Discours d'ouverture*, Paris, 1849.

⁹ Je remercie Valérie Goesel-Le Bihan, qui m'a suggéré de réfléchir à cette idée d'un droit social minimum.

L'Union européenne dispose d'une compétence pour développer une « politique sociale », qui englobe notamment l'égalité et l'égalité des chances entre femmes et hommes¹⁰.

Ainsi, contribuant avec d'autres à poser certains jalons de ce qui deviendra bien plus tard, au milieu du XXe siècle, les Communautés européennes puis l'Union européenne en 2009¹¹, elle appelle à une analyse de droit comparé en Europe (I) afin de nourrir une harmonisation vers le haut du système français sur le modèle d'autres pays européens (II).

I. APPEL À UNE COMPARAISON DES DROITS ET PRATIQUES EN EUROPE POUR RECONNAÎTRE DES DROITS AUX FEMMES EMPLOYÉES

Dans *La femme pauvre*¹², Julie-Victoire Daubié appelle à confronter les règles françaises applicables aux femmes employées en tant que domestiques avec l'encadrement prévu par différents autres pays européens. Cette confrontation l'amène à délégitimer le modèle social français (A). Ce faisant, elle invoque une méthode de production du droit courante dans un contexte transnational, particulièrement dans le cadre de l'Union européenne aujourd'hui, celle du droit comparé (B).

A. La délégitimation du modèle français

Julie-Victoire Daubié convoque ainsi d'autres pays européens ayant à l'époque, à certains égards en tout cas, des législations ou des institutions, voire des pratiques, plus protectrices des femmes employées de maison que la France.

L'Allemagne et la Suisse ont ainsi amélioré la condition des personnes domestiques sans distinction de sexe. En Suisse, des indemnités sont dues aux « serviteurs » qui auraient été congédiés brusquement ou qui auraient été frappés. Dans certaines villes d'Allemagne une « instruction sérieuse des femmes du peuple » est organisée, des écoles existent pour les futures servantes, un trousseau et une dot sont fournis au bout de dix ans d'emploi. Un congrès des « hommes les plus éclairés d'Allemagne » s'est tenu sur l'amélioration du sort des serviteurs. Toujours en Allemagne, des institutions ont pour objet de venir à leur aide, un hospice spécial est établi pour les servantes, des médailles ou primes sont remises aux serviteurs méritants sans distinction du sexe. En Allemagne, obligation est faite à tous de s'instruire, cette obligation étant cependant tout particulièrement

¹⁰ En matière de politique sociale, l'UE dispose d'une compétence partagée avec ses Etats membres (articles 2 et 4, paragraphe 2, b), du TFUE, en relation avec les articles 151 à 161 du TFUE). Concernant « l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail », sa compétence est limitée car elle ne peut que soutenir et compléter l'action des États membres, par des directives comportant uniquement des prescriptions minimales (article 151, paragraphe 1, i), et paragraphe 2 du TFUE). Ces limitations de la compétence européenne ne s'appliquent pas s'agissant de réaliser « l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur » (article 157, paragraphe 3, du TFUE). Dans tous ces cas, les décisions européennes sont prises selon la procédure législative ordinaire : Parlement européen et Conseil de l'UE sont colégislateurs, le Conseil prend ses décisions à la majorité qualifiée (article 294 du TFUE).

¹¹ A l'entrée en vigueur, le 1^{er} décembre 2009, du traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007.

¹² Préc., p. 77 à 81.

importante pour les gouvernantes, afin que l'esprit des enfants qui leur sont confiés soit bien formé¹³.

L'Angleterre a mis en place des sociétés protectrices des personnes domestiques, certaines étant réservées aux femmes, certaines œuvrant pour les deux sexes. Différentes aides sont dispensées : un soutien financier ou alimentaire, une aide au placement, une aide à l'épargne, des secours aux malades, des pensions de vieillesse, des aides pour l'éducation des enfants, une formation professionnelle. Ces sociétés peuvent également avoir pour objet la prévention des « faits d'arbitraire » et des « crimes de séduction », dans un contexte de charité et parfois de moralisation. Les employeurs, qualifiés de « maîtres », contribuent à ces sociétés.

Dans différentes villes en Europe, notamment en Espagne, des aides sont fournies pour trouver un emploi.

En Suède, les femmes bénéficient d'une certaine protection contre le viol ou les abus sexuels. En Europe du Nord, ce que Julie-Victoire Daubié appelle une « protection » prend notamment la forme d'une obligation d'épouser une « servante » employée pendant un certain temps par un homme seul, dont on présume une intention de concubinage. Cela dit, rien n'indique si le souhait de la femme est pris en compte et on aurait à notre époque du mal à y voir un progrès. La Suède prévoit une protection de la femme « domestique » enceinte contre le licenciement¹⁴.

Même imprégnée de la vision patriarcale de l'époque et marquée par une approche volontiers fonctionnelle des maigres acquis de la femme employée de maison, par exemple l'éducation des nourrices dans l'intérêt des enfants, cette évocation d'autres modèles européens permet à Julie-Victoire Daubié de mettre en lumière par contraste les insuffisances du système français. Elle parle de l'« infériorité de la condition de servante en France »¹⁵. Les insuffisances du statut juridique, l'infériorité du statut social, permettent l'arbitraire de l'employeur, qui ne connaît quasiment pas de limites dans ses rapports à ses employés, en dehors de règles morales qu'il s'imposerait lui-même. Cela signifie une vulnérabilité accrue des femmes en France, plus facilement maltraitées par l'employeur.

Julie-Victoire Daubié évoque également la rupture de la Révolution française¹⁶, qui d'après elle n'a pas permis d'améliorer le sort des femmes employées de maison par rapport à d'autres modèles européens. Elle avance même que les femmes étaient mieux protégées dans les époques précédentes, par des institutions protectrices similaires à celles des pays européens évoqués. La Révolution française a proclamé une égalité formelle entre employeurs, « maîtres », et employées, « domestiques », qui est inadaptée en pratique car elle ne s'est pas accompagnée d'une modification des mœurs et de la société.

Au-delà de la comparaison de systèmes européens, Julie-Victoire Daubié oppose un droit illégitime face aux règles dictées par la morale, par les valeurs pour

¹³ *Ibid.*, p. 90 et 91.

¹⁴ *La femme pauvre au XIXe siècle*, Tome 1, préc., p. 96.

¹⁵ *Ibid.*, p. 81.

¹⁶ *Ibid.*, p. 82 et 83.

lesquelles elle se bat. Elle met également en évidence un système juridique incapable de refonder les règles sociales.

Cela dit, la comparaison des systèmes nationaux en Europe reste au cœur de sa démonstration. Elle recourt aux méthodes du droit comparé. Sans avoir *a priori* le projet d'expliquer les différences ou ressemblances entre les systèmes juridiques européens comparés, elle montre plutôt à la fois une volonté de délégitimer le modèle français et de proposer des solutions de progrès légitimées par ces systèmes extérieurs. Les solutions alternatives proposées sont pragmatiques. Le discours est didactique. Le système français n'est pas légitime à la fois parce qu'il est contraire aux valeurs affichées par Julie-Victoire Daubié et parce que, dans une appréciation pragmatique en termes de proportionnalité, il est injustifié du fait qu'il comporte des contraintes pour les femmes employées de maison qui sont excessives, déraisonnables et en aucun cas nécessaires pour garantir un travail de qualité et un fonctionnement efficace du lien de subordination. Objectivement ce système de soumission est injustifié, moralement il est inacceptable.

La démonstration de Julie-Victoire Daubié s'enracine ainsi dans son système de valeurs mais aussi dans la comparaison des modèles juridiques en Europe, méthode centrale dans ce qui allait devenir l'Union européenne.

B. Un jalon vers la méthode comparatiste de l'intégration européenne

Julie-Victoire Daubié anticipe ainsi, dans une certaine mesure, un aspect majeur de la méthode de l'intégration dans le cadre de l'Union européenne. Les normes juridiques de l'Union sont certes des normes autonomes des droits des Etats membres, propres au droit européen et qui transcendent les droits nationaux¹⁷, mais leur élaboration résulte fréquemment d'une comparaison des systèmes juridiques nationaux¹⁸.

Cette approche comparatiste est inhérente à la nature même de l'Union. Formée de plusieurs Etats, ses institutions ont une composition plurinationale européenne. Le droit de l'UE est ainsi élaboré par des personnes ayant toutes les cultures juridiques des Etats membres, travaillant à partir de ce qu'elles connaissent, de ce qu'elles ont vu bien ou mal fonctionner au niveau national. Elles réfléchissent aussi à la possibilité d'adapter des solutions nationales à l'échelon européen. Le droit de l'UE est interprété en dernier ressort par la Cour de justice, composée de magistrats issus de tous les Etats membres.

Ainsi, d'un point de vue pragmatique, à l'instar de ce que préconisait Julie-Victoire Daubié, l'approche comparatiste permet bien sûr de prendre pour modèle des normes qui ont déjà été mises en œuvre et testées. D'un point de vue plus politique, cette méthode comparatiste permet en outre de garantir le seuil nécessaire d'acceptabilité des normes communes par l'ensemble ou au moins par

¹⁷ Pour une jurisprudence constante, voir par exemple CJUE, 2 juin 2022, *HK/Danmark et HK/Privat*, aff. C-587/20, point 25 : « il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des Etats membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme ».

¹⁸ Haguenu-Moizard Catherine, *Introduction au droit comparé*, Dalloz, Séquences, 2018, sp. p. 36 à 40. Pour une approche comparé du régime du harcèlement sexuel, notamment sous l'angle de la discrimination, Loïc Lerouge, « Harcèlement sexuel au travail et droit comparé : comparaison des approches juridiques », *La Semaine Juridique Sociale*, 10/2019, 1074.

une majorité suffisante des Etats membres. Les normes de l'Union doivent être acceptées par les Etats membres car ils forment le Conseil de l'UE, qui est en principe colégislateur avec le Parlement européen, mais aussi parce que les autorités nationales sont les principaux agents d'exécution du droit de l'Union. Le droit comparé peut permettre une meilleure compréhension et une meilleure acceptation des normes européennes par les administrations des Etats membres. Cet aspect politique est toutefois absent des préoccupations de Julie-Victoire Daubié, la problématique du degré de cohésion nécessaire entre Etats européens n'étant pertinente que dans l'hypothèse où ces Etats sont appelés à décider en commun des normes applicables en Europe, ce qui n'était pas le cas à son époque.

Dans le cadre de l'UE, les droits des Etats membres ont ainsi été confrontés afin d'arrêter et de préciser les valeurs communes à l'ensemble européen. Celles-ci sont actuellement énoncées à l'article 2 du traité sur l'Union européenne (TUE), selon lequel : « 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. » La légitimité de cette proclamation de valeurs européennes, pensées comme fondant véritablement l'Union, s'ancre dans leur reconnaissance par les Etats. Concernant plus particulièrement les droits fondamentaux des personnes garantis dans l'ordre juridique de l'Union, ils furent dans un premier temps reconnus par la Cour de justice de l'UE, dans le silence des traités européens, sous la forme de principes généraux du droit¹⁹. Comme pour l'ensemble des principes généraux du droit de l'UE, la jurisprudence est marquée par une certaine ambivalence. La Cour affirme s'inspirer des droits nationaux, y rechercher des solutions communes aux Etats membres, elle se réfère aux droits constitutionnels nationaux et aux engagements internationaux des Etats membres, particulièrement la Convention européenne des droits de l'homme. Mais elle ne s'estime pas tenue de ne consacrer que des principes que tous les Etats auraient reconnus. Elle affirme d'ailleurs sa liberté pour interpréter le droit de l'UE et pour dégager des principes généraux du droit de l'Union, conformément au principe de primauté du droit de l'UE sur les droits des Etats membres. Elle recherche en outre des solutions compatibles avec l'ordre juridique européen. Par la suite, les droits reconnus par la Cour dans le silence du droit écrit furent inscrits dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE²⁰.

La comparaison des droits nationaux est également à la base des règles européennes qui régulent le marché intérieur de l'Union²¹. Elle permet d'abord d'identifier les entraves à la libre circulation qui sont dues à une disparité des réglementations des différents Etats membres. Lorsque les réglementations nationales sont trop différentes sur des points importants pour les Etats, par

¹⁹ Voir les arrêts fondateurs : CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 29/69 ; CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70 ; CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4-73.

²⁰ Charte adoptée le par l'Union européenne le 7 décembre 2000 et ayant acquis valeur de droit originaire à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, précité (article 6 du TUE).

²¹ Article 26, paragraphe 2, du TFUE : « Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités. »

exemple les règles d'accès à des professions réglementées, ceux-ci sont tentés d'imposer le respect des règles nationales aux nationaux des autres Etats membres. Les règles nationales d'un Etat sont souvent plus difficiles à respecter par des personnes qui se seraient formées ou qui seraient établies dans d'autres Etats, ce qui génère des entraves dans le marché intérieur, en dehors de toute discrimination à raison de la nationalité. Pour permettre le fonctionnement d'une libre circulation conçue de manière très large, l'Union tend à garantir la compatibilité entre les réglementations nationales et à lutter contre un certain protectionnisme normatif par deux méthodes. En premier lieu, l'harmonisation par le législateur européen permet de trouver des solutions communes à tous les Etats ou simplement de rapprocher les droits nationaux pour les rendre compatibles²². En second lieu, en l'absence d'harmonisation, la Commission européenne et le juge européen recherchent si les règles applicables dans le pays d'origine offrent une protection des valeurs d'intérêt général, comme la protection de la santé, du consommateur ou de l'environnement, équivalente à celle offerte par les règles du pays de destination ; si c'est le cas, l'entrave à la libre circulation résultant de l'obligation de respecter les règles du pays de destination ne serait pas justifiée²³.

La méthode comparatiste est également utilisée par le juge européen pour combler d'éventuels silences des traités ou pour interpréter des dispositions peu claires des traités de l'Union²⁴. Ce fut le cas en matière de protection des droits fondamentaux, protégés dans un premier temps par la Cour de justice en tant que principes généraux du droit²⁵. Dans une certaine mesure, la Cour a également interprété les dispositions des traités de l'UE sur le contentieux relevant de la CJUE en se référant à une comparaison des droits nationaux. Dans le domaine de la responsabilité non contractuelle de l'Union, le traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) lui-même renvoie à une analyse comparative. En effet, l'article 340 de ce traité dispose : « En matière de responsabilité non contractuelle, l'Union doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions »²⁶. La jurisprudence a particulièrement porté sur la responsabilité de l'Union du fait de préjudices causés par son activité normative. La comparaison des droits nationaux permet au juge européen à la fois de concevoir et de légitimer l'interprétation retenue.

La confrontation des normes nationales doit ainsi permettre d'identifier des règles communes aux Etats membres ou d'élaborer des règles politiquement et techniquement acceptables dans les Etats membres. Ce n'est bien sûr pas la seule méthode de production ou d'interprétation des normes européennes, les institutions

²² Articles 114 et 115 du TFUE.

²³ Par exemple, CJCE, 4 décembre 1986, *Commission contre Allemagne*, aff. 205/84, point 47 ; CJCE, 11 mars 2004, *Commission contre France*, aff. C-496/01. Cette règle d'équivalence est plus facilement appliquée dans le domaine de la libre circulation des marchandises ou dans celui de la reconnaissance des diplômes que dans d'autres domaines de la libre circulation.

²⁴ En vertu de l'article 19, premier paragraphe, du TFUE, « La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal [...]. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. »

²⁵ Voir *supra*.

²⁶ Article 340, alinéa 2 du TFUE, en relation avec l'article 268 du même traité.

européennes prenant aussi en compte d'autres facteurs comme la recherche du compromis entre Etats membres, la prise en compte des acteurs économiques et sociaux ou les contraintes internationales, et c'est une méthode qui est maniée avec prudence, tant le principe d'autonomie de l'ordre juridique européen est important en droit de l'Union.²⁷ Les institutions de l'Union sont aussi confrontées à des questions proprement européennes ou à des problématiques nouvelles, comme la régulation de la concurrence sur le marché numérique, qui nécessitent des solutions spécifiques. Les règles nationales ne précèdent pas forcément les règles européennes. Par ailleurs, en dehors des cas où les traités de l'Union le précisent, les institutions de l'Union n'ont aucune obligation de se référer pour leur production normative à des solutions qui seraient préexistantes dans les droits nationaux.

Ainsi, si Julie-Victoire Daubié évoque simplement des modèles européens plus protecteurs, ou un peu plus protecteurs, de personnes vulnérables dans leur cadre de travail et dans leur cadre de vie pour appeler à des réformes en France et si l'Union poursuit bien évidemment des objectifs et met en œuvre des méthodes beaucoup plus complexes, la racine est similaire. Il s'agit de s'inspirer les uns des autres dans une démarche de progrès.

II. APPEL À UNE HARMONISATION EN EUROPE DES DROITS DES FEMMES EMPLOYÉES À PARTIR D'UNE IDÉE DE PROGRÈS

Le raisonnement de Julie-Victoire Daubié, invoquant des exemples européens plus avancés selon elle que le modèle français, débouche naturellement sur l'idée d'une harmonisation vers le haut en Europe, au service de la protection des femmes travailleuses dans le secteur de l'entretien. Deux thématiques apparaissent dans *La femme pauvre*. En premier lieu, Julie-Victoire Daubié se réfère aux différences de traitement entre femmes et hommes au travail. En second lieu, elle évoque également la vulnérabilité particulière des femmes, du fait d'une grossesse, du fait de la charge des enfants, du fait des risque de viol, de harcèlement ou d'abus sexuel dans le cadre du travail, particulièrement par l'employeur, homme chef de famille à l'époque, ou par des membres de la famille de celui-ci, du fait de situations d'enfermement ou de dépendance des femmes employées comme domestiques. Cette vulnérabilité spécifique des femmes n'appelle pas un traitement en termes de discrimination, femmes et hommes étant dans des situations éminemment différentes. Cette affirmation, liée au commentaire de l'œuvre de Julie-Victoire Daubié, marquée par son contexte historique, ne remet bien sûr pas en cause la grande vulnérabilité d'autres parties de la population, ni l'ensemble des discriminations résultant de considérations sexuelles, sexuées ou genrées.

Julie-Victoire Daubié, en appelant la France à s'aligner sur les normes plus protectrices d'Etats européens, préfigure la méthode de l'Union européenne dans le domaine de sa politique sociale. La présentation de l'ensemble normatif européen dans la présente contribution est limitée par l'objet de l'étude, elle n'a pas vocation à être exhaustive et ne doit bien sûr pas occulter les apports des droits des Etats membres et des instruments internationaux comme la Convention européenne des

²⁷ Voir les arrêts fondateurs : CJCE, 15 juillet 1964, *Costa contre ENEL*, aff. 6/64, et CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62.

droits de l'homme ou La Charte sociale européenne signée le 18 octobre 1961, ni les insuffisances du droit européen en matière de droit du travail²⁸.

Dès l'origine des Communautés européennes dans les années 1950, l'ensemble européen s'est attaqué aux différences de traitement entre femmes et hommes dans le travail. Cette démarche s'inscrit dans les valeurs fondamentales et les objectifs de l'Union : protection des droits fondamentaux, du bien-être des peuples européens, de la justice et de la protection sociale, cohésion économique et sociale entre les Etats membres²⁹. Mais elle est également inhérente à ce qui constitue encore le cœur de l'Union européenne, son marché intérieur. L'UE ne poursuit en effet pas qu'un but de progrès social et de protection du travailleur. Les objectifs de l'UE sont complexes et intègrent la volonté d'harmoniser les conditions de concurrence entre les entreprises établies dans les différents Etats membres, ce qui inclut la charge que pourraient comporter pour elles des contraintes nationales accrues à l'égard des femmes³⁰. Précisons que les citoyennes de l'Union travaillant en tant qu'employées de maison ont pleinement droit à la libre circulation dans le marché intérieur, soit en tant que salariées, soit en tant qu'indépendantes³¹.

Les écrits de Julie-Victoire Daubié ne sont pas non plus exempts de considérations plus utilitaristes, par exemple lorsqu'à propos des nourrices elle affirme : « On doit insister aussi sur la nécessité d'instruire et de diriger ces femmes ; leurs maîtres y trouveraient même des avantages très immédiats, car elles faussent souvent par les contes les plus ineptes et les récits les plus stupides, l'esprit des enfants qui leur sont confiés »³².

L'Union a suivi la voie ébauchée notamment par l'œuvre de Julie-Victoire Daubié, en luttant contre les discriminations à raison du sexe (A) et en prenant en compte la vulnérabilité particulière des femmes (B).

A. Lutte contre les discriminations à raison du sexe

Selon la vision humaniste de Julie-Victoire Daubié, même limitée et marquée par son époque, femmes et hommes en tant que personnes humaines sont égaux, cette égalité devant être inscrite et protégée dans le droit et dans les pratiques sociétales. A propos des femmes employées de maison, elle souligne que « à Paris, comme ailleurs, [la femme] est d'ordinaire moitié moins rétribuée que le serviteur.

²⁸ Pour une présentation générale, voir notamment Bernard Teyssié, « Union européenne, Egalité dans les relations de travail, *JurisClasseur Travail Traité*, Fasc. 92-60, 2020, ou Jean-Guy Huglo, « Egalité de traitement entre hommes et femmes », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 602-1, 2018. Voir également la Charte sociale européenne, convention du Conseil de l'Europe, signée en 1961, et la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée au Conseil européen en 1989.

²⁹ Articles 2 et 3 du TUE.

³⁰ Article 151, alinéa 2, du TFUE. Sur l'actualité de ces débats, Bernard Teyssié, « Le Socle européen des droits sociaux », *La Semaine Juridique Sociale*, 6/2022, 1038.

³¹ Articles 20 et s. du TFUE sur la citoyenneté de l'Union. Libre circulation des travailleurs salariés (article 45 du TFUE) ou des indépendants dans le cadre de la liberté d'établissement et de prestation de services (articles 49 et 56 du TFUE), libre circulation de chercheurs d'emploi, retraités ou étudiants (directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres). La libre circulation est reconnue plus largement aux ressortissantes des pays de l'Espace économique européen, créé par l'accord de Porto du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen.

³² *La femme pauvre*, Tome 1, p. 89.

L'augmentation s'explique lorsque celui-ci dépense plus de force physique dans les travaux pénibles, mais ne se justifie dans certains emplois que par la supériorité sociale que l'homme s'est attribuée »³³. Elle ajoute que « la véritable amélioration de la domesticité consiste dans une égalité civile impliquant la même initiative individuelle et la même responsabilité morale pour les deux sexes. Le législateur ne peut rester la bouche béante, les lèvres muettes, la langue enchaînée devant les crimes qui détruisent le pacte familial, avec le droit naturel et civil »³⁴.

Cette vision trouve un écho dans l'approche européenne contemporaine. Le principe de non-discrimination à raison du sexe est central en droit de l'Union, depuis les débuts de la construction européenne. L'égalité entre femmes et hommes est affirmée parmi les valeurs sur lesquelles est fondée l'Union et parmi les objectifs qu'elle doit poursuivre dans l'exercice de ses compétences³⁵, elle fait partie des droits fondamentaux des personnes garantis par l'ordre juridique de l'Union³⁶. Ce principe s'impose aux institutions européennes, aux Etats membres, aux employeurs³⁷. Son objet est de considérer aussi bien hommes que femmes comme des personnes à part entière, devant bénéficier d'une égalité de droits. Julie-Victoire Daubié invoque le « devoir social » et la « dignité humaine », celle-ci étant le premier des droits fondamentaux reconnu en Europe³⁸. Le principe de non-discrimination a été progressivement renforcé tout au long de l'histoire de la construction européenne.

Dans les premiers traités européens, ceux ayant fondé les premières Communautés européennes, ce principe fut d'abord limité à un principe d'égalité des rémunérations entre femmes et hommes. Il fait ainsi écho à certains des développements de Julie-Victoire Daubié dans *La femme pauvre* où, sur le mode ironique, elle affirme : « Dès que la nourrice aura un concurrent de l'autre sexe, son salaire deviendra logiquement moitié moindre, puisqu'il est prouvé par a+b dans les statuts du salaire et de la chevalerie moderne que, pour des services égaux, l'homme doit recevoir deux fois plus que la femme. Je ne m'en incline pas moins avec une admiration respectueuse devant la civilisation française du XIXe siècle, en souhaitant de grand cœur la bienvenue à l'homme nourrice et à tous ses

³³ *Ibid.*, p. 92.

³⁴ *Ibid.*, p. 95.

³⁵ Articles 2 et 3, paragraphe 3, du TUE, articles 8 et 10 du TFUE.

³⁶ Articles 21, paragraphe 1, et 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Voir également CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne III*, aff. 149/77 : le principe d'interdiction des discriminations fondées sur le sexe fait partie des principes généraux du droit de l'UE dont le juge européen assure le respect. Voir notamment Picod Fabrice, Rizcallah Cecilia, Van Drooghenbroeck Sébastien, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 3^e édition, 2023.

³⁷ Son respect est une condition de l'adhésion de nouveaux Etats à l'UE (article 49, premier alinéa, du TUE). Il bénéficie des mécanismes généraux qui tendent à donner au droit de l'UE une forte effectivité juridique : primauté du droit de l'UE sur le droit des Etats, effet direct de nombreuses dispositions du droit de l'UE dans les ordres juridiques des Etats, encadrement des Etats membres dans leur fonction d'exécution du droit de l'UE. Voir également la question de l'indemnisation pour discrimination, Marie Mercat-Bruns, « Le préjudice discriminatoire : quelques pistes de réflexion », *Revue de droit du travail*, 2023, p. 383.

³⁸ *La femme pauvre*, Tome 1, p. 95, et article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

nourrissons »³⁹. Elle constate que des différences substantielles de rémunération sont légitimées par l'ordre social comme par l'ordre juridique, du seul fait du sexe du travailleur.

Elle semble d'ailleurs souvent peu confiante dans les institutions françaises pour lutter contre les discriminations en matière de rémunération et le défaut de couverture sociale et se tourne plutôt vers la charité. Elle évoque notamment l'exemple de l'Angleterre qui comportait de nombreuses « sociétés protectrices de la domesticité » octroyant aux femmes employées comme domestiques quelques revenus⁴⁰. Ainsi, la servante au service d'un des souscripteurs de ces associations reçoit un petit revenu, qui augmente avec l'ancienneté, puis une somme d'argent si elle se marie et le remboursement de ses frais de voyage si elle retourne dans son pays d'origine ; les sociétés fonctionnent aussi comme agences de placements pour les femmes qui n'auraient pas d'emploi⁴¹. Julie-Victoire Daubié nous dit que certaines de ces institutions étaient réservées aux femmes au motif d'après elle qu'elles sont en plus grand nombre⁴².

A propos de harcèlements sexuels ou des conséquences de grossesses en matière d'emploi, les écrits de Julie-Victoire Daubié opposent règles morales et règles juridiques. Elle loue souvent les règles de la moralité : elle parle « de pays où les faits d'arbitraire et les crimes de séduction [...] sont prévenus par la plus sévère responsabilité morale », constatant toujours « l'infériorité de la condition de servante en France »⁴³. Elle loue la protection offerte par les règles morales, mais tout en mettant en lumière leur grave insuffisance. Regrettant l'absence de protection par la loi, elle affirme : « Autrefois la loi y prévenait aussi l'oppression que pourrait faire peser sur sa dépendance les passions des classes élevées »⁴⁴. Elle précise cependant que « la loi doit devancer les mœurs », afin que l'ensemble des employeurs soient soumis aux règles protectrices des femmes, et pas seulement une minorité d'entre eux qui agirait selon leur conscience⁴⁵.

L'Union européenne recherche le progrès par le droit, pour poursuivre des objectifs sociaux mais aussi pour faire fonctionner le marché intérieur en imposant des règles communes à tous les Etats. Dans les dispositions de l'actuel TFUE sur la politique sociale de l'UE, l'article 157 dispose que « Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins

³⁹ *La femme pauvre au XIXe siècle*, Tome 1, p. 94.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 79.

⁴¹ *Ibid.*, p. 79.

⁴² *Ibid.*, p. 79.

⁴³ *La femme pauvre*, Tome 1, p. 81.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, p. 96.

et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur »⁴⁶. Une discrimination résulte de l'application de règles différentes à des situations comparables mais aussi de l'application de la même règle à des situations différentes⁴⁷. Si les discriminations visent le plus souvent les femmes, il faut noter qu'un travailleur masculin pourrait aussi invoquer une discrimination à l'égard de l'autre sexe⁴⁸. La notion de rémunération est entendue largement comme intégrant l'ensemble des avantages octroyés par l'employeur⁴⁹. La directive 2006/54 vient préciser le principe de non-discrimination à raison du sexe⁵⁰. Il s'impose aux dispositions législatives des Etats membres, aux accords d'entreprise ou aux conventions collectives qui y sont applicables, ainsi qu'aux mesures adoptées par les employeurs⁵¹.

La situation la plus évidente, celle d'une discrimination directe à raison du sexe, se définit 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 »⁵². Pour mettre en lumière une discrimination directe à raison du sexe, il faut d'abord déterminer si les deux catégories de personnes, femmes et hommes, dont on veut comparer le traitement

⁴⁶ Article 157, paragraphe 1, du TFUE. L'article 157 du TFUE est d'effet direct dans les ordres juridiques des Etats membres, aussi bien dans les contentieux à l'encontre d'un Etat que dans ceux entre une travailleuse ou un travailleur et un employeur, une personne victime de discrimination pouvant ainsi invoquer une norme européenne suffisamment précise et complète pour contester une réglementation d'un Etat ou une mesure adoptée par un employeur sans que cette norme européenne n'ait à être transposée en droit national (CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne II*, aff. 43/75 ; CJCE, 17 mai 1990, *Barber*, aff. C-262/88).

⁴⁷ Par exemple CJUE, 14 juillet 2016, *Ornano*, aff. C-335/15, point 39.

⁴⁸ Un travailleur masculin pourrait contester une inégalité de rémunération à son égard par rapport aux travailleuses. Pour des discriminations dans le calcul des pensions de retraites à l'encontre d'hommes placés dans une situation comparable à celle des femmes, voir par exemple : CJCE, 1^{er} juillet 1993, *van Cant*, aff. C-154/92 ; CJUE, 12 décembre 2019, *WA*, aff. C-450/18 ; CJUE, 14 septembre 2023, *DX*, aff. C-113/22. Pour une interdiction du travail de nuit des femmes, par exemple CJCE, 25 juillet 1991, *Stoeckel*, aff. C-345/89, ou CJCE, 3 février 1994, *Minne*, aff. C-13/93 (cependant la situation des femmes enceintes est différente, l'exclusion du travail de nuit n'est pas discriminatoire, CJCE, 5 mai 1994, *Habermann-Beltermann*, aff. C-421/92).

⁴⁹ Article 157, paragraphe 2, du TFUE. Voy. notamment CJCE, 16 septembre 1999, *Abdoulaye*, aff. C-218/98, à propos d'un accord collectif prévoyant une allocation aux femmes enceintes partant en congé de maternité, ou CJCE, 23 octobre 2003, *Schönheit et Becker*, aff. jointes C-4/02 et C-5/02, concernant le calcul de la pension de vieillesse des fonctionnaires à temps partiel.

⁵⁰ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

⁵¹ CJCE, 18 novembre 2004, *Sass*, aff. C-284/02, point 25 ; CJUE, 8 mai 2019, *Praxair*, aff. C-486/18, point 67. La discrimination peut découler de dispositions législatives ou des conventions collectives du travail, ou être constatée « dans le cas où le travail est accompli dans un même établissement ou service, privé ou public », *Praxair*, aff. C-486/18, précité, point 68. L'article 14, paragraphe 2, de la directive 2006/54, précitée, permet aux Etats membres de réserver certains emplois à un sexe, une telle différenciation ne pouvant pas être qualifiée de discriminatoire si elle est justifiée par les caractéristiques de activités professionnelles concernées et proportionnée à l'objectif poursuivi. Une exclusion générale, par exemple des emplois dans des résidences privées, ne pourrait être justifiée (CJCE, 8 novembre 1983, *Commission contre Royaume-Uni*, aff. 165/82, points 13-14).

⁵² Article 2, paragraphe 1, a), de la directive 2006/54, préc. L'emploi du conditionnel présent permet d'appliquer cette disposition même en l'absence *de facto* d'hommes dont le traitement pourrait être comparé à celui des femmes.

juridique, sont dans des situations comparables. Si c'est le cas, il faut comparer le traitement juridique qui s'impose à elles et eux pour vérifier si les femmes sont moins bien traitées que les hommes. Une différenciation directe n'est en règle générale pas justifiable au nom de la poursuite d'un objectif légitime⁵³. La prise en compte de la grossesse ou d'un congé de maternité pour décider d'un traitement défavorable aux femmes par rapport aux hommes, comme un refus d'embauche ou de renouvellement d'un contrat à durée déterminée ou un licenciement, est constitutif d'une discrimination directe à raison du sexe, car ce motif ne peut être imposé qu'aux femmes⁵⁴. Le harcèlement et le harcèlement sexuel sont également qualifiés de discrimination directe⁵⁵. Il en est de même d'une différenciation concernant l'âge de départ à la retraite⁵⁶.

Le principe de non-discrimination à raison du sexe a été précisé et renforcé par la jurisprudence et le législateur européen⁵⁷.

Afin de renforcer l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe et d'empêcher que cette interdiction soit contournée par des mesures qui ne visent pas ou pas explicitement le sexe mais qui sont susceptibles d'aboutir en fait au même effet discriminatoire, la Cour de justice a étendu l'interdiction aux discriminations à raison du sexe qualifiées d'indirectes, par exemple une discrimination distinguant personnes travaillant à temps plein et personnes travaillant à temps partiel⁵⁸. Selon la directive 2006/54, une discrimination indirecte est une situation dans laquelle une mesure qui est apparemment neutre désavantage particulièrement des personnes d'un sexe par rapport aux personnes de l'autre sexe ; une telle différenciation pourrait être justifiée par la poursuite d'un objectif légitime étranger à toute discrimination à raison du sexe, sous réserve de

⁵³ La directive 2006/54 ne comporte pas de possibilité de justification pour les discriminations directes, même si la Cour n'avait pas exclu la possibilité d'une justification au nom de la poursuite d'un objectif légitime, sous réserve du respect du principe de proportionnalité, voir notamment CJCE, 26 juin 2001, *Brunnhofers*, aff. C-381/99.

⁵⁴ Notamment CJCE, 8 novembre 1990, *Dekker*, aff. C-177/88 ; CJCE, 3 février 2000, *Mahlburg*, aff. C-207/98. Selon l'article 2, paragraphe 2, c), de la directive 2006/54, la discrimination inclut « tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité ». CJCE, 4 octobre 2001, *Jiménez Melgar*, aff. C-438/99, point 47, à propos d'un refus de renouveler un contrat à durée déterminée motivé par l'état de grossesse d'une femme.

⁵⁵ Selon l'article 2, paragraphe 2, a), de la directive 2006/54, la discrimination inclut « le harcèlement et le harcèlement sexuel, ainsi que tout traitement moins favorable reposant sur le rejet de tels comportements par la personne concernée ou sa soumission à ceux-ci ».

⁵⁶ Par exemple CJCE, 13 novembre 2008, *Commission contre Italie*, aff. C-46/07, point 55.

⁵⁷ Sur le fondement de l'article 157, paragraphe 3, du TFUE, qui confère une compétence législative au Parlement européen et au Conseil de l'UE afin de d'adopter « [...] des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail [...] », ou sur la base de l'article 19 du TFUE, qui permet au Conseil, à l'unanimité et après approbation du Parlement européen, de lutter contre toute discrimination fondée, notamment, sur le sexe.

⁵⁸ Notamment CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins*, aff. 96/80 ; CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, aff. C-170/84 ; CJCE, 13 juillet 1989, *Rinner-Kühn*, aff. 171/88 ; arrêt *Schönheit et Becker*, aff. jointes C-4/02 et C-5/02, précité ; CJCE, 6 décembre 2007, *Ursula Voß*, aff. C-300/06. Pour d'autres exemples : CJCE, 9 février 1999, *Regina*, aff. C-167/97, à propos d'une durée minimale d'emploi exigée pour bénéficier de la protection contre le licenciement abusif ; CJUE, 18 octobre 2017, *Kalliri*, aff. C-409/16, concernant l'exigence d'une taille physique minimale pour accéder à certains emplois.

proportionnalité⁵⁹. Pour mettre en lumière une discrimination indirecte à raison du sexe, le raisonnement est similaire par rapport à des discriminations directes, mais les deux catégories de personnes dont il convient de comparer le traitement juridique se distinguent sur la base d'un critère qui, sans être le sexe, pénalise particulièrement les femmes, comme le critère du travail à temps partiel dans la mesure où ce sont les femmes qui y recourent le plus. Si le groupe comprenant les femmes est moins bien traité, il faut rechercher si cette différenciation est ou non objectivement justifiée par la poursuite d'un objectif légitime au regard du droit européen, sous réserve de proportionnalité.

L'actuelle directive 2006/54 applique le principe d'égalité entre femmes et hommes à l'accès à l'emploi et aux conditions de travail⁶⁰. Au-delà de ce que préconisait Julie-Victoire Daubié, le principe de non-discrimination, d'abord conçu comme limité à l'égalité de rémunération, fut par la suite étendu à d'autres formes de discrimination entre femmes et hommes relatives au travail : les discriminations relatives à l'accès à l'emploi et aux conditions de travail, celles en matière de sécurité sociale, celles propres aux travailleuses et travailleurs indépendants et aux agriculteurs et agricultrices. La directive vise par exemple les critères de recrutement ou de promotion, l'accès à la formation professionnelle, les conditions de licenciement ou l'affiliation à une organisation syndicale ou la mise à disposition par l'employeur de places de garderie pour les enfants. Différentes directives sont venues compléter ce dispositif afin de garantir de manière large le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes⁶¹. L'Union s'attache également à garantir l'effectivité de ces interdictions en facilitant la preuve de la discrimination par les

⁵⁹ Directive 2006/54, précitée, article 2, paragraphe 1, b). Par exemple, la promotion de l'embauche constitue un objectif légitime de politique sociale, arrêt *Regina*, aff. C-167/97, préc. ; en matière de sécurité sociale, il en est de même concernant les objectifs d'assurer le financement durable des pensions de retraite et de réduire l'écart entre les niveaux de pensions financées par l'État sont légitimes, alors que des considérations budgétaires ne peuvent constituer un objectif légitime : CJUE, 24 septembre 2020, *YS*, aff. C-223/19, points 60 et 61 ; CJUE, 5 mai 2022, *EB et a.*, aff. C-405/20, point 57.

⁶⁰ Précitée, fondée sur l'article 157, paragraphe 3, du TFUE.

⁶¹ Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (fondée sur une ancienne version de l'article 352 du TFUE) ; directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (fondée sur l'ancienne version de l'article 19 du TFUE) ; directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services (fondée sur l'ancienne version de l'article 19 du TFUE) ; directive 2010/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante (fondée sur l'article 157, paragraphe 3, du TFUE). Voir également le règlement (CE) 1922/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 portant création d'un Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes (fondée sur d'anciennes versions à la fois de l'article 19 et de l'article 157, paragraphe 3, du TFUE). Voir enfin la directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, la directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée et la directive (UE) 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants. Certaines des dispositions de ces directives sont d'effet direct (par exemple CJCE, 26 février 1986, *Marshall I*, aff. 152/84, ou CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84).

personnes victimes⁶², en garantissant la transparence des systèmes de rémunération pratiqués par les employeurs⁶³ et en imposant le même traitement pour tous, indépendamment du sexe⁶⁴. Ces directives recourent à la méthode de l'harmonisation minimale, les Etats membres ayant la possibilité de prévoir des normes renforcées de protection⁶⁵.

L'ensemble de ces textes européens régissent les droits des personnes employées de maison, comme tout travailleur⁶⁶. Elles bénéficient de l'interdiction des discriminations directes et indirectes⁶⁷.

Julie-Victoire Daubié cependant, marquée par le contexte de son époque, n'a pas abordé les questions de sexe et de genre qui sont actuellement débattues dans nos sociétés. Le principe de non-discrimination a été étendu par l'UE également à d'autres formes de discrimination entre personnes, notamment sur le lieu de travail⁶⁸. Si les discriminations à raison de l'orientation sexuelle ne peuvent être qualifiées de discriminations à raison du sexe, au sens de l'article 157 du TFUE et de la directive 2006/54⁶⁹, la directive 2000/78 est venue interdire également toute discrimination directe ou indirecte à raison de l'orientation sexuelle dans le domaine

⁶² En vertu de l'article 19 de la directive 2006/54, précitée, lorsque les faits à examiner par une juridiction (autre que pénale) ou une instance compétente d'un Etat membre « permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. » Cette disposition découle de la jurisprudence de la Cour de justice (CJUE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. 109/88). Sur les moyens permettant d'établir cette « apparence de discrimination », CJUE, 3 octobre 2019, *Schuch-Ghannadan*, aff. C-274/18, points 51 à 56.

⁶³ Directive (UE) 2023/970 du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 2023 visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations et les mécanismes d'application du droit (fondée sur l'article 157, paragraphe 3, du TFUE). Pour une présentation de ce nouveau texte, Lhernould Jean-Philippe, « Une nouvelle directive européenne pour renforcer l'application des règles d'égalité de rémunération femmes/hommes », *La Semaine Juridique Sociale*, 22/2023, 1143.

⁶⁴ En cas de discrimination indirecte, le juge national est tenu d'écarter la disposition litigieuse sans avoir à attendre son élimination par les autorités ou personnes compétentes et d'appliquer au groupe défavorisé le même régime que celui dont bénéficient les autres travailleurs (notamment CJCE, 13 décembre 1989, *Ruzius-Wilbrink*, aff. C-102/88, ou CJCE, 7 février 1991, *Nimz*, aff. C-184/89).

⁶⁵ Mazuyer Emmanuelle, *L'harmonisation sociale européenne. Processus et modèle*, Bruylant, 2007.

⁶⁶ Voy. l'arrêt *Commission contre Royaume-Uni*, aff. 165/82, précité, points 13-14, à propos des emplois dans des résidences privées.

⁶⁷ En matière de sécurité sociale par exemple, la directive 79/7, précitée, interdit une disposition du droit national qui exclut les prestations de chômage des prestations de sécurité sociale accordées aux employés de maison lorsque les femmes sont particulièrement désavantagées par rapport aux hommes et que cette différenciation n'est pas objectivement justifiée (CJUE, 24 février 2022, *CJ*, aff. C-389/20). Sandrine Maillard, « La diversité des règles de droit du travail applicable aux travailleurs domestiques », *Droit social*, 2022, p. 680. Pour une approche en droit français : Marie Mercat-Bruns, « Travail domestique et discriminations intersectionnelles », *Droit social*, 2022, p. 716.

⁶⁸ En vertu de l'article 19 du TFUE, préc., qui permet au Conseil de l'UE, à l'unanimité et après approbation du Parlement européen, de lutter contre toute discrimination fondée, notamment, sur l'orientation sexuelle.

⁶⁹ CJCE, 17 février 1998, *Grant*, aff. C-249/96, à propos d'une réduction du prix des transports refusée par l'employeur à un couple concubin homosexuel, à la différence des couples concubins hétérosexuels ; l'arrêt interprète des versions antérieures de l'article 157 du TFUE et de la directive 2006/54, précitée, mais la solution est transposable aux textes actuels.

de l'emploi et des conditions de travail⁷⁰. Dans le même domaine, sont également interdites les discriminations à raison du changement d'identité sexuelle d'une personne, assimilées à des discriminations directes à raison du sexe au sens de la directive 2006/54⁷¹. Ces évolutions, qui concernent également la situation des personnes intersexes, tendent à protéger des discriminations l'ensemble de êtres humains.

Cela dit, comme Julie-Victoire Daubié l'avait anticipé à sa manière, la lutte contre les discriminations est loin d'être suffisante pour garantir une égalité réelle entre les personnes, notamment à l'égard du travail.

B. Prise en compte de la vulnérabilité particulière des femmes

La lutte contre les discriminations fondées sur le sexe, même élargie par la prise en compte des discriminations indirectes, est loin d'être suffisante pour améliorer la situation des femmes, notamment des femmes travailleuses. Il est nécessaire de dépasser ce principe pour s'attaquer à des mesures ou des pratiques qui pénalisent fortement les femmes sans qu'il soit possible de constater une différence de traitement discriminatoire avec les hommes. Cela implique de prendre en considération la vulnérabilité particulière des femmes, les difficultés spécifiques qu'elles rencontrent. Cela implique aussi d'octroyer aux femmes des droits qui ne sont pas étendus aux hommes. Pour Julie-Victoire Daubié, cette conclusion découle par exemple du rôle social que seules les femmes peuvent accomplir en tant que nourrices allaitantes : « Louis XIV et Louis XVI déclarèrent qu'ils ne jugeaient pas indignes d'eux de s'occuper en particulier de femmes dont l'emploi a une si haute importance sociale »⁷².

L'ensemble normatif européen en matière d'égalité des sexes appelle ainsi à s'intéresser à la problématique des discriminations positives en faveur des femmes. De telles mesures sont autorisées par le droit de l'UE⁷³. L'article 23, alinéa 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'UE précise : « Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages

⁷⁰ Précitée, spéc. articles 1^{er} et 2. CJCE, grande chambre, 1^{er} avril 2008, *Maruko*, aff. -267/06 : lorsqu'une prestation de survie est octroyée en vertu du droit national à l'époux ou l'épouse survivante, elle ne peut être refusée au ou à la partenaire survivante d'un couple homosexuel, à condition qu'au vu du droit national époux et partenaires soient dans une situation comparable. CJUE, 12 janvier 2023, *J. K.*, aff. C-356/21 : est contraire à la directive le refus, fondé sur l'orientation sexuelle, d'un organisme public de conclure ou renouveler un contrat d'entreprise avec un travailleur indépendant. La directive 2000/78 comporte les mêmes dispositions que la directive 2006/54, précitée, sur la charge de la preuve (article 10).

⁷¹ CJCE, 30 avril 1996, *P. contre S. et Cornwall County Council*, aff. C-13/94, sp. points 20 et 21, à propos du licenciement d'une personne transsexuelle au motif de sa conversion sexuelle, l'arrêt faisant référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, plénière, 10 octobre 1986, *Rees contre Royaume-Uni*, req. 9532/81). La discrimination peut être fondée sur le changement de sexe ou sur l'intention d'en changer (*ibid.*). Voir également CJCE, 7 janvier 2004, *K. B.*, aff. C-117/01, à propos du versement d'une pension de réversion, la Cour interprétant d'anciennes versions de l'article 157 du TFUE et de la directive 2006/54, précitée, sur le principe d'égalité des rémunérations, ou CJCE, 7 avril 2006, *Richards*, aff. C-423/04, et CJUE, grande chambre, 26 juin 2018, *MB*, aff. C-451/16, sur une interprétation de la directive 79/7/CEE, précitée, à propos d'une pension de retraite.

⁷² *La femme pauvre*, Tome 1, p. 87.

⁷³ Sur l'approche restrictive des discriminations positives de l'UE, en tant que dérogation au principe de non-discrimination à raison du sexe, Joël Cavallini, « La discrimination positive en droit de l'Union européenne », *La Semaine Juridique Sociale*, 10/2019, 1077.

spécifiques en faveur du sexe sous-représenté. »⁷⁴. Selon la Cour de justice, ces règles protègent tant « la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci » que « la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant [après] l'accouchement, en évitant que ces rapports soient troublés par le cumul des charges résultant de l'exercice simultané d'une activité professionnelle », elles ont vocation de manière générale à compenser les désavantages de fait que subissent les femmes⁷⁵. Au-delà, elles doivent aussi garantir l'égalité des chances en donnant, à compétences égales, une priorité aux femmes lorsqu'elles sont victimes de disparités en matière d'emploi ou de promotion vis-à-vis des hommes⁷⁶. Dans ces hypothèses, des discriminations à l'encontre des hommes visent en réalité à lutter contre les inégalités sociales qui pèsent sur les femmes au travail, lorsqu'elles sont sous-représentées ; cette dérogation au principe de non-discrimination à raison du sexe est toutefois d'interprétation stricte⁷⁷.

Ainsi, en matière de sécurité et de santé au travail, la directive 92/85 part du constat que certaines activités peuvent faire courir aux femmes enceintes, accouchées ou allaitantes des risques particuliers, dont elles doivent avoir connaissance et qui doivent être pris en compte⁷⁸. Il s'agit également d'une directive d'harmonisation minimale⁷⁹. Ce texte contribue à construire un statut protecteur des femmes en leur reconnaissant différents droits spécifiques, comme Julie-Victoire Daubié l'appelait de ses vœux en mentionnant « cette belle loi suédoise qu'il faudrait graver en lettres d'or dans tous les temples de la justice : *Défense aux maîtres de renvoyer leurs servantes pour cause de grossesse*. Qui méditera sur les moyens de réhabiliter la domesticité française pourra se convaincre que celui-là est la base de tous les autres »⁸⁰. Notamment, les femmes enceintes et allaitantes ne peuvent être contraintes d'accomplir certaines activités risquées pour leur sécurité ou leur santé (article 6), les femmes enceintes ou qui viennent d'accoucher ne peuvent être tenues

⁷⁴ De même, l'article 157, paragraphe 4, du TFUE dispose : « 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. ». En vertu de l'article 3 de la directive 2006/54, précitée, « Les États membres peuvent maintenir ou adopter des mesures [...], pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle. » ; selon l'article 28, paragraphe 1, de la même directive, « La présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité. » Voir Labayle Henri, « Égalité des sexes et traitement du sexe le plus favorisé dans la communauté, propos sur une jurisprudence récente de la cour de justice », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1990, p. 39.

⁷⁵ CJCE, 12 juillet 1984, *Hofmann*, aff. 184/83, points 25 et 27.

⁷⁶ CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, aff. C-409/95. Le même raisonnement peut le cas échéant bénéficier aux hommes. Sur la discrimination positive dans la fonction publique de l'UE, CJUE, 19 novembre 2020, *Hebberecht*, aff. C-93/19 P.

⁷⁷ CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, aff. C-450/93, point 18.

⁷⁸ Directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (la base juridique pertinente est maintenant l'article 153 du TFUE).

⁷⁹ CJCE, 18 novembre 2020, *Syndicat CFTC du personnel de la Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle*, aff. C-463/19, point 53.

⁸⁰ *La femme pauvre*, Tome 1, p. 96.

d'accomplir un travail de nuit (article 7), elles doivent bénéficier d'un congé de maternité suffisant (article 8), elles ne peuvent être licenciées pendant une période allant du début de leur grossesse jusqu'à la fin de leur congé de maternité (article 10), elles doivent bénéficier du maintien d'une rémunération ou d'une prestation adéquate lorsqu'elles sont écartées de tâches dangereuses pour elles ou lorsqu'elles sont en congé de maternité (article 11)⁸¹.

Par exemple, l'interdiction du licenciement va au-delà du principe d'interdiction des discriminations à raison du sexe. Sans avoir théorisé la nature discriminatoire ou non d'un licenciement motivé par une grossesse ni avoir approfondi le régime qu'il conviendrait de prévoir, Julie-Victoire Daubié évoque l'exemple de la Suède, qui protège les femmes domestiques « dans les devoirs qu'elle impose aux maîtres moraux et dans les peines sévères qu'elle inflige aux maîtres immoraux » ; elle ajoute que « La loi suédoise pousse la protection de la servante jusqu'à défendre à tout maître de la renvoyer pour cause de grossesse. Cette prescription paraîtrait peut-être farouche à notre licence de mœurs, mais il est de fait qu'elle contribue beaucoup à l'harmonie sociale qui a pour base la solidarité des devoirs. »⁸². Elle oppose l'immoralité de la femme enceinte, ce qui est fort critiquable de notre point de vue contemporain, et le besoin d'harmonie sociale, la protection contre le licenciement étant motivée par le besoin d'harmonie sociale.

Heureusement, l'UE applique cette même mesure sur des fondements différents. Un licenciement fondé sur l'état de grossesse constitue une discrimination directe interdite à raison du sexe⁸³. Mais l'interdiction de tout licenciement d'une femme enceinte n'aurait pu découler du principe d'égalité entre femmes et hommes, lorsque le licenciement résulte d'autres considérations que la grossesse. A l'inverse, cette interdiction ne pourrait être considérée comme discriminatoire à l'égard des hommes puisqu'ils ne peuvent être considérés comme étant dans une situation comparable aux femmes. La directive 92/85 permet de prendre en compte la vulnérabilité particulière des femmes⁸⁴. L'interdiction absolue de licenciement est motivée par les effets dommageables d'un risque de licenciement peut avoir sur la situation physique et psychique des femmes enceintes, accouchées ou allaitantes⁸⁵. La Cour de justice va plus loin en évoquant le « risque particulièrement grave d'inciter la travailleuse enceinte à interrompre volontairement sa grossesse » pour ne pas perdre son emploi⁸⁶. Julie-Victoire Daubié l'avait quelque peu anticipé, c'est à l'employeur d'assumer les éventuelles

⁸¹ Sur l'interprétation de la notion de rémunération au sens de l'article 11 de la directive 92/85 et la distinction avec la notion de rémunération de l'article 157 du TFUE : CJCE, 21 octobre 1999, *Lewen*, aff. C-333/97.

⁸² *La femme pauvre*, Tome 1, p. 78.

⁸³ Voir *supra*.

⁸⁴ Article 10 de la directive 92/85, précitée. Voir l'article 33, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, sur l'interdiction de tout licenciement pour un motif lié à la maternité. Cette protection s'applique également dans l'hypothèse d'un contrat à durée déterminée (CJCE, 4 octobre 2001, *Tele Danmark*, aff. C-109/00). Pour une interprétation de ce texte dans le cadre d'un licenciement collectif : CJUE, 22 février 2018, *Porrás Guisado*, aff. C-103/16.

⁸⁵ Considérant 15 de la directive 92/85, précitée.

⁸⁶ CJCE, 30 juin 1998, *Brown*, aff. C-394/96, point 18.

conséquences de la grossesse d'une employée pour les finances et l'organisation de l'entreprise, celles-ci n'étant pas susceptibles de justifier un licenciement⁸⁷.

De même, l'obligation d'octroyer un congé de maternité suffisant avant et après l'accouchement est également motivé par la vulnérabilité particulière de la femme⁸⁸, dont la situation n'est pas comparable à celle d'un homme ni à celle d'une femme bénéficiant d'un congé de maladie, puisqu'il s'agit de protéger à la fois la condition biologique de la femme et ses rapports particuliers à son enfant après l'accouchement⁸⁹. Les congés qui seraient octroyés à une femme après la durée minimale du congé de maternité peuvent se justifier s'ils visent à protéger la femme du fait des conséquences de la grossesse et la maternité⁹⁰. En revanche, et c'est un point que Julie-Victoire Daubié n'avait pas anticipé, femmes et hommes étant dans une situation comparable en tant que parents, concernant l'éducation de l'enfant, des mesures prévoyant des congés en tant que parents sont soumis au principe de non-discrimination à raison du sexe⁹¹.

L'Union européenne et ses Etats membres se sont ainsi inscrits, progressivement, dans les pas de Julie-Victoire Daubié et d'autres penseuses ou penseurs, afin de considérer l'ensemble des êtres humains comme des personnes bénéficiant de l'égalité des droits et, au-delà, de l'égalité des chances. Un ensemble européen de normes communes aux Etats membres, souvent des prescriptions minimales, a ainsi été élaboré. Julie-Victoire Daubié aurait sûrement été ravie de constater que ses idées ont ainsi prospéré dans l'espace européen, aussi bien du point de vue des acquis pour les femmes que de la méthode comparative en Europe. Mais elle aurait aussi été l'une des premières à frémir et à s'élever contre les insuffisances et la grande fragilité de cet ensemble normatif. Les acquis obtenus en Europe font en effet l'objet de fortes réticences de certains gouvernants des Etats membres, du fait de modèles de société régressifs concernant les femmes à certains égards, du fait aussi de la volonté de protéger les entreprises nationales de règles sociales qui pourraient limiter leur compétitivité dans le marché européen⁹². Ces acquis font aussi l'objet de résistances sociétales, l'égalité des rémunérations entre femmes et hommes et la surreprésentation des femmes dans les emplois

⁸⁷ Arrêt *Tele Danmark*, aff. C-109/00, précité, point 23.

⁸⁸ Considérant 14 de la directive 92/85, précitée.

⁸⁹ Arrêt *Syndicat CFTC*, aff. C-463/19, précité, points 50 à 52. Selon la Cour, « un tel congé peut être légitimement réservé à la mère, à l'exclusion de toute autre personne, compte tenu du fait que seule la mère peut se trouver sous des pressions indésirables de reprendre prématurément son travail », arrêt *Hofmann*, aff. 184/83, précité, point 26.

⁹⁰ Arrêt *Syndicat CFTC*, aff. C-463/19, précité, point 54.

⁹¹ *Ibid.*, point 55.

⁹² Sur l'évolution de l'égalité hommes/femmes et sur l'importance de la volonté politique des Etats, voir notamment Pascale Vielle, « Une brève histoire des politiques d'égalité dans l'Union européenne sous l'angle des études de genre », *Revue de l'Union européenne*, 2019, p.349.

moins qualifiés ou à durée déterminée sont toujours problématiques dans les faits⁹³. Actuellement, la crise de l'état de droit et de l'indépendance des magistrats, le rejet de la primauté du droit de l'Union et du rôle majeur de la Cour de justice de l'Union par certains Etats membres font en outre peser des risques substantiels sur les acquis du principe d'égalité⁹⁴. Les bases mêmes de la méthode européenne, le postulat d'une confiance mutuelle entre Etats réputés avoir des valeurs communes, sont ébranlés, tout l'édifice normatif de l'Union en matière de libertés est menacé. Une grande vigilance s'impose car l'Union européenne est en crise et, dans un tel contexte, les femmes et les minorités sexuelles ou genrées sont toujours menacées dans leurs droits et leurs acquis.

⁹³ Voir par exemple : Vanessa di Paola, Stéphanie Moullet, « Pourquoi le plafond de verre résiste-t-il encore ? », *SciencesPo, Laboratoire interdisciplinaire d'évaluation des politiques publiques*, 2023 (<https://www.sciencespo.fr/liepp>). A propos des discriminations indirectes pendant la pandémie, Marie Mercat-Bruns, « Les inégalités à l'épreuve de la crise sanitaire, Télétravail et discrimination indirecte fondée sur le sexe », *La Semaine Juridique Social*, 14/2021, 1090.

⁹⁴ Sur une jurisprudence européenne abondante, voir notamment CJUE, grande chambre, 5 novembre 2019, *Commission contre Pologne*, aff. C-192/18 : la Cour condamne la mise en cause de l'indépendance de la magistrature nationale ainsi qu'une discrimination directe à raison du sexe concernant l'âge de départ à la retraite des magistrats intégrée dans la réforme nationale litigieuse.